

О.О. ДУДОРОВ, М.І. ХАВРОНЮК

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Навчальний посібник

За загальною редакцією М.І. Хавронюка

Київ

2014

УДК _____
ББК _____

РЕЦЕНЗЕНТИ:

МЕЛЬНИК Микола Іванович, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України

НАВРОЦЬКИЙ В'ячеслав Олександрович, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України

Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М.І. Хавронюка. – К.: _____, 2014. – 944 с.

ISBN _____

У навчальному посібнику висвітлюються основні питання Загальної та Особливої частин кримінального права України, у загальних рисах розкривається зміст міжнародного та європейського кримінального права і кримінального права іноземних держав.

Розрахований на студентів освітньо-кваліфікаційного рівня «Бакалавр» за напрямом підготовки «Правознавство». Також може бути корисним для студентів і слухачів освітньо-кваліфікаційного рівня «Бакалавр» за напрямом підготовки «Правоохоронна діяльність», аспірантів (ад'юнктів) та викладачів вищих юридичних навчальних закладів, науковців і практичних працівників.

АВТОРИ:

ДУДОРОВ Олександр Олексійович, професор кафедри кримінального права Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України (підрозділи 1.1, 2.3–2.7, 3.2, 4.3–5.5, 5.7–5.8, 6.2)

ХАВРОНЮК Микола Іванович, професор кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України (підрозділи 1.2–2.2, 3.1, 3.3–4.2, 5.6, 5.9–6.1, 6.3–6.4)

УДК _____
ББК _____

ISBN _____

© Дудоров О.О., Хавронюк М.І., 2014

Шановні читачі!

ЗМІСТ

ВСТУП	15
--------------------	----

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ	18
--------------------------------	----

Розділ 1. ВСТУП ДО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

1.1. Кримінальне право: загальна характеристика	
1.1.1. Кримінальне право як галузь права	20
1.1.2. Кримінальне право в системі національного права	34
1.2. Генеза і доктрини кримінального права. Сучасна кримінально-правова політика. Принципи кримінального права	
1.2.1. Генеза і доктрини (школи) кримінального права	42
1.2.2. Сучасна кримінально-правова політика	55
1.2.3. Реформи кримінального права	63
1.2.4. Принципи кримінального права	69
1.3. Форми існування кримінального права. Закон про кримінальну відповідальність, його чинність і дія	
1.3.1. Форми існування кримінального права	74
1.3.2. Закон про кримінальну відповідальність в системі форм кримінального права. Загальна та Особлива частини Кримінального кодексу України	84
1.3.3. Тлумачення закону про кримінальну відповідальність	93
1.3.4. Чинність і дія закону про кримінальну відповідальність	97

Розділ 2. ВЧЕННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНО ПРОТИПРАВНЕ ДІЯННЯ

2.1. Поняття кримінального правопорушення. Склад кримінального правопорушення	
2.1.1. Поняття кримінального правопорушення	105

2.1.2.	Класифікація кримінальних правопорушень	114
2.1.3.	Склад кримінального правопорушення	122
2.1.4.	Кримінально-правова кваліфікація	126
2.2.	Суб'єкт кримінального правопорушення	
2.2.1.	Особа як суб'єкт кримінального правопорушення	133
2.2.2.	Осудність та неосудність. Вік, з якого настає кримінальна відповідальність	135
2.2.3.	Спеціальний суб'єкт кримінального правопорушення	142
2.2.4.	Опосередковане виконання кримінального правопорушення	144
2.3.	Об'єкт кримінального правопорушення	
2.3.1.	Поняття об'єкта кримінального правопорушення. Його види	146
2.3.2.	Предмет кримінального правопорушення	154
2.3.3.	Потерпілий від кримінального правопорушення	158
2.4.	Об'єктивна сторона кримінального правопорушення	
2.4.1.	Поняття об'єктивної сторони кримінального правопорушення	163
2.4.2.	Діяння (дія чи бездіяльність)	164
2.4.3.	Суспільно небезпечні наслідки та причинний зв'язок	170
2.4.4.	Інші, крім наслідків і причинного зв'язку, факультативні ознаки об'єктивної сторони кримінального правопорушення	180
2.5.	Суб'єктивна сторона кримінального правопорушення	
2.5.1.	Поняття суб'єктивної сторони кримінального правопорушення	184
2.5.2.	Умисел і необережність	194
2.5.3.	Спеціальні питання встановлення вини	204
2.6.	Спеціальні форми кримінального правопорушення	
2.6.1.	Готування до кримінального правопорушення і замах на кримінальне правопорушення	214
2.6.2.	Співучасть у кримінальному правопорушенні	226
2.6.3.	Множинність кримінальних правопорушень. Одиничне кримінальне правопорушення	240

2.7. Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння	
2.7.1. Система обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння	253
2.7.2. Реалізація чи захист свого або чужого права	256
2.7.3. Виконання юридичного обов'язку	274
2.7.4. Здійснення професійних чи службових повноважень	279

Розділ 3. **ВЧЕННЯ ПРО ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ**

3.1. Заходи кримінально-правового впливу: загальна характеристика	
3.1.1. Заходи кримінально-правового впливу як правові наслідки кримінально протиправного діяння. Кримінальна відповідальність	284
3.1.2. Заохочувальні заходи кримінально-правового впливу	295
3.1.3. Покарання та інші примусові заходи кримінально-правового впливу	297
3.1.4. Квазізаходи кримінально-правового впливу	301
3.2. Заохочувальні заходи кримінально-правового впливу	
3.2.1. Звільнення від кримінальної відповідальності як заохочувальний захід кримінально-правового впливу	303
3.2.2. Кримінально-правовий компроміс	318
3.2.3. Інші заохочувальні заходи кримінально-правового впливу	320
3.3. Покарання. Призначення покарання	
3.3.1. Поняття покарання та його мета	331
3.3.2. Система покарань. Класифікації покарань	335
3.3.3. Покарання, пов'язані з обмеженнями майнового характеру	343
3.3.4. Покарання, не пов'язані з обмеженнями майнового характеру	345
3.3.5. Правові наслідки ухилення від покарання	352
3.3.6. Загальні засади і принципи призначення покарання	353

3.3.7. Спеціальні правила призначення покарання	358
3.3.8. Правила складання покарань	362
3.4. Інші примусові заходи кримінально-правового впливу. Їх призначення	
3.4.1. Пробація та її аналоги	364
3.4.2. Примусові заходи медичного характеру. Примусове лікування	369
3.4.3. Примусові заходи виховного характеру	373
3.4.4. Інші примусові заходи кримінально-правового впливу	375
3.4.5. Судимість	384
3.4.6. Заходи кримінально-правового характеру щодо колективного суб'єкта	388
3.4.7. Призначення інших примусових заходів кримінально-правового впливу	394
3.5. Квазізаходи кримінально-правового впливу	
3.5.1. Поняття квазізаходів кримінально-правового впливу	396
3.5.2. Звільнення від кримінальної відповідальності, не пов'язане із застосуванням ні примусових, ні заохочувальних заходів кримінально-правового впливу	398
3.5.3. Звільнення від покарання, не пов'язане із застосуванням ні примусових, ні заохочувальних заходів кримінально-правового впливу	401
3.5.4. Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким, не пов'язана із застосуванням ні примусових, ні заохочувальних заходів кримінально-правового впливу	410
3.6. Особливості заходів кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх та деяких інших категорій осіб	
3.6.1. Обґрунтування особливостей заходів кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх	413
3.6.2. Заохочувальні заходи кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх	417
3.6.3. Примусові заходи кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх	418

3.6.4. Квазізаходи кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх	420
3.6.5. Особливості заходів кримінально-правового впливу щодо інших категорій фізичних осіб	421

Розділ 4. КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА ТА ПРОТИ СІМ'Ї

4.1. Кримінальні правопорушення проти життя та здоров'я особи	
4.1.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти життя та здоров'я особи	427
4.1.2. Кримінальні правопорушення проти життя особи	431
4.1.3. Кримінальні правопорушення проти здоров'я особи	435
4.1.4. Кримінальні правопорушення, що ставлять у небезпеку життя та/або здоров'я особи, та інші медичні кримінальні правопорушення	442
4.2. Кримінальні правопорушення проти волі, чесності та гідності особи	
4.2.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти волі, чесності та гідності особи	450
4.2.2. Окремі кримінальні правопорушення проти волі, чесності та гідності особи	454
4.2.3. Проблеми криміналізації окремих діянь проти волі, чесності і гідності особи	464
4.3. Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи	
4.3.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти статевої свободи та статевої недоторканості особи	472
4.3.2. Кримінальні правопорушення проти статевої свободи особи	477
4.3.3. Кримінальні правопорушення проти статевої недоторканості особи	498
4.4. Кримінальні правопорушення проти виборчих та особистих прав і свобод людини і громадянина	
4.4.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти виборчих та особистих прав людини і громадянина	505

4.4.2. Кримінальні правопорушення проти трудових та інших соціально-економічних прав людини	508
4.4.3. Кримінальні правопорушення проти рівноправності	518
4.4.4. Кримінальні правопорушення проти недоторканності приватного життя особи	525
4.4.5. Кримінальні правопорушення проти свободи совісті	532
4.5. Кримінальні правопорушення проти сім'ї і дітей	
4.5.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти сім'ї і дітей	535
4.5.2. Окремі кримінальні правопорушення проти сім'ї і дітей	539

Розділ 5. КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СПІЛЬНИХ ІНТЕРЕСІВ ЛЮДИНИ, СУСПІЛЬСТВА ТА ДЕРЖАВИ

5.1. Кримінальні правопорушення проти власності	
5.1.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти власності. Їх предмети	552
5.1.2. Корисливі кримінальні правопорушення, пов'язані з оберненням чужого майна на свою користь чи користь інших осіб	561
5.1.3. Інші корисливі кримінальні правопорушення проти власності	577
5.1.4. Некорисливі кримінальні правопорушення проти власності	580
5.1.5. Кримінальні правопорушення проти інтелектуальної власності	585
5.1.6. Дії з майном, одержаним незаконним шляхом	590
5.2. Кримінальні правопорушення проти порядку здійснення господарської та пов'язаної з нею діяльності	
5.2.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти порядку здійснення господарської та пов'язаної з нею діяльності	601
5.2.2. Кримінальні правопорушення проти системи грошового обігу, фондового ринку і порядку обігу деяких документів	609
5.3.3. Кримінальні правопорушення проти порядку зайняття господарською діяльністю	616

5.3.	Кримінальні правопорушення проти довкілля	
5.3.1.	Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти довкілля	630
5.3.2.	Кримінальні правопорушення проти порядку використання землі, її надр, води й атмосферного повітря	639
5.3.3.	Кримінальні правопорушення проти рослинного і тваринного світу	642
5.4.	Кримінальні правопорушення проти громадської безпеки	
5.4.1.	Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти громадської безпеки	655
5.4.2.	Кримінальні правопорушення, пов'язані зі створенням та діяльністю злочинних об'єднань	657
5.4.3.	Терористичний акт і пов'язані з ним кримінальні правопорушення	662
5.4.4.	Кримінальні правопорушення проти порядку обігу небезпечних предметів і речовин	671
5.4.5.	Інші кримінальні правопорушення проти громадської безпеки	677
5.5.	Кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту	
5.5.1.	Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти безпеки руху та експлуатації транспорту	681
5.5.2.	Кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту взагалі	686
5.5.3.	Кримінальні правопорушення проти безпеки руху або експлуатації різних видів транспорту	688
5.5.4.	Кримінальні правопорушення проти безпеки руху або експлуатації автотранспорту і міського електротранспорту	690
5.5.5.	Незаконне заволодіння транспортним засобом	700
5.6.	Кримінальні правопорушення проти громадського порядку та моральності	
5.6.1.	Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти громадського порядку та моральності	703
5.6.2.	Проблеми криміналізації діянь проти громадського порядку	705

5.6.3. Проблеми криміналізації деяких діянь проти моральності	711
5.7. Кримінальні правопорушення проти здоров'я населення	
5.7.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти здоров'я населення	718
5.7.2. Кримінальні правопорушення, пов'язані з незаконним обігом наркотичних засобів та інших предметів, небезпечних для здоров'я населення	730
5.7.3. Кримінальні правопорушення, пов'язані з незаконним заволодінням наркотичними засобами та іншими предметами, небезпечними для здоров'я населення	736
5.7.4. Кримінальні правопорушення, пов'язані з незаконним вживанням наркотичних засобів та інших небезпечних предметів	738
5.7.5. Інші кримінальні правопорушення проти здоров'я населення	741
5.8. Кримінальні правопорушення проти порядку використання комп'ютерів, комп'ютерних систем і мереж та мереж електрозв'язку	
5.8.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти порядку використання комп'ютерів, комп'ютерних систем і мереж та мереж електрозв'язку	745
5.8.2. Окремі види кримінальних правопорушень проти порядку використання комп'ютерів, комп'ютерних систем і мереж та мереж електрозв'язку	751
5.9. Кримінальні правопорушення проти порядку здійснення службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг	
5.9.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти порядку здійснення службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг	765
5.9.2. Службове зловживання	772
5.9.3. Корупційні кримінальні правопорушення і кримінальні правопорушення, пов'язані з корупцією	779

5.10. Кримінальні правопорушення проти правосуддя	
5.10.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти правосуддя	791
5.10.2. Кримінальні правопорушення службових осіб, які здійснюють чи забезпечують здійснення правосуддя	793
5.10.3. Кримінальні правопорушення засуджених й осіб, які перебувають під вартою	803
5.10.4. Кримінальні правопорушення інших учасників кримінального провадження	809
5.10.5. Кримінальні правопорушення осіб, які не є учасниками кримінального провадження	810

Розділ 6. КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ Й ІНТЕРЕСІВ ДЕРЖАВИ, А ТАКОЖ МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ

6.1. Кримінальні правопорушення проти національної безпеки у політичній, воєнній, інформаційній сферах і проти державної безпеки	
6.1.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти національної безпеки у політичній, воєнній, інформаційній сферах і проти державної безпеки	815
6.1.2. Окремі види кримінальних правопорушень проти національної безпеки у політичній, воєнній, інформаційній сферах і сфері державної безпеки	819
6.1.3. Кримінальні правопорушення проти безпеки держави в інформаційній сфері і сфері державної безпеки	824
6.1.4. Кримінальні правопорушення проти безпеки держави у воєнній сфері та сфері безпеки державного кордону	826
6.1.5. Проблеми криміналізації інших діянь проти безпеки держави	833
6.2. Кримінальні правопорушення проти порядку управління	
6.2.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти порядку управління (авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування й об'єднань громадян)	836

6.2.2. Кримінальні правопорушення проти державних символів	840
6.2.3. Кримінальні правопорушення, пов'язані з перешкоджанням діяльності організацій, об'єднань громадян та представників влади	843
6.2.4. Кримінальні правопорушення проти достовірності документів, штампів, печаток	849
6.2.5. Інші кримінальні правопорушення проти порядку управління	857
6.3. Кримінальні правопорушення проти порядку несення військової служби (військові злочини)	
6.3.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти порядку несення військової служби	860
6.3.2. Суб'єкт військового кримінального правопорушення	865
6.3.3. Кримінальні правопорушення проти порядку підлеглості та військової честі	871
6.3.4. Кримінальні правопорушення проти порядку проходження військової служби	873
6.3.5. Кримінальні правопорушення проти порядку несення спеціальних служб	877
6.4. Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку	
6.4.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку	881
6.4.2. Кримінальні правопорушення проти миру	883
6.4.3. Кримінальні правопорушення проти безпеки людства	884
6.4.4. Кримінальні правопорушення проти міжнародного правопорядку взагалі	889
6.4.5. Проблема криміналізації окремих діянь, що посягають на відносини з іноземними державами та міжнародними організаціями	895
РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА	898

ВСТУП

Кримінальне право не можна викладати як звід правил, що визначають для населення перелік діянь, які заборонено вчиняти під загрозою покарання, і постатейно переказувати положення національного Кримінального кодексу. Підручники і посібники з кримінального права не повинні ані нагадувати коментарі до згаданого Кодексу, ані залякувати студентів надскладними проблемами, вирішення яких належить до компетенції вчених з науковими ступенями. Утім, це не означає, що підручники з кримінального права мають нагадувати комікси.

Особливостями цього посібника є, зокрема, те, що у ньому:

1) хоча навчальний матеріал подано в максимально доступній для читачів формі, водночас з метою навчити студентів логічно мислити викладаються оригінальні альтернативні думки, що висловлювались в юридичній літературі з приводу важливих кримінально-правових проблем;

2) відсутнє намагання охопити і роз'яснити усі без винятку існуючі проблеми кримінально-правової науки, законодавства і практики його застосування, а зосереджено увагу лише на найбільш важливих з них;

3) широко застосовано ілюстрації – приклади з історії кримінального права, із судової практики, у т.ч. практики Європейського суду з прав людини, практики протидії злочинності в інших державах, статистичні дані, наявна значна кількість таблиць і схем;

4) при роз'ясненні окремих проблем кримінально-правового регулювання наведено аналогії із законодавства інших держав, де схожі проблеми вирішуються краще або, навпаки, гірше, ніж в Україні;

5) підрозділи детально структуровані за пунктами, а кожний підрозділ може бути прочитано як окрему дво- чи чотиригодинну лекцію (звісно, в інтерпретації конкретного викладача);

6) з метою зробити складний теоретичний матеріал більш привабливим студентам рекомендовано прочитати до кожного підрозділу посібника відповідні твори класичної художньої літератури та подивитись художні й документальні фільми, що становлять культурне надбання людства;

7) запитання і завдання до тем сформульовані так, щоб найкраще допомогти студентам підготуватися до майбутньої практичної діяльності.

Загалом завданням вивчення кримінального права має стати формування у правника розуміння кримінального права як галузі права, що регулює діяльність держави у сфері протидії кримінальним правопорушенням шляхом визначення того, за що (кримінальне правопорушення) і в якому обсязі (кримінальна відповідальність) особа може бути покарана, а за що її покарати не можна.

Повинна також усвідомлюватись соціальна функція цієї галузі права, яка полягає у визначенні обов'язків і прав особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, а також держави і потерпілого при розв'язанні кримінально-правового конфлікту. Таке визначення має ґрунтуватися насамперед на положеннях, згідно з якими ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення (ст. 58 Конституції України), а органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ст. 19 Конституції України).

Навчальна дисципліна «Кримінальне право» є нормативною дисципліною з циклу загальної професійної підготовки в галузі знань «Право» за напрямом підготовки «Правознавство» на освітньо-кваліфікаційному рівні «Бакалавр».

Вивчення дисципліни «Кримінальне право» має відбуватися після успішного засвоєння курсів «Теорія права», «Права людини», «Конституційне право». Змістовне наповнення та структурний розподіл викладання кримінального права розраховані на дворічну (чотири семестри) програму вивчення цієї дисципліни. Впродовж одного навчального року викладається Загальна частина кримінального права, впродовж наступного – його Особлива частина.

Курс Загальної частини кримінального права передбачає вивчення студентами окремого блоку тем, що становлять: 1) вступ до кримінального права; 2) вчення про кримінально-протиправне діяння (під ним розуміються не лише кримінальне правопорушення та кримінально каране зловживання правом, а й об'єктивно кримінально-протиправна поведінка) і 3) вчення про заходи кримінально-правового впливу, а **курс Особливої частини** – положень щодо особливостей кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення проти: 1) прав людини і громадянина та сім'ї; 2) спільних інтересів людини, суспільства і держави; 3) національної безпеки й інтересів держави, а також міжнародного правопорядку.

Навчальний посібник спрямований на вивчення кримінального права, яке ґрунтувалося б на розумному синтезі найкращих, ретельно апробованих положень відомих доктрин: просвітницько-гуманістичного напрямку; класичної школи кримінального права в її неокласичному варіанті; доктрини нового соціального захисту, предтечею якої були соціологічна і певною мірою антропологічна школи.

Водночас в основі вивчення кримінального права має бути розуміння принципів верховенства права, законності, рівності усіх перед законом, вини, особистого характеру кримінальної відповідальності, індивідуалізації покарання, невідворотності кримінальної відповідальності, справедливості, гуманізму.

В результаті вивчення кримінального права студенти повинні оволодіти такими знаннями і вміннями:

- знання функцій, принципів, системи і реформ кримінального права, його місця в системі національного права, можливостей кримінального права у сфері протидії злочинності;

- знання генези кримінального права в Європі, впливу на кримінально-правову політику в Україні процесів європеїзації та глобалізації, доктрин кримінального права, сучасних тенденцій науки кримінального права в Україні і за кордоном;

- вміння визначати шляхи гармонізації кримінального законодавства України із кримінальним законодавством Європейського Союзу;

- знання системи форм, в яких існує кримінальне право, місця у цій системі закону про кримінальну відповідальність, його особливостей порівняно з іншими законами, структури його статей, особливостей бланкетних диспозицій, чинності і дії закону про кримінальну відповідальність у часі та просторі;

- вміння тлумачити і застосовувати закон про кримінальну відповідальність, зокрема з урахуванням принципів і норм, закріплених у міжнародних договорах України, а також встановлених міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною;

- вміння захищати права і законні інтереси особи із застосуванням засобів матеріального кримінального права;

- вміння враховувати статистичні дані, аналізувати судову та іншу юридичну практику та оцінювати її з точки зору відповідності закону і міжнародним зобов'язанням України;

- знання поняття і складу кримінального правопорушення, його суб'єкта, об'єкта, об'єктивної і суб'єктивної сторін, класифікації кримінальних правопорушень, спеціальних форм кримінального правопорушення (готування, замаху, співучасті, множинності), системи обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння;

- знання поняття і системи заходів кримінально-правового впливу, співвідношення цих заходів із кримінальною відповідальністю та із звільненням від кримінальної відповідальності, особливостей заохочувальних заходів і квазізаходів кримінально-правового впливу;

- знання поняття і мети покарання, системи покарань, принципів, загальних і спеціальних засад призначення покарання, а також інших примусових заходів кримінально-правового впливу (зокрема пробації, примусових заходів медичного і виховного характеру, примусового лікування, спеціальної конфіскації, судимості);

- знання особливостей заходів кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх та деяких інших категорій осіб (вагітних жінок, військовослужбовців тощо);

- вміння визначати справедливу міру покарання, а також адекватні інші заходи кримінально-правового впливу на особу, яка вчинила кримінальне правопорушення;
- вміння застосовувати альтернативні способи розв’язання кримінально-правових конфліктів (примирення, компроміс, примусові заходи виховного характеру тощо);
- знання кримінально-правової характеристики і спірних питань кваліфікації відповідних кримінальних правопорушень;
- вміння аналізувати склад конкретного кримінального правопорушення та відмежовувати його від складів суміжних кримінальних та інших правопорушень, а також від правомірної поведінки;
- вміння здійснювати правильну кримінально-правову кваліфікацію.

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ

АРК	Автономна Республіка Крим
БК	Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р.
ВК	Водний кодекс України від 6 червня 1995 р.
ВР	Верховна Рада України
ВС	Верховний Суд України
ВСС	Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ
ГК	Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р.
ГПК	Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р.
ДПтС	Державна пенітенціарна служба України
ДСА	Державна судова адміністрація України
ЄКПЛ	Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Європейська конвенція з прав людини)
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
ЖК	Житловий кодекс УРСР від 30 червня 1983 р.
затв.	затверджений (-на,-не,-ні)
ЗК	Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р.
ЗС	Збройні Сили України
к.пр.	кримінальне правопорушення

КАП	Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р.
КАС	Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р.
КВК	Кримінально-виконавчий кодекс від 11 липня 2003 р.
КЗП	Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р.
КК	Кримінальний кодекс
КМ	Кабінет Міністрів України
КН	Кодекс України про надра від 27 липня 1994 р.
КПК	Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. або Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р.
КС	Конституційний Суд України
КТМ	Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р.
ЛК	Лісовий кодекс України від 8 лютого 2006 р.
МВС	Міністерство внутрішніх справ України
МЗС	Міністерство закордонних справ України
МК	Митний кодекс України від 11 липня 2002 р.
МО	Міністерство оборони України
МОЗ	Міністерство охорони здоров'я України
МОП	Міжнародна Організація Праці
НАТО	Організація Північноатлантичного договору
нмдг	неоподатковуваний мінімум доходів громадян
ОБСЕ	Організація з Безпеки і Співробітництва в Європі
ОЕСР	Організація Економічного Співробітництва і Розвитку
ООН	Організація Об'єднаних Націй
ПА РЕ	Парламентська Асамблея Ради Європи
ПвК	Повітряний кодекс України від 19 травня 2011 р.
ПВС	Пленум Верховного Суду України
ПДР	Правила дорожнього руху
ПК	Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р.
РЕ	Рада Європи
СК	Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р.
СОТ	Світова Організація Торгівлі
ЦК	Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р.
ЦПК	Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р.

Розділ 1

ВСТУП ДО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

1.1. Кримінальне право: загальна характеристика

1.1.1. Кримінальне право як галузь права

1.1.1.1. Поняття **«кримінальне право»** традиційно розглядається у кількох значеннях – як галузь права, як навчальна дисципліна та як наука. Тут поняття кримінального права розкриватиметься головним чином у його першому значенні.

Усвідомлюючи фундаментальність проблеми праворозуміння, передусім зазначимо, що кримінальне право не слід ототожнювати з кримінальним законом (докладніше про це – в підрозділі 1.3 посібника).

Оскільки кримінальне право говорить не про права людини, а радше про її обов'язки (точніше – про відповідальність за їх порушення, за протиправну поведінку), то термін «кримінальне право» є фікцією, збірним поняттям, що відображає існування сукупності явищ – таких як кримінальне законодавство і міжнародні договори щодо його гармонізації, його тлумачення (інтерпретація), у т.ч. доктринальне, і практика його застосування. Тому цей термін застосовуватимемо умовно, лише з тих міркувань, що до нього звикли сучасні науковці, викладачі і студенти*.

Не виключені, звичайно, й інші, відмінні від викладеного вище погляди на співвідношення кримінального права і кримінального закону. Так, В.О. Навроцький у цьому співвідношенні виділяє, зокрема, такі аспекти (див. табл. 1).

Таблиця 1. **Співвідношення понять «кримінальне право» і «кримінальне законодавство»**

Кримінальне право	Кримінальне законодавство
Це система положень, вироблених суспільством протягом всього його розвитку, які відзначаються стабільністю і можуть слугувати засобом стабілізації закону та обмеження свавілля законодавця	Це система положень, вироблених державою, які виражають волю та інтереси законодавця чи лобістських груп на конкретному етапі існування держави і постійно зазнають змін
Виражає уявлення суспільства про злочинність, караність і суміжні поняття	Виражає вимоги держави у цій сфері
Джерелами кримінального права є чимало писаних і неписаних актів	Джерело кримінального закону – це лише відповідний юридичний акт
Кримінальне право складається з норм	Кримінальний закон складається зі статей, які об'єднуються у розділи і частини. Він же поділений на Загальну та Особливу частини

* Хавронюк М. Дещо про сутність кримінального права (інакший погляд) // Юридичний вісник України. – 2013. – № 12.

Цей же автор зазначає, що принцип верховенства права адресований насамперед законодавцю, тому наявні суперечності між правом і законом мають зніматись у процесі законотворчості, а не застосування закону – правозастосувач не може підмінити собою законодавця; натомість при правозастосуванні головне – дотримання принципу законності*.

Яким же чином розуміють кримінальне право зарубіжні дослідники? У німецькій доктрині кримінальне право визначається як специфічна сфера публічного права, яка регулює особливі відносини владного характеру між державою і громадянами, визначаючи, які посягання проти соціального порядку є злочинами, і погрожуючи покаранням як правовим наслідком злочину, передбачаючи також заходи виправлення та безпеки. На думку англійського автора П. Лейленда, кримінальне право – це сукупність правових норм, пов'язаних з діями, за які, на думку держави, слід карати**. Цілком очевидно, що ці визначення є традиційними у тому сенсі, що ґрунтуються на концепції юридичного позитивізму. Наведені нижче міркування про кримінальне право як галузь права викладатимуться у подібному аспекті і виходитимуть з того, що кримінальне право і кримінальний закон співвідносяться як зміст і форма (точніше – одна із форм).

Кримінальне право, будучи самостійною галуззю в системі права України і тісно взаємодіючи з іншими галуззями, визначає коло діянь, що становлять суспільну небезпеку та у зв'язку з цим визнаються злочинами, закріплює перелік покарань, встановлює правила їх призначення, визначає підстави та умови звільнення від кримінальної відповідальності, а також застосування заходів кримінально-правового впливу, що не є покаранням.

Кримінальне право, будучи галуззю публічного матеріального права, має ознаки, притаманні праву взагалі, – системність, формальна визначеність, обов'язковість для виконання тощо. Водночас, на відміну від інших правових норм, норми кримінального права встановлюються тільки вищим законодавчим органом і мають форму закону: згідно з п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України виключно законами визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них (норми ж, наприклад, адміністративного права можуть встановлюватись і урядом, і міністерствами, і місцевими органами влади). В Україні кримінально-правові норми в основному систематизовано в єдиному законодавчому акті – Кримінальному кодексі.

* Навроцький В. Кримінальне право і кримінальне законодавство: співвідношення понять // Право України. – 2011. – № 9. – С. 22–23.

** Пітер Лейленд. Кримінальне право: Злочин, покарання, судочинство (Англійський підхід). – К.: Основи, 1996. – С. 9.

Про інші визначення кримінального права, сформульовані зарубіжними вченими, див.: Жалинський А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М.: Велби, Проспект, 2006. – С. 12–16; Яценко С.С. Основні питання Загальної частини кримінального права іноземних держав: Навч. посібн. – К.: Дакор, 2013 – С. 9–11.

Необхідність роботи застереження «в основному» пояснюється тим, що КК України 2001 р., всупереч буквальному розумінню його ч. 1 ст. 3, не може вважатись єдиним джерелом законодавства про кримінальну відповідальність. Зокрема, таким джерелом є і КК України 1960 р., оскільки втрата ним з 1 вересня 2001 р. чинності є відносною. Положення попереднього КК, демонструючи феномен ультраактивної дії кримінального закону, можуть застосовуватись самостійно у порядку зворотної дії закону про кримінальну відповідальність, а також застосовуватись у поєднанні з приписами чинного КК, наприклад, при встановленні специфічного кримінально-правового змісту окремих форм множинності злочинів. Попри вимогу ч. 2 ст. 3 КК про включення до КК законів про кримінальну відповідальність, прийнятих після набрання чинності цим Кодексом, у доктрині існує думка про визнання відносно самостійною складовою кримінального законодавства (а не КК) законів про внесення змін до КК при тому, що останні самостійному застосуванню не підлягають.

У контексті висвітлення співвідношення між КК та законодавством про кримінальну відповідальність цікавою є висловлена в літературі (Ю.А. Пономаренко) позиція, згідно з якою до актів кримінального законодавства належать у т.ч. міжнародні договори України, згоду на обов'язковість яких надано ВР, в тих випадках, коли вони безпосередньо містять кримінально-правові приписи, та рішення КС з питань конституційності кримінальних законів.

Як бачимо, сформульоване у ч. 1 ст. 3 КК положення про повну кодифікованість вітчизняного кримінального законодавства є фікцією.

* * *

Використаний у назві КК від 5 квітня 2001 р. прикметник «кримінальний» походить від латинського терміна «сгімен», який означає «злочин». Щодо назв відповідних законодавчих актів у зарубіжних державах, то вони отримали їх або від назви злочину (наприклад, Criminal Law Act Австралії), або від назви покарання (наприклад, Kodeks karny Польщі або Strafgesetzbuch Астрії). Дещо незвичною є назва відповідного кодифікованого акту Ізраїлю – «Закон про кримінальне право».

Вітчизняний законодавець обґрунтовано відмовився від назв «Карний кодекс», «Уголовний кодекс», «Кодекс законів про кримінальну відповідальність» і залишив назву «Кримінальний кодекс». Остання узгоджується з основним етимологічним значенням терміна «кримінальний», відповідає вимогам, які висуваються до назв у понятійному апараті КК, є усталеною у вітчизняній правовій системі та у повному обсязі виконує називну, інформативну та орієнтаційно-нормативну функції⁶. Кримінальний кодекс – не «злочинний» кодекс (М.Й. Коржанський), не кодекс поведінки криміналітету

⁶ Тростюк З.А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України: Монографія. – К.: Атіка, 2003. – С. 61; Пономаренко Ю.А. Чинність і дія кримінального закону в часі: Монографія. – К.: Атіка, 2005. – С. 49–53.

(В.М. Куц), як це може здатись на перший погляд, а кодекс, який стосується злочинів, кодекс про злочини, про боротьбу з ними. Саме таку основну ідею будемо вважати втіленою у назві розглядуваної галузі права.

Своїм завданням Кримінальний кодекс має правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам (ч. 1 ст. 1 КК). Для здійснення цього завдання КК визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, які їх вчинили (ч. 2 ст. 1 КК).

Наведене положення вважається законодавчим втіленням класичної формули *«nullum crimen, nullum poena lege»* (немає злочину, немає покарання без вказівки на це у законі). Із цієї статті КК також випливає, що основними засобами виконання кримінальним правом охоронного завдання є криміналізація (проголошення діяння злочином) і пеналізація (встановлення виду і розміру покарання за злочин).

З питання про розуміння пеналізації у науці склалась два основні підходи. Перший полягає у тому, що пеналізація (від лат. – покарання) – це процес визначення законодавцем характеру караності криміналізованих діянь, а також процес призначення покарання. Визначення характеру караності діянь законодавцем і процес призначення покарання судом розглядаються як етапи пеналізації, що йдуть один за одним. Суть іншого підходу: пеналізацією є лише діяльність законодавця із встановлення покарання, призначення його за окремі злочини у судовій практиці, не будучи пеналізацією, охоплюється поняттям індивідуалізації покарання. Формулювання, наведене у ч. 2 ст. 1 КК України, схиляє до думки про слушність другого підходу.

Водночас слід враховувати, що до осіб, які вчинили злочини, можуть застосовуватись не лише покарання, а і, наприклад, примусові заходи виховного або медичного характеру, у зв'язку з чим бажано, щоб удосконалена ч. 2 ст. 1 КК містила вказівку як на покарання, так і на відмінні від нього заходи кримінально-правового впливу, що застосовуються до порушників кримінально-правових заборон.

Стосовно примусових заходів медичного і виховного характеру варто зробити застереження: вони можуть згадуватись у контексті розкриття змісту кримінальної відповідальності особи, винної у вчиненні злочину, лише у випадку їх застосування (замість покарання або поряд із ним) на підставі обвинувального вироку суду.

Наприклад, суд звільняє неповнолітнього від покарання із застосуванням примусового заходу виховного характеру (ст. 105 КК) або застосовує відповідний примусовий захід медичного характеру щодо особи, визнаної обмежено осудною (ст.ст. 20, 93, 94 КК). Якщо суд вирішив застосувати примусовий захід медичного характеру до неосудного (ч. 2 ст. 19 КК) чи примусовий захід виховного характеру – до того, хто не до-

сягнув віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ч. 2 ст. 97 КК), то зазначені заходи, не будучи пов'язаними із вчиненням злочину, виступають як альтернатива кримінальній відповідальності.

Оскільки злочинність не знає кордонів, а її небезпека набула міжнародного масштабу, українське кримінальне право прагне активно використовувати позитивний досвід закордонних держав і рекомендації міжнародних організацій. Першоосновою для такого підходу слугує Декларація ООН «Про злочинність та суспільну безпеку», затв. резолюцією 51/60 Генеральної Асамблеї ООН від 12 грудня 1996 р., у якій зазначається, що держави – члени цієї організації повинні прагнути захищати безпеку та добробут своїх громадян і усіх тих, хто знаходиться під юрисдикцією держави, шляхом прийняття ефективних національних заходів щодо боротьби з небезпечною транснаціональною злочинністю, у т.ч. з організованою злочинністю, незаконним обігом наркотиків та зброї, контрабандою таких предметів, організованою торгівлею людьми, терористичними злочинами тощо.

Охороняючи в основному відносини, врегульовані іншими галузями права (конституційним, цивільним, господарським, екологічним, міжнародним, адміністративним, трудовим тощо), і будучи своєрідним засобом їх забезпечення, кримінальне право містить також норми, що мають самостійну юридичну природу, встановлює заборони, які не мають аналогів в інших галузях права (наприклад, норми про кримінальну відповідальність за вбивство, зґвалтування, державну зраду).

У цьому сенсі слушним видається висловлювання про те, що кримінальне право є найстарішою, найбільш інтелектуально насиченою та складною галуззю права, правової науки і системи навчальних дисциплін, що складають юридичну освіту. Тому спеціаліст, який добре оволодів кримінальним правом, має з легкістю засвоювати будь-які інші правові знання*.

1.1.1.2. **Предмет** кримінального права мислителі минулого зазвичай визначали коротко та ёмно – як злочин і покарання. Саме так називається одна з перших теоретичних праць, у якій закладені основи сучасного кримінального права, – книга італійського гуманіста Ч. Беккарія «Про злочини і покарання» (1764 р.).

Такий підхід загалом є правильним, адже кримінальне право передусім зорієнтоване на примус, репресії стосовно осіб, які порушили відповідні заборони. Водночас він недостатній, оскільки суть кримінального права примусом не вичерпується. Адже у кримінальному праві також встановлюються підстави та умови звільнення особи від кримі-

* Жалинский А.Э., Энгельгардт А.А. Практикум по уголовному праву / Под ред. А.Э. Жалинского. – М.: Издательский Дом «Городец», 2008. – С. 16.

нальної відповідальності і від покарання, визначаються обставини, що виключають злочинність діяння, інші заохочувальні заходи.

Пануючою у кримінально-правовій доктрині є позиція, згідно з якою предметом кримінального права є певні відносини. Останні складаються у зв'язку з існуванням таких феноменів, як: 1) злочин*; 2) покарання; 3) заходи, альтернативні покаранню, включаючи звільнення від кримінальної відповідальності; 4) обставини, які виключають злочинність діяння.

*Щодо адресатів кримінально-правових норм, а також кола, змісту і суб'єктного складу врегульованих ними відносин, то у літературі існує велике різноманіття поглядів. Так, одні дослідники вважають, що ці норми звернені до всіх членів суспільства, інші – що лише до тих, хто порушує закон. Висловлюється і погляд, згідно з яким кримінально-правові норми встановлюють правила поведінки для державних органів, уповноважених здійснювати реалізацію кримінальної відповідальності або звільнення від такої відповідальності. Існує і думка про те, що фактично кримінально-правова заборона містить для різних адресатів два правила поведінки: перше – власне обов'язок утриматись від вчинення діяння, яке містить ознаки складу злочину; друге – обов'язок застосувати заходи державного примусу у випадку вчинення такого діяння**.*

Нам імпонує підхід, у межах якого **кримінально-правові відносини** поділяються на:

1) загальнорегулятивні (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» загальнорегулятивних відносин);

3) конкретнорегулятивні (впливають із діянь, що не є злочинами, але із зовнішнього боку нагадують їх, та із посткримінальної поведінки особи)***.

Уточнимо лише, 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 висловлену у літературі (О.В. Наден) позицію, згідно з якою норми, які регулюють відповідні суспільні відносини, не є кримінально-правовими нормами.

* Оригінально висловився К. Маркс, ніби злочинець створює не лише злочин, а і кримінальне право, а тому і професора, який читає лекції з кримінального права і виносить на суспільний ринок свої лекції, свій товар. Злочинець створює, крім цього, всю поліцейську і кримінальну юстицію, нищепорок, катів, присяжних тощо (Виклад. за: Бойко А.И. Преступное бездействие. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 112).

** Маркунцов С.А. Уголовно-правовой запрет: теоретический аспект / Под науч. ред. А.Э. Жалинско-го. – М.: Юрлитинформ, 2007. – С. 22.

*** Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. А.И. Коробеева. – Т. I: Преступление и наказание. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – С. 516–522.

Реалізація охоронних кримінально-правових відносин, пов'язаних із вчиненням злочину, відбувається у формі кримінальної відповідальності, втіленої в обвинувальному вирокі суду, або у формі звільнення від кримінальної відповідальності. Реалізацію охоронних кримінально-правових відносин, пов'язаних із вчиненням суспільно небезпечного діяння неосудною особою та особою, яка не досягла віку кримінальної відповідальності, не слід пов'язувати з кримінальною відповідальністю, – її підсумовують інші процесуальні документи (ухвала суду про застосування примусових заходів медичного характеру щодо неосудної особи та ухвала суду про застосування примусових заходів виховного характеру щодо особи, яка не досягла віку, з якого можлива кримінальна відповідальність). Невипадково в юридичній літературі висувається конструктивна пропозиція безпосередньо у законодавчому порядку закріпити положення про те, що не кримінальною відповідальністю, а кримінально-правовим реагуванням є застосування передбачених КК заходів кримінально-правового характеру до осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння у стані неосудності або не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність*.

Обмежувати кримінально-правові відносини лише тими відносинами, які виникають між державою та особами, які вчинили злочини, на наш погляд, не можна, оскільки цей підхід (крім того, що він охоплює відносини за участю неосудних та осіб, які не досягли встановленого віку) не узгоджується із таким завданням кримінального закону, як загальна превенція, яка стосується осіб, які ще не вчиняли злочинів.

В основному охоронні кримінально-правові відносини виникають з моменту вчинення злочину як юридичного факту (про це свідчить, зокрема, те, що згідно зі ст. 49 КК строки давності починають спливати з дня вчинення злочину). Вказані відносини виникають між особою, яка вчинила злочин і має за це понести кримінальну відповідальність, і державою в особі уповноважених органів, покликаних покласти на винного у злочині цю відповідальність.

Оскільки у випадках застосування деяких норм про звільнення від кримінальної відповідальності (зокрема, у зв'язку з примиренням винного з потерпілим та у зв'язку з дійовим каяттям) від волі потерпілого залежить зміст правовідношення та його подальший розвиток, учасником кримінально-правових відносин має визнаватись і потерпілий.

Свій внесок у розвиток охоронних кримінально-правових відносин роблять і такі юридичні факти, як передбачені нормами Загальної та Особливої частини КК обтяжуючі і пом'якшуючі кримінальну відповідальність обставини. Тривають зазначені відносини, зокрема, до тих пір, поки особа вважається судимою.

* Пимонов В.А. Теоретические и прикладные проблемы борьбы с общественно опасными посягательствами средствами уголовного права. – М.: Юрлитинформ, 2007. – С. 56–58.

Юридичними фактами, які припиняють охоронні кримінально-правові відносини, слід визнавати також: смерть того, хто вчинив злочин; захворювання до постановлення вироку особи, яка вчинила злочин у стані осудності, на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними; декриміналізацію діяння; звільнення особи від кримінальної відповідальності. В останньому випадку припинення охоронних кримінально-правових відносин може бути остаточним або тимчасовим. Мається на увазі те, що умовно звільнена від кримінальної відповідальності особа все ж притягається до кримінальної відповідальності або через те, що не виправдала довіру колективу – поручителя, ухилялась від заходів виховного характеру і порушувала громадський порядок (ч. 2 ст. 47 КК), або через те, що ухилялась від примусових заходів виховного характеру (ч. 3 ст. 97 КК).

1.1.1.3. Завдання (функції) кримінального права. У ч. 1 ст. 1 КК акцентується на тому, що КК має своїм завданням передусім правове забезпечення охорони певних об'єктів, і наводиться їх перелік. Також у цій нормі вказується на таке завдання, як запобігання злочинам.

Подібним чином визначаються завдання кримінального закону в інших державах (утім, у КК багатьох держав – Австрії, Данії, Італії, Іспанії, Франції, ФРН, Швейцарії, Швеції, Фінляндії – вказівка на завдання відповідного закону відсутня).*

У § 1.05 КК штату Нью-Йорк до загальних цілей цього Кодексу відносені: 1) заборонити поведінку, яка не виправдано і невізбачально спричиняє або загрожує спричинити суттєву шкоду індивідуальним або публічним інтересам; 2) дати ясне попередження про характер забороненої поведінки і про покарання, які накладаються при засудженні; 3) визначити дію або бездіяльність і психічний стан, що їх супроводжує, які складають кожне посягання; 4) провести межу на розумних підставах між серйозними і малозначними посяганнями і передбачити за них відповідні покарання; 5) забезпечити суспільну безпеку запобіганням вчиненню посягань шляхом стримуючого впливу покарань, які накладаються, соціального відновлення засуджених, а також їх ізоляції, якщо це необхідно в інтересах суспільства.

За всієї відмінності у термінології очевидно, що ця норма змістовно кореспондує із ст. 1 («Завдання Кримінального кодексу України») і частково ст. 50 («Поняття покарання та його мета») КК України.

У теорії кримінального права склалися щонайменше три **основні позиції** щодо розуміння завдань кримінального права.

Перша з них (традиційна) говорить про охорону існуючого у суспільстві стану речей; відповідно, визначається **охоронна** функція кримінального права. Інколи кримінальне право порівнюється зі сторожем,

* Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право: Общая часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2009. – С. 50–51.

який готовий відбити напад на охоронюване ним сховище та який водночас не має відношення до внутрішньої діяльності цього сховища, організації використання накопичених у ньому цінностей (М.І. Ковальов).

Ведучи мову про охоронну функцію кримінального права, слід враховувати, що заборони вбивати, застосовувати насильство, красти, брати хабарі тощо відображені у різних філософсько-релігійних вченнях, і в цьому сенсі кримінальне право як феномен цивілізації покликане захистити людину і суспільство від найбільш небезпечних посягань.

Так, серед біблійних заповідей можна відшукати звернення, які, так би мовити, становлять кістяк сучасного кримінального права («не вбивай», «не чини перелюбу», «не кради», «не свідчи неправдиво на свого ближнього», «не жадай будинку ближнього твого» тощо).*

У мусульманських країнах, закони яких ґрунтуються на нормах ісламу (ша-ріату), кримінально-правові приписи невід’ємні від релігійних. Уточнімо, що сказане стосується мусульманського деліктного права, а не світського кримінального законодавства, яке також діє у цих країнах.

Кримінальне право відіграє також активну роль, змінюючи і розвиваючи суспільні відносини; звідси виділяється **регулятивна** функція кримінального права.

Вимагаючи правомірної поведінки у формі утримання від вчинення злочинів, кримінально-правові заборони не лише охороняють встановлені у державі суспільні відносини, а і регулюють поведінку людини. Кримінальний закон не викладається у формі прямих заборон. Але це не означає, що норми кримінального закону не забороняють заволодівати чужим майном, позбавляти іншу людину життя тощо і лише встановлюють на випадок такої поведінки санкції, виступаючи як такий собі преїскурант, що вказує на ціну вчинку вільної, не обтяженої будь-якими зобов’язаннями людини (О.І. Бойцов).

Щодо **запобіжної** функції кримінального права, то в її межах традиційно виділяють приватну превенцію (утримання від вчинення нових злочинів з боку тих, хто раніше вчинив злочини і зазнав у зв’язку з цим кримінально-правового впливу) і загальну превенцію (утримання від вчинення злочинів з боку інших членів суспільства як результат впливу на них кримінально-правових заборон).

Кримінологічні дослідження, хоч і вказують на різні причини, через які люди не вчиняють злочинів, підтверджують існування певного відсотка членів суспільства, які не роблять цього саме через страх перед кримінально-правовою репресією.

Так, одне з останніх досліджень, яке проводилось харківськими правознавцями і під час якого респондентам ставилось питання, чи стримує від вчи-

* Докладніше див.: Олішевський О.В. Джерела православної релігії як основа виділення суспільно небезпечних діянь // Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2014. – № 6. – С. 62–73.

нення злочинів кримінальне покарання, дозволило встановити, що мотив страху перед покаранням як домінуючий чинник стримував від вчинення злочинів 15–20% осіб*.

Доречно навести тут і міркування німецького кримінолога Г.Й. Шнайдера про превентивний вплив кримінального закону. Виявляється, що більшість правопорушників, вчиняючи делікти, не думають про можливі наслідки, оскільки налаштовані оптимістично і вважають, що їхні діяння не будуть викриті. Злякати кримінальним законом можна хіба що тих людей, які вміють передбачити події і виважено їх оцінити. Кримінальний закон чинить вплив на успішних осіб, яким є що втрачати та які своїм успіхом завдячують системі, в якій вони живуть. Залюкати законом тих, хто вчиняє емоційно мотивовані та імпульсивні злочини (наприклад насильницькі), майже неможливо**.

*Історії людства відомі незаплановані експерименти, які підтвердили виконання кримінальним законом запобіжної функції. Так, страйк ліверпульських поліцейських у 1919 р. супроводжувався раптовим спалахом грабежів і погромів; арешт поліції Данії німецькою окупаційною владою у 1943 р. призвів до зростання рівня злочинності; нью-йоркське «затемнення» 1977 р., коли місто на 25 годин було залишено без електрики, викликало хвилю насильства і грабежів***.*

1.1.1.4. Метод кримінального права. Згідно з розподілом права на публічне й приватне виокремлюються два основних методи правового регулювання – публічно-правовий (імперативний) і приватноправовий (диспозитивний). Основним (домінуючим) методом кримінального права є підстави вважати **імперативний метод**, за якого регулювання відповідних відносин здійснюється з використанням владних засад. На таку думку наводить законодавче положення про те, що КК визначає, які суспільно небезпечні діяння вважаються злочинами та які покарання застосовуються до осіб, які їх вчинили. Учасники кримінально-правових відносин на відміну, скажімо, від цивільно-правових є не рівними і перебувають у субординаційній залежності. Імперативний метод передбачає наявність юридично не рівних суб'єктів правовідношення, коли лише один з них наділений владними повноваженнями і визначає обов'язкові межі поведінки іншого суб'єкта, не даючи йому права вибору форми поведінки в певній ситуації.

* Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовчої діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: Монографія / За заг. ред. В.І. Борисова, В.С. Зеленецького. – Харків: Право, 2011. – С. 213–214.

** Шнайдер Г.Й. Криминология: Пер. с нем. / Под общ. ред. и с предисл. Л.О. Иванова. – М.: Изд. группа «Прогресс» – «Универс», 1994. – С. 387–388.

*** Наумов А.В. Российское уголовное право: Курс лекций: В 3 т. – Т. 1: Общая часть. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2011. – С. 9.

Використання імперативного методу у кримінальному праві знаходить свій прояв у такому: 1) за джерелом походження норми кримінального права є централізованими, тобто похідними від публічної влади, а не від договорів між окремими особами; 2) кримінально-правові норми мають для їхніх адресатів наказовий, авторитарний характер, не допускаючи, як правило, домовленості про інші шляхи врегулювання відносин; 3) наслідки порушення кримінально-правових правил визначаються самим фактом злочину, а не вимогою зацікавленої сторони, позбавленої можливості діяти на власний розсуд*.

Однак кримінальному праву притаманний і диспозитивний метод. Проявами диспозитивності у цьому разі є те, що КК включає в себе норми, які дозволяють особі діяти певним чином (зокрема, реалізувати право на необхідну оборону, на крайню необхідність, виправданий ризик, на вчинення позитивних посткримінальних дій, з якими пов'язане кримінально-правове заохочення), передбачають варіанти реагування на вчинений злочин з боку суду у вигляді звільнення від кримінальної відповідальності і від покарання та його відбування. Зокрема, яскравим свідченням притаманного кримінальному праву диспозитивного методу і згладжування різниці між публічними та приватними галузями права є застосування звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного із потерпілим (ст. 46 КК). У цьому разі кримінальний закон координує поведінку рівних, автономних і не підпорядкованих один одному учасників суспільних відносин.

1.1.1.5. Система кримінального права. Існуючий поділ КК на Загальну та Особливу частини є значною мірою умовним і використовується з метою економії тексту кримінального закону та спрощення його викладу. Цей поділ є результатом поступового підвищення рівня законодавчої техніки та має місце в тих нормативно-правових актах, що діяли та діють на території сучасної України вже тривалий час.

Виокремлення Загальної частини як структурного елемента кримінального законодавства стало колосальним досягненням у сфері законодавчої техніки. Це дозволило законодавцю висловити багато через небагато, винести «за дужки» загальні, керівні, принципів положення кримінального права і тим самим зробити кодифікований кримінальний закон компактним за формою, доступним за змістом і зручним у користуванні. Тому не випадково Загальна частина стала атрибутом кодифікованого кримінального законодавства держав, в яких культивується романо-германська (континентальна) система права**.

* Кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 95.

** Коняхин В.П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права / Предисловие А.В. Наумова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 48–49; Галабала М.В. Криміналь-

У цих державах Загальна частина кримінального закону має різні назви: у французькому Кримінальному кодексі – «*Dispositions générales*» («Загальні приписи»), у німецькому – «*Allgemeiner Teil*» («Загальна частина»), у Королівстві Норвегія – «*Almindelige Bestemmelser*» («Загальні положення»). Перша книга КК Італії має назву «*Dei reati in generale*» («Злочини в цілому»).

Кримінальне право єдине, воно характеризується взаємопов'язаністю та взаємообумовленістю всіх без винятку норм Загальної та Особливої його частин. Має рацію В.О. Навроцький, який пише, що жодна норма Загальної частини не може бути усвідомлена і застосована, якщо не конкретизувати її зміст щодо окремих видів злочинів – положень, які закріплено в Особливій частині. І навпаки, жодну норму Особливої частини не може бути застосовано без зв'язку з положеннями, які наведено в нормах Загальної частини кримінального права*.

Загальна частина КК становить собою сукупність законодавчо визначених понять та інститутів, необхідних для всіх або переважної більшості положень Особливої частини КК. Вона:

- визначає, що єдиною підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК;
- окреслює окремі принципи кримінального права;
- регламентує питання, пов'язані з дією кримінального закону в часі та просторі;
- містить визначення понять «злочин» і «малозначне діяння»;
- наводить класифікацію злочинів;
- встановлює основні положення щодо кримінальної відповідальності за готування до злочину і за замах на нього;
- визначає зміст і кримінально-правове значення добровільної відмови при незакінченому злочині;
- розкриває зміст поняття «суб'єкт злочину» та його основні характеристики;
- закріплює дефініцію вини, її форм і видів;
- визначає особливості кримінальної відповідальності співучасників;
- встановлює види, зміст і кримінально-правове значення множинності злочину;
- наводить перелік обставин, що виключають злочинність діяння;
- регламентує інститути покарання, призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його відбування, судимості;

но-правова наука незалежної України. Проблеми Загальної частини: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 13–21.

* Навроцький В.О. Кримінальне право України: Особлива частина: Курс лекцій. – К.: Знання, 2000. – С. 20–21.

- визначає особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх;
- встановлює правила та особливості застосування примусових заходів медичного характеру і примусового лікування тощо.

Однак усі приписи Загальної частини КК є «мертвими» доти, поки тією чи іншою особою не буде вчинено діяння, яке містить або, навпаки, не містить складу злочину, передбаченого нормою Особливої частини КК.

Наприклад, для того, щоб визнати те чи інше діяння малозначним, суд спочатку має встановити, що воно формально містить ознаки складу конкретного злочину, передбаченого Особливою частиною КК, а вже потім вирішувати питання про те, чи становить воно суспільну небезпеку. Застосування інститутів призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його відбуття є неможливим до встановлення факту вчинення особою діяння, яке містить ознаки складу певного злочину. Особлива частина КК конкретизує обсяг і специфіку кримінальної відповідальності стосовно кожного складу злочину.

З іншого боку, без аналізу положень Загальної частини КК неможливо встановити зміст норм Особливої частини КК, адже ці норми ґрунтуються на основоположних засадах Загальної частини КК.

Так, без знання положень ст.ст. 18–22 неможливо встановити ознаки суб'єкта, а без аналізу положень ст.ст. 23–25 – ознаки суб'єктивної сторони злочину. Без застосування ст. 14 і ст. 15 неможливо притягти винного до кримінальної відповідальності за готування чи замах на злочин, а без застосування ст.ст. 26–30 – здійснити кваліфікацію дій співучасників. Призначити законне та обґрунтоване покарання, яке хоч і досить чітко визначене в санкціях норм Особливої частини, неможливе без урахування приписів, що містяться в розділах X, XI і XV Загальної частини КК.

Отже, Загальна та Особлива частини КК є підсистемами єдиної системи норм кримінального законодавства, спрямованих на виконання завдання у вигляді правового забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України та інших об'єктів кримінально-правової охорони від злочинних посягань, а також запобігання злочинам.

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

- 1) основний масив норм і Загальної, і Особливої частин кримінального права викладено в одному й тому самому кримінальному законі – КК;
- 2) і Загальна, і Особлива частини мають єдині завдання – опір злочинності, в них виражено волю одного й того самого законодавця – вищого органу державної влади;

3) і Загальна, і Особлива частини відображають одну й ту саму кримінальну політику – політику Української держави в галузі опору злочинності. Основними напрямками цієї політики, яка реалізується нормами Загальної та Особливої частин, є: посилення відповідальності за тяжкі злочини, застосування суворих заходів впливу щодо осіб, які вперто не бажують стати на шлях виправлення (криміналізація і пеналізація); пом'якшення або повне усунення відповідальності за діяння, які не становлять великої суспільної небезпеки, широке застосування покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, за необережні злочини, щодо осіб, які вперше й випадково порушили кримінальний закон, вчинили малонебезпечні злочини (декриміналізація та депеналізація);

4) в основу як Загальної, так і Особливої частин покладено одні й ті самі принципи (персональної відповідальності, індивідуалізації відповідальності, економії репресії тощо);

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

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

7) зміна змісту норм Загальної частини тягне відповідні зміни в нормах Особливої частини КК*.

Ураховуючи такий рівень взаємозв'язку між Загальною та Особливою частинами КК, а також той факт, що Загальна частина містить основоположні (фундаментальні, універсальні, загальні для всіх норм Особливої частини КК) норми, вважаємо, що норми Особливої частини не повинні суперечити положенням Загальної частини. В іншому разі матиме місце колізія між ними. Прикладом такої колізії є те, що у Загальній частині КК (ч. 4 ст. 28) наявність злочинної організації пов'язується з метою вчинення кількох злочинів у той час, як в Особливій частині (зокрема ст. 255) – і одного. Колізії між нормами Загальної та Особливої частин КК мають вирішуватися шляхом надання пріоритету положенням, закріпленим у Загальній частині**.

1.1.1.6. Статті Загальної та Особливої частин КК розрізняються не лише за змістом, а і за **формою** (структурою). Норми Загальної частини мають описовий характер (наприклад, ст. 11 містить визначення злочину, а ст. 50 – покарання). У статтях Особливої частини КК традиційно виокремлюють дві складові – диспозицію і санкцію (це не стосується

* Навроцький В.О. Кримінальне право України: Особлива частина: Курс лекцій. – К.: Знання, 2000. – С. 20–21. Кримінальне право України: Особлива частина: Підручч. / За заг. ред. О.М. Литвинова; наук. ред. серії О.М. Бандурка. – Харків: Вид-во ХНУВС, 2011. – С. 10–11.

** Сказане не стосується випадків, коли припис Загальної частини містить застереження «крім випадків, передбачених Особливою частиною» або «якщо інше не передбачене Особливою частиною» (див.: Галабала М.В. Кримінально-правова наука незалежної України. Проблеми Загальної частини: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 26).

норм-визначень і норм, які передбачають звільнення від кримінальної відповідальності за вчинення окремих злочинів). Докладніше про це див. п. 1.3.2.3 цього посібника.

Стосовно **структури кримінально-правової** норми і змісту її елементів у науці усталеного підходу не склалось. Але у будь-якому разі кримінально-правову норму не слід ототожнювати із статтею кримінального закону.

У Рішенні КС у справі про зворотну дію кримінального закону в часі від 19 квітня 2000 р. зазначається, що кримінально-правова норма складається з трьох елементів: гіпотези – визначає умови, за яких застосовується правова норма щодо забороненої поведінки особи; диспозиції – закріплює таку правову норму; санкції – встановлює покарання для осіб, які порушили цю правову норму.

Концепція триелементної кримінально-правової норми, судячи з публікацій, сприймається багатьма вітчизняними дослідниками. Якщо у статті (частині статті) Особливої частини КК текстуально виділені лише дві складові – диспозиція і санкція, то кримінально-правову норму про відповідальність за певний злочин слід визнавати триелементною – якщо виходити з того, що її гіпотеза знаходиться в статтях Загальної частини КК.

Наприклад, гіпотеза кримінально-правової норми про умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, міститься у ст. 36 і ст. 38, а диспозиція і санкція цієї норми – у ст. 118 КК. За такого підходу Загальна і Особлива частини є структурними елементами КК, але не кримінального права як галузі права, оскільки останню складають норми, які знаходять своє зовнішнє вираження і формальне закріплення в приписах різних статей Загальної і Особливої частин КК.

Крім триелементних (переважна більшість норм Особливої частини КК), можна виділити одноелементні (наприклад норми-дефініції) і двоелементні (більшість норм Загальної частини КК) кримінально-правові норми.

1.1.2. Кримінальне право в системі національного права

1.1.2.1. Сучасне кримінальне право пронизане мережею системуючих зв'язків з іншими галузями права. Це зумовлюється тим, що розглядувана галузь права охороняє від злочинних посягань відносини, врегульовані та охоронювані іншими галузями права. Вочевидь, немає такої галузі права, яка б у той чи інший спосіб не перетиналась з кримінальним правом. Про співвідношення кримінального права і **кримінології** див. п. 1.3.1 цього посібника.

Первинне та основоположне значення для кримінального права має **конституційне право**, взаємозв'язок з яким відрізняється від інших видів міжгалузевих зв'язків. Зв'язок вказаних галузей права має ієрархічний характер. Враховуючи пріоритетну роль конституційних норм у

регулюванні суспільних відносин, кримінальне право має формуватися на основі Конституції України та з урахуванням інших конституційних законів. Положення Основного Закону мають конкретизуватися, деталізуватися і розвиватися в кримінальному законі. Тому кримінально-правові норми не можуть суперечити конституційно-правовим. При виникненні між ними колізій підлягають застосуванню норми конституційного законодавства.

Через те, що Основний Закон містить норми прямої дії, вони можуть безпосередньо застосовуватися в процесі реалізації кримінально-правових відносин – за наявності прогалини в Загальній частині кримінального закону або колізії норм Конституції і КК.

Так, ст. 58 Конституції України забороняє зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів. У розвиток цієї норми ч. 1 ст. 5 КК передбачає, що закон про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотню дію в часі. Разом з тим постає питання про кримінально-правове реагування на ситуації, в яких поліпшення правового становища того, хто вчинив злочин, стає результатом змін не кримінального закону, а тих нормативно-правових актів, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК.

Покликані регламентувати не кримінально-правові наслідки вчинених злочинів, а правомірну поведінку особи у певних сферах життєдіяльності нормативно-правові акти, до яких відсилають бланкетні диспозиції норм КК, незважаючи на їх істотний вплив на окреслення меж злочинного, не можуть визнаватися власне законом про кримінальну відповідальність, як цього прямо вимагає ч. 1 ст. 5 КК. Однак ця обставина навряд чи може вплинути на остаточний висновок про необхідність надання закону у розглядуваній ситуації зворотної сили. Річ у тім, що ч. 1 ст. 58 Конституції України, яка має найвищу юридичну силу і норми якої є нормами прямої дії (ст. 8 Конституції), сформульована таким чином, що вона дозволяє охопити випадки опосередкованої декриміналізації. Нею передбачено зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів незалежно від їх галузевої належності за умови, що вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи (треба так розуміти – і кримінальну також).

Те, що безпосереднє посилання на норми Конституції України як на джерело кримінального права є у подібних ситуаціях цілком виправданим кроком, підтверджується і таким вже історичним фактом: ухвалення у 1996 р. Конституції України зумовило формулювання авторами науково-практичного коментарю КК 1960 р. слухних висновків про безпідставність застосування окремих положень попереднього КК (зокрема, про подвійне засудження, про притягнення до кримінальної відповідальності за відмову від давання показань і за недонесення про злочин членів сім'ї та близьких родичів певних осіб)*.

* Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Відп. ред. В.Ф. Бойко та інші. – 6-те вид. – К.: А.С.К., 2000. – С. 26–27, 744, 772.

Прикладом ситуації, коли Конституція України може зумовити усунення караності поведінки, передбаченої КК, є існування кримінальної відповідальності за ухилення від призову на строкову військову службу (ст. 335), ухилення від призову за мобілізацією (ст. 336) та ухилення від навчальних чи спеціальних зборів (ст. 337) для осіб, релігійні переконання яких суперечать виконанню військового обов'язку. Згідно зі ст. 35 Конституції України, якщо виконання військового обов'язку суперечить релігійним переконанням громадянина, виконання цього обов'язку має бути замінено альтернативною (невійськовою) службою.

Конституція впливає на структуру Особливої частини КК, в якій закріплена ієрархія об'єктів кримінально-правової охорони. Слід врахувати, що питання про послідовність розташування розділів Особливої частини КК належить у літературі до числа дискусійних.

У ст. 17 Основного Закону передбачено, що захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу. Сказане слугує аргументом на користь того, чому норми про відповідальність за злочини проти суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності України розпочинають Особливу частину КК.

З іншого боку, відповідно до ст. 3 Конституції України найвищою соціальною цінністю визнаються людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. За таких обставин норми про злочини проти людини та її прав повинні були б мати першість в Особливій частині КК. Але слід врахувати, що призначення розділу I Особливої частини КК «Злочини проти основ національної безпеки України» є більш значущим, ніж просто захист інтересів держави. Йдеться про захист України як певної соціальної сукупності людей зі своїм менталітетом, звичаями, стосунками, уявленнями про права і свободи, які проживають на одній території і зацікавлені у суверенітеті, збереженні форми державного управління, цілісності і недоторканності держави. Названі цінності є складовими національної безпеки України. До того ж тільки у суспільстві, де гарантовані соціальна стабільність, громадський порядок, безпека і суспільна злагода, можливе реальне забезпечення захисту прав людини і громадянина, закріплених у Конституції України*.

Якщо ми проаналізуємо усі групи злочинів, об'єднані в розділі Особливої частини КК, залежно від ступеня тяжкості їх загалом, то побачимо, що найтяжчими є злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку (розділ XX), злочини проти основ національної безпеки України (розділ I) і військові злочини (розділ XIX). Саме у цих розділах сконцентрована найбільша кількість тяжких і особливо тяжких злочинів

* Борисов В.І. Питання систематизації Особливої частини кримінального права / Питання боротьби зі злочинністю: Зб. наук. праць / Редкол.: В.І. Борисов та ін. – Харків: Право, 2013. – Вип. 26. – С. 39.

(60–80%) і при цьому найменша кількість злочинів невеликої тяжкості (від 0 до 10%). Отже, видно, які саме пріоритети обрала держава для кримінально-правового захисту всупереч проголошеній у ст. 3 Конституції України декларації про те, що саме людина є найвищою соціальною цінністю. Розділ II (злочини проти життя та здоров'я людини) займає лише п'ятнадцяте місце, розділ III (злочини проти волі людини) – восьме, розділ IV (злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості) – одинадцяте, а розділ V (злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав та свобод людини і громадянина) – останнє, двадцяте місце*.

*Більшість нових кримінальних законів світу на першому місці в системі Особливої частини розміщують норми про відповідальність за злочини проти прав людини або міжнародного правопорядку. Пріоритет нормам про відповідальність за злочини проти держави надається, як правило, в старих кримінальних законах і кримінальних законах соціалістичних держав (Алжир, Афганістан, Бангладеш, В'єтнам, Індія, Ірак, Пакистан, Туніс, Еквадор тощо). У новому кримінальному законодавстві несоціалістичних держав така ситуація спостерігається вкрай рідко (крім КК України, можна назвати хіба що кримінальні закони Боснії та Герцеговини, Монголії, Судану)**.*

Звичайно, рівень захисту того чи іншого об'єкта кримінально-правової охорони визначається врешті-решт не місцем тієї чи іншої заборони у системі кримінального закону, а тим, наскільки ця заборона якісно сформульована та ефективно застосовується. Водночас закріплена у КК ієрархія об'єктів кримінально-правової охорони має важливе морально-політичне значення.

Кримінально-правовій охороні деяких конституційних прав і свобод особи присвячено окремий розділ КК («Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина»). Існує чимало й інших конституційних приписів, які визначають (мають визначати) спрямованість і зміст кримінально-правових норм (докладніше про це – у п. 1.2.4 цього посібника).

1.1.2.2. Кримінальне право пов'язане з **міжнародним правом**. Між цими галузями, як і у випадку з конституційним правом, простежується ієрархічна природа взаємозв'язку. Пріоритет міжнародного права встановлений Конституцією України, відповідно до ст. 9 якої чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана ВР, є частиною національного законодавства. Згідно з ч. 2 ст. 19 Закону «Про міжнародні договори України», якщо міжнародним договором України, який набрав чинності, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, застосовуються правила міжнарод-

* Хавронюк М.І. І знову про гуманізацію кримінального законодавства / Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Прогалини у кримінальному законодавстві: Міжнародний симпозіум: Тези і реферати доповідей. – Львів, 2008. – С. 292.

** Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 4.

ного договору. Аналогічні положення про верховенство міжнародних договорів щодо національного законодавства в разі виникнення розбіжностей між ними і визнання їх складовою частиною національного законодавства закріплено у конституціях багатьох європейських держав, зокрема Болгарії, Іспанії, Литви, Німеччини, Росії, Франції.

У ч. 1 ст. 3 КК йдеться про те, що законодавство про кримінальну відповідальність ґрунтується на загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права. Згідно з ч. 5 ст. 3 КК закони про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано ВР. Звідси випливає, що притягнення особи до кримінальної відповідальності може бути здійснене тільки на підставі норм, закріплених КК.

Наслідком підписання та ратифікації Україною міжнародних угод, які стосуються питань кримінального права, зазвичай стає внесення відповідних змін до КК. Відбувається або включення тексту приписів міжнародного права у формулу кримінально-правової норми, або створення на підставі таких приписів оригінального тексту кримінально-правової норми. У зазначений спосіб здійснюється *імплементація* міжнародно-правових норм у вітчизняні законодавчі акти. Займаючись трансформацією норм міжнародного кримінального права у вітчизняні кримінально-правові норм, слід відтворювати засобами національної законодавчої техніки норми міжнародних договорів, а конкретні невідповідності між КК України і міжнародними актами усувати шляхом внесення відповідних змін до КК.

Чимало норм з'явилося у вітчизняному кримінальному законодавстві на підставі міжнародних договорів, до яких приєдналась Україна. Йдеться, зокрема, про міжнародні акти, які визначають концептуальні підходи до боротьби із злочинністю загалом.

Серед таких актів варто згадати Загальну декларацію прав людини від 10 грудня 1948 р., Європейську конвенцію про незастосування строку давності до злочинів проти людства та воєнних злочинів від 25 січня 1974 р., Європейську конвенцію про видачу правопорушників від 13 грудня 1957 р., Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р., Конвенцію ООН про захист усіх осіб від насильницьких зникнень від 20 грудня 2006 р., Конвенцію ООН про боротьбу з фінансуванням тероризму від 12 вересня 2002 р., Конвенцію РЄ про кіберзлочинність від 7 вересня 2005 р.

Значною мірою завдяки названим та іншим міжнародно-правовим актам у КК існують норми про: дію закону в просторі (ст.ст. 6–8); наслідки засудження особи за межами України (ст. 9); видачу осіб, які обвинувачуються у вчиненні злочину, та осіб, засуджених за вчинення злочину (ст. 10); незастосування строків давності при звільненні від кримінальної відповідальності та від покарання осіб, які вчинили злочини проти миру та людства (ч. 5 ст. 49 і ч. 6 ст. 80).

Зв'язок кримінального права з міжнародним правом знаходить свій прояв у запровадженій у КК відповідальності за: 1) міжнародні зло-

чини і 2) злочини міжнародного характеру (конвенційні). Конвенції охоплюють ті види злочинів, які викликають особливе занепокоєння міжнародного співтовариства. Основні склади міжнародних злочинів, крім закріплення в конвенціях, визначені статутами міжнародних воєнних трибуналів. До таких злочинів віднесені, перш за все, злочини проти миру, військові злочини та злочини проти людяності.

Склади злочинів міжнародного характеру передбачені конвенціями, які зобов'язують держав-учасниць імплементувати відповідні норми у внутрішнє кримінальне законодавство з метою забезпечення національної юрисдикції. Як правило, цей процес відбувається за схемою, вказаною в ст. 5 Конвенції про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації. Тут зазначається, що кожна держава застосовує такі заходи, які можуть виявитися необхідними, щоб встановити свою юрисдикцію над злочинцем.

Наприклад, згідно з Гаазькою і Монреальською конвенціями про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден у КК (ст. 278) встановлено відповідальність за угон, у т.ч. повітряного судна. З урахуванням положень Міжнародної конвенції про боротьбу з захопленням заручників КК передбачив відповідальність за захоплення заручників (ст. 147). Фактично всі злочини з розділу XX Особливої частини КК (злочини проти миру, безпеки людства і міжнародного правопорядку) кореспондують положенням відповідних міжнародних договорів.

1.1.2.3. Зв'язок між кримінальним (матеріальним) і **кримінальним процесуальним правом** є найбільш тісним. Кримінальні процесуальні норми визначають порядок, процедуру застосування кримінальних правових норм, вказуючи, яким саме чином слід реалізовувати матеріальні юридичні приписи. Вчинення злочину «викликає до життя» кримінально-процесуальні правовідносини. Відповідним юридичним фактом є внесення даних до Єдиного реєстру досудових розслідувань і початок досудового розслідування.

Кримінально-процесуальні відносини є похідними від кримінально-правових. Водночас можна сказати, що кримінально-процесуальні відносини надають рух покладеним в їх основу матеріальним (кримінально-правовим) відносинам. Наявність або відсутність охоронних кримінально-правових відносин може бути встановлена лише у межах кримінально-процесуальних відносин. При цьому засудження невинуватої особи, будучи само по собі правопорушенням (або і злочином), не спроможне породити охоронні кримінально-правові відносини за участю такої особи*.

* Обвинувачення, пред'явлене особі, яка не вчиняла злочину та яка не перебуває з державою у відносинах відповідальності, не має власного змісту і є нікчемним за своїм кримінально-правовим і кримінально-процесуальним значенням (Мальцев В.В. Принципи уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 387–388).

Відсутність кримінального процесуального права позбавила б кримінальне право процесуальної форми, в якій воно тільки і може реалізуватися. З іншого боку, якби не було кримінального права, існування кримінального процесуального права було б позбавлене сенсу.

Якщо в Україні кримінальне і кримінальне процесуальне право – самостійні галузі права, то особливістю англо-американської правової системи є відсутність чіткого розмежування між матеріальним і процесуальним правом; відповідно у державах, які презентують таку правову систему, термін «criminal law» позначає нерозривну єдність матеріальних і процесуальних норм.

Історично матеріальні і процесуальні норми з'являлися паралельно. При цьому у правових джерелах, які діяли на території сьогоденішньої України, до певного часу також не існувало відмінностей між нормами кримінального та кримінально-процесуального права. Відокремилися ці галузі права лише в XVIII–XIX століттях.

Щоправда, в деяких державах, належних до континентальної правової системи, і зараз різниця між вказаними галузями права проявляється не зовсім чітко. Наприклад, у КПК Франції закріплено кримінально-правовий принцип, який забороняє двічі карати за один і той самий злочин, даються визначення проступку і порушення, містяться норми про умовне звільнення тощо, у зв'язку з чим КПК визнається джерелом французького кримінального права. Розділ четвертий Загальної частини КК ФРН присвячений скаргам у справах приватного обвинувачення, дозволам на кримінальне переслідування і вимогам щодо такого переслідування.

1.1.2.4. Регламентуючи порядок виконання покарань, призначених за вчинення злочину, **кримінально-виконавче право** покликане забезпечити реалізацію норм матеріального кримінального права, які стосуються покарання. У ч. 1 ст. 1 КВК зазначається, що кримінально-виконавче законодавство регламентує порядок і умови виконання та відбування кримінальних покарань.

Так, якщо раніше від колонії, у якій відбувалося покарання засуджених до позбавлення волі на певний строк, визначався судом у вирокі, то зараз вирішення цього питання покладено на органи кримінально-виконавчої системи.

Після набрання законної сили обвинувальним вироком суду, на підставі якого винний має реально відбути призначене йому покарання, виникають кримінально-виконавчі правовідносини.

Взаємозв'язок кримінального та кримінально-виконавчого права здійснюється за такими напрямками:

1) кримінальне право встановлює мету покарання, підстави і правила його призначення, а кримінально-виконавче – порядок і умови відбування покарання;

2) кримінальне право головним чином вирішує питання, які виникають до постановлення вироку та які має вирішувати суд, а кримінально-виконавче – питання, які виникають вже після набрання вироком законної сили та які стосуються насамперед засудженого й органу, який забезпечує виконання покарання;

3) кримінальне, а не кримінально-виконавче право регулює основоположні питання, які стосуються прав і обов'язків особи, яка відбуває покарання. Це, зокрема – підстави для звільнення особи від відбування покарання, відповідальність за найбільш небезпечні порушення порядку відбування покарання, правові наслідки покарання.

Але кримінальна відповідальність не завжди супроводжується призначенням покарання та його відбуванням, і тому її реалізація може і не пов'язуватись з кримінально-виконавчими правовідносинами. Кримінальна відповідальність може реалізовуватись шляхом постановлення обвинувального вироку суду, яким злочинцю призначається конкретне покарання і в якому водночас міститься рішення суду про (умовне або безумовне) звільнення особи від відбування призначеного їй покарання.

Література

- Кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 7–109.
- Панов М.І. Лекція професора М. Панова: «Вступ до курсу «Кримінальне право України» // Право України. – 2011. – № 9. – С. 321–342.
- 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.
- Яценко С.С. Основні питання Загальної частини кримінального права іноземних держав: Навч. посібн. – К.: Дакор, 2013. – 168 с.

Запитання і завдання

1. Які функції виконує кримінальне право та що є предметом цієї галузі права?
2. Покажіть взаємозв'язок між кримінальним і конституційним правом.
3. Розкрийте взаємозв'язок Загальної та Особливої частин КК. Відшукайте неузгодженості між цими частинами КК України.
4. Підготуйте повідомлення про вплив релігії і моралі на формування кримінально-правових заборон.

Рекомендуємо прочитати

- Зігмунд Фрейд «Тотем і табу».
- Франц Кафка «Процес».

Радимо подивитись

- Паперове переслідування / The Paper Chase (США, 1986, режисер Д. Бендер).
- Форс-мажори (США, 2011, режисери Кевін Брей, Джон Скотт, Майкл Сміт).

1.2. Генеза і доктрини кримінального права. Сучасна кримінально-правова політика. Принципи кримінального права

1.2.1. Генеза і доктрини (школи) кримінального права

1.2.1.1. Англійський історик права Генрі Мейн зазначив: «Чим більш давнім є кодекс, тим більш повно у ньому виражений кримінальний розділ».

Дійсно, історія права – це насамперед історія кримінального права. Правові пам'ятки античності, «варварські правди» раннього Середньовіччя та інші давні правові пам'ятки тих чи інших держав були актами передусім кримінального законодавства та судової практики у кримінальних справах. Оскільки причинами чи наслідками соціальних конфліктів найчастіше були злочини, то кримінальне право і стало саме тим стовбуром саджанця, від якого взяли свій початок інші галузі права. Держава у перші часи свого виникнення намагалась і, з урахуванням тогочасної нерозвинутої юридичної техніки та інших факторів, реально могла визначити передусім і тільки крайні межі правової поведінки, за які не можна виходити нікому. Решта поведінки не підлягала правовому регулюванню – тому, що у цьому не було необхідності, або виходячи з природного правового принципу «дозволено усе те, що прямо не заборонено». Поведінка людей в громаді і в сім'ї регулювалась релігійними нормами, традиціями і звичаями, іншими соціальними нормами. Лише згодом з'явилося усвідомлення необхідності і можливості появи регулятивних правових норм. Їхнім початком були, очевидно, інстинкти: позитивний інстинкт створював релігійну догму та/або моральне правило, з якого виникала норма права; негативний інстинкт створював релігійну та/або моральну заборону, з якої народжувався кримінальний закон.

Ще у 621 р. до н.е. в Афінах були прийняті відомі Закони Драконта. В них був проведений певний вододіл між злочинами, спрямованими проти інтересів держави (державна зрада, образа богів, святотатство тощо) і проти особистих інтересів (вбивство, підпад, крадіжка, наклеп тощо). Цей вододіл залежав певною мірою від процесуального і карального моментів: якщо обвинувачення порушувалось потерпілим, це був злочин проти особистих інтересів, і покараннями зазвичай були відшкодування шкоди і штраф (як правило, у подвійному розмірі шкоди), а якщо представниками влади – проти інтересів держави, і в цьому випадку йшлося вже про «справжнє» кримінальне покарання (смертну кару, вигнання, обернення в рабство, безчестя (атимію), яке означало позбавлення політичних прав, штрафи і конфіскацію майна).

Більшість основних положень чинного кримінального законодавства європейських держав беруть свій початок безпосередньо з Біблії, ще із Старого Завіту.

Усім відомими є Заповіді Божі. Хоча вони і є моральними нормами, в яких формулювались вимоги в абстрактній формі, більшість з них були відтворені у світських правових актах різних часів. Йдеться, зокрема, про такі заповіді, як: «Нехай не буде в тебе інших богів, крім мене»; «Шануй твого батька і матір твою»; «Не вбиватимеш», «Не крастимеш», «Не чужоложитимеш», «Не свідчитимеш ложно на ближнього твого», «Не зазіхатимеш на дім ближнього твого; не пожадатимеш жінки ближнього твого, ані раба його, ані рабині його, ані вола його, ані його осла, ані чого-небудь, що належало б ближньому твоєму» (Вих. 20:1–17). Кримінальна відповідальність за вбивство, крадіжку та інші види розкрадання, підпалювання чужого майна, неправдиве свідчення, статеві злочини передбачалась законами усіх часів і народів.

У П'ятикнижжі Мойсея прямо вказується: «Оці судові закони ти покладеш перед ними» (Вих. 21:1) – і далі містяться безпосередні правові норми. При цьому характерні назви мають підзаголовки – «Про вбивства та поранення», «Крадіжки та шкоди», «Карні закони» тощо.

Закони Мойсея (Вих. 21:24–25) вимагали застосовувати покарання за принципом таліону: «Око за око, зуб за зуб, руку за руку, ногу за ногу, обпалення за обпалення, рану за рану, синець за синець».

Згодом, вже на початку I тисячоліття нашої ери на основі релігійних норм християнства, правових звичаїв тощо сформувалась система візантійського права. Імператор Юстиніан (527–565 рр.) здійснив кодифікацію римського права і уклав Звід законів, до якого увійшли, зокрема, Дігести й Інституції. У 741 р. у Візантії була видана Еклога («Вибрані закони»), в якій найбільшим і найдеталізованішим порівняно зі Зводом законів Юстиніана був титул XVII «Покарання за злочини» – 53 статті, а у 886 р., скасувавши Еклогу, Василь I наказав знову переробити Звід законів Юстиніана і видав Прохірон – трохи більш повний збірник законів, ніж Еклога (у ньому про злочини і покарання йшлося у Титулі 39).

У подальшому візантійське право, у т.ч. кримінальне, стало загальною основою для розвитку права практично в кожній з європейських країн. Наприклад, «Руська Правда» у Київській Русі діяла поряд з витягами із законів Мойсеєвих, Еклогою, Прохіроном, церковними статутами Володимира і Ярослава.

В середині XI століття в Пізі (Італія) були знайдені рукописи Дігестів Юстиніана. Ця знахідка збіглась з намаганням королівської влади до централізації і, відповідно, юридизації суспільного і державного життя. Тому візантійське право почали вивчати в університетах, з'явилися школи римського права. Особливу славу набув юридичний факультет Болонського університету, який до XIII століття випустив близько 10 тис. студентів практично з усіх країн Західної Європи. У XIII столітті з'явились перші спеціальні розробки в галузі кримінального права, а викладати цю юридичну дисципліну почали в університетах у XVI столітті Університети поширилися по всій Європі, а програма курсу була скрізь однаковою – право Юстиніана.

У зв'язку з рецепцією візантійського права на базі англійської і французької національних правових систем поступово склалися такі дві основні світові сім'ї права – англосаксонська і континентальна. Друга з

них спочатку включала правові системи таких країн, як Франція, Голландія, Бельгія, Іспанія, Італія. Згодом помітний вплив на континентальну систему права справила Німеччина, право якої було синтезом варварського і візантійського права.

Відтак, континентальна система права отримала другу назву – романо-германської. Основними її характерними рисами стали: верховенство закону (французькі юристи говорили про «фетишизацію писаного закону»); кодифікація як необхідна умова галузевої організації правових норм з метою зробити «усі закони ясними, однаковими і точними» (Вольтер); формулювання правових норм як абстрактних приписів; зростання ролі судової практики, особливо рішень вищих судів, в яких здійснювалось тлумачення закону; дроблення основних галузей права і внаслідок відокремлення від них – з'явлення нових; зростання впливу міжнародного права на національні правові системи і окремі галузі права. Усе це мало неабияке значення і для розвитку нового кримінального права.

1.2.1.2. Протягом кількох тисячоліть кримінальне право формувалось й удосконалювалось у кількох напрямках:

1) поступово воно було відділене від моралі, релігії і канонічного права за принципом «Гріхами відає церква, злочинами – держава», виокремилось у спеціальну галузь права. Спочатку злочин як будь-яка неправда, аморальний вчинок і гріх, що вимагає спокути, зливалися в одне, пізніше, хоча вони і почали відрізнятися, але каралися одночасно, нарешті були остаточно відділені одне від одного;

2) кримінальне право суттєво змінило свою форму. Якщо на початку воно мало переважно усний характер, за деякими винятками, і відображалось у правових звичаях, а також у Біблії та інших канонічних джерелах, зміст яких передавався «з вуст у уста», то пізніше, завдяки появі писемності, відділенню права від релігії і тому, що ставало все менше бажаючих дотримуватись правових звичаїв, почалась його систематизація: з'явилися закони, пізніше – кодекси;

3) значно змінилась форма кримінально-правових приписів. Якщо колись вони мали переважно казуїстичний і фрагментарний характер, то з часом, завдяки розвитку людських навичок абстрактного мислення стали набагато більш узагальненими, а кримінальні закони – більш повними і системними. Нормативний матеріал з часом був підданий класифікації. Найбільш абстрактні положення кримінального законодавства виокремились в його Загальну частину, обсяг якої став свідченням певного ступеня розвитку кримінального права тієї чи іншої країни загалом: загальні положення і принципи зв'язують інші положення між собою і не допускають явних суперечностей в законі. З'явилися кримінально-правові інститути, почався їх бурхливий розвиток. Кримінальне право також дало паростки підгалузей (ювенальне кримінальне право, військове кримінальне право тощо);

4) змінилась природа кримінальної відповідальності. Якщо в архаїчні часи вона носила об'єктивістський і колективний характер (завдана шкода мала бути відшкодованою тим, хто її заподіяв, незалежно від його вини; якщо він сам не міг цього зробити, то вправі був звернутися за допомогою до одноплемінників – конфлікт мав бути погашений будь-яким способом в інтересах примирення людей і безпеки роду), то згодом стала суб'єктивною та переважно особистою й індивідуальною; утім, історія кримінального права загалом не заперечує можливості кримінальної відповідальності колективних утворень;

5) поступово звузилось загальне поняття злочину. Воно стало більш чітким, стало складатися з певних очевидних ознак. Так, перестало вважатися злочином діяння, вчинене не людиною (твариною тощо), діяння, вчинене неосудною людиною, безвинне діяння, непротиправне діяння тощо. Виникли категорії злочинів. З'явилися початкові уявлення про підстави та умови криміналізації діянь. В Європі назавжди скасована відповідальність за відьомство та інші «уявні» злочини. З іншого боку, з появою професійної і рецидивної злочинності почали вишукуватися нові кримінально-правові засоби боротьби з нею;

6) система покарань завжди знаходилась у залежності від тієї мети, якої намагалась досягти державна влада шляхом застосування покарання. З часом мета покарання змінилась – від відплати і залякування до виправлення і запобігання. Першим покаранням, яке прийшло на заміну необмеженої помсти, була помста за принципом таліону. Згодом обов'язковий таліон був замінений системою композицій і прощення. Утім, елементи відплати збереглися ще і до сьогодні у карі, елементи таліону – у принципі адекватності покарання вчиненому злочину.

Під тиском уявлень про мету покарання суттєво змінилась система покарань: вже у XVIII–XIX століттях звузилась сфера застосування смертної кари і були скасовані калічницькі і тілесні покарання, а вже у XX столітті більшість держав остаточно відмовились від смертної кари як виду покарання. У цей же період були пом'якшені покарання щодо неповнолітніх та осіб, які вчинили злочини через необережність, з'явилися умовні покарання та дострокове звільнення злочинців, що стали на шлях виправлення. Нарешті, були запроваджені інші, крім покарання, засоби запобігання злочинам (примусове лікування неосудних, примусові заходи виховного характеру тощо), з'явилась загальна тенденція до вирішення певних проблем кримінальної відповідальності за допомогою інших, крім покарання, засобів карального впливу.

1.2.1.3. Отже, з найдавніших часів кримінальне право зазнало значних змін. Але основними його стовпами були і залишаються два – справедливість і милосердя.

Колись злочином було лише те, що тягнуло смертну кару. Дуже просто: порушив табу – помри і більше не порушуй. Згодом – з розвитком релігії,

моралі і права – виникло милосердя: перелік злочинів (табу) розширювався, а разом з цим мали збільшувались випадки застосування покарання, проте карати на смерть усіх підряд було немислимо. Смертну кару у багатьох випадках погодилися замінити, наприклад, понівеченням: око за око, руку за руку... – таке тоді було милосердя.

Справедливість завжди була прямою, непоступливою, вимагала рівності для всіх. Злочин, повчала вона, – це те, за що треба застосовувати покарання, те, що поза всяких сумнівів має тягнути покарання. Якщо за конкретний злочин не застосовувати покарання, то він буде вчинятися знову, так само, якщо покарання не буде адекватним злочину через свою м'якість. Якщо за злочини не застосовувати покарань або постійно застосовувати неадекватні покарання, то усі злочини будуть вчинятися знову і знову. Хіба зупинить кого-небудь покарання, якщо воно – примара?..

Милосердя завжди пишалося своєю гнучкістю, творчими нахилами і схильністю до новацій. Воно придумувало обставини, за яких злочин перестає бути злочином, вигадувало випадки, за яких покарання не є обов'язковим до застосування, та суб'єктів, для яких покарання не є обов'язковим до застосування. Милосердя воляло про вільний розвиток особистості і про те, що численні заборони та відповідальність за їх порушення гнітять людську волю. Милосердя – спасибі йому – поступово домоглось скасування смертної кари, калічицьких покарань, заміни каторжних робіт громадськими... Врешті-решт, за милістю милосердя, покаранням став навіть простий осуд: суддя в залі засідань помахав вказівним пальцем – ось і все.

У XVII столітті в Англії було близько 50 видів злочинів, які каралися смертною карою, причому її способи були найжорстокішими (спалювання, колування, четвертування, виривання нутрощів з живого тіла тощо), до початку XIX століття кількість таких злочинів зростає до 200, а їх жорстокість ще посилюється, були введені нові види смертної кари: засудженого до страти морили голодом, а після страти його труп вивішували, потім публічно розтинали на частини. Але неспівмірність покарання тяжкості злочину спричиняла виникнення всіляких способів уникнення виконання закону: присяжні часто виправдовували завідомого злочинця, судді оцінювали викрадене у заниженому розмірі, а «привілеї духовного звання» поступово були поширені на осіб, які лише мали право бути посвяченими у духовне звання, тобто фактично на усіх чоловіків, що вміли читати...

Отак справедливість і милосердя тисячоліттями змагались між собою. Але істина полягає у тому, що «справедливість без милосердя не справедливості, а жорстокості, і милосердя без справедливості не милосердя, а дурість»*.

В різні часи створені в різних державах Європи кримінальні закони були то вкрай жорстокими – зокрема німецьке Кримінальне уложення Карла V, так звана «Кароліна» (1532 р.) або московське Соборне уложення (1649 р.), то вельми м'якими, як для того часу, скажімо, Кримінальний кодекс Франції (1791 р.) або Кримінальний кодекс Голланд-

* «Великая хроника» о Польше, Руси и их соседях XI—XIII вв.: (перевод и комментарии) / Под ред. В.Л. Янина; сост. Л.М. Попова, Н.И. Щавелева. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1987. – С. 21.

ського Королівства (1808 р.). Прогрес у сфері кримінального права виглядав, м'яко кажучи, екзотично, як для наших сучасників. Так, у 1815 р. в Норвегії було прийнято Акт, відповідно до якого встановлювались правила заміни калічницьких покарань позбавленням волі: замість відрубання руки – ув'язнення на 10 років, замість розривання кісті руки – на 2 роки, замість проколювання кісті руки – на один рік.

1.2.1.4. У XVIII–XIX століттях на території континентальної Європи почався бум кодифікації кримінального законодавства. При цьому кримінальні кодекси, що приймалися в різних державах, взаємно впливали на розвиток аналогічних законів в інших державах. Найбільший вплив мали:

1) *КК Франції 1810 р.* Певний час він діяв у Голландії, Бельгії і на Мальті. За його зразком чи під його суттєвим впливом були побудовані кримінальні кодекси Польщі 1818 р., Іспанії 1848 р., Португалії 1852 р., Туреччини 1858 р., Бельгії 1867 р., Румунії 1874 р., Монте-Карло 1874 р., Люксембургу 1879 р., Італії 1890 р.;

2) *КК Німеччини 1871 р.* Частково діяв на території Польщі, а також вплинув на кримінальні кодекси Угорщини 1879 р., Голландії 1886 р., Болгарії 1896 р., Латвії 1933 р., Швейцарії 1937 р., Греції 1950 р. У свою чергу КК Угорщини 1879 р. і КК Голландії 1886 р., поряд з КК Німеччини, КК Бельгії і КК Франції, також були враховані при розробці КК Болгарії 1896 р. і КК Росії 1903 р. КК Німеччини також значно вплинув на кримінальні кодекси Японії, Південної Кореї, Таїланду тощо;

3) *КК Австрії 1803 р. (в редакції 1852 р.)*. Певний час діяв на території Боснії і Герцеговини, Словенії і Хорватії, Польщі й України, Чехії й Угорщини, і вельми тривалий час – Ліхтенштейну, а також мав вплив на КК Швеції 1864 р., КК Росії 1903 р. і КК Швейцарії 1937 р., а через останній – і на КК Греції 1950 р.;

4) *КК Швеції 1864 р.* Вплинув на кримінальні кодекси передусім держав «скандинавської групи» – Данії 1866 р. і Фінляндії 1889 р., а крім того, на КК Росії 1903 р. і навіть КК Естонії 2001 р. Названий КК Данії у свою чергу діяв на території Ісландії, а під суттєвим впливом КК Данії 1930 р. побудовано КК Ісландії 1940 р.;

5) *КК Італії 1890 р.* Став зразком для КК Туреччини 1926 р. і вплинув на кримінальні кодекси Болгарії 1896 р. і Росії 1903 р., а КК Італії 1930 р. – на КК Латвії 1933 р., КК Албанії 1995 р. Разом КК Італії і КК Іспанії, а також КК Німеччини мали значний вплив на розвиток кримінального законодавства Аргентини, інших держав Південної Америки;

6) *КК РРФСР*. В різних редакціях були (потім і КК Росії залишився) певною мірою зразками для кримінальних кодексів таких союзних республік, нині – європейських держав, як Латвія, Молдова, Україна, а також здійснили істотний вплив на кримінальні кодекси Чехословаччини 1950 та 1961 рр., Чехії 1994 і 2009 рр., Болгарії 1951 та 1968 рр., СФРЮ 1951 та 1977 рр., Словенії 1994 р. та Хорватії 1997 р., Угорщини

1961, 1978 і 2012 рр., Румунії 1968 р., Польщі 1969 р., Албанії 1995 р. Сильний вплив КК РРФСР відчувається у КК Китаю, а КК Росії – у чинних КК Казахстану, Узбекистану, Киргизстану, Таджикистану, Туркменістану, Вірменії, Азербайджану.

Водночас у сучасних КК Польщі 1997 р., Грузії 1999 р., Литви 2000 р., Естонії 2001 р. і Молдови 2002 р. найбільш помітним є намагання змінити звичні структури і зміст соціалістичних кримінальних законів. Це цілком відповідає тенденції до уніфікації і зближення кримінального законодавства європейських держав, наявність якої констатується науковцями*. Значно відрізняється від радянського КК чинний КК Росії, а від останнього – КК України 2001 р.**.

Нові кримінальні кодекси більшості західних держав також суттєво відрізняються від своїх попередників, прийнятих під впливом КК Франції 1810 р., КК Німеччини 1871 р., КК Австрії 1803 р. У першу чергу це стосується нових кримінальних кодексів Сан-Марино 1974 р., Іспанії 1995 р., Австрії 1974 р., Франції 1992 р., ФРН в редакції 1998 р.

*Англійськими юристами був написаний КК Австралії 1899 р., який британська влада згодом використовувала як Модельний кодекс в окремих арабських й африканських державах. З нього був списаний, зокрема, Ордонанс про Кримінальний кодекс Палестини 1936 р., який тривалий час застосовувався і в Ізраїлі – аж до прийняття ізраїльського Закону про кримінальне право 1977 р.***. Значний вплив цей же Модельний кодекс мав на кримінальні закони Індії, Бангладеш, М'янми, Шри-Ланки і, до його радикальної ісламізації в 1986 р., Пакистану. На основі англійського права (проект Стифена) був прийнятий в 1892 р. КК Канади, створені кримінальні кодекси для Сомалі, Кенії, Нігерії та ін. Проект КК Ефіопії був написаний на основі КК Швейцарії 1937 р. і швейцарської судової практики швейцарським же юристом Ван Гравеном****. Подібних прикладів багато.*

1.2.1.5. Звичайно, кримінальне право останніми століттями розвивалось, а кримінальні кодекси створювались не сумбурно і не лише з урахуванням судової практики. Основою для них стали наукові ідеї, продумані концепції.

Першою в історії **школою (основною теорією) кримінального права – просвітницько-гуманістичною** – можна вельми умовно вважати сукупність положень, розроблених вченими XV–XVIII століть Томасом Мором, Джерардом Уїнстенлі, Томасом Гоббсом, Гуго Гроцієм, Бенедик-

* Наумов А.В. Влияние норм и принципов международного права на сближение уголовного права различных систем / Уголовное право в XXI веке: Материалы Международной научной конференции на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 31 мая – 1 июня 2001 г. – М.: ЛекЭст, 2001. – С. 18.

** Наумов А.В. Российское уголовное право: Курс лекций: В 2-х т. – Т. 2: Особенная часть. – М., 2004. – С. 21.

*** Закон об уголовном праве Израила / Науч. ред. Н.И. Мацнев. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. – С. 13–17.

**** Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право: Общая часть / Под общ. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 7.

том Спінозою, Джоном Локком, Христіаном Томазієм, Якобом Фішером, Шарлем Луї де Монтеск'є, Вольтером, Чезаре Беккарія, Жаном-Полем Маратом та іншими. Її основні постулати зводяться до необхідності: визначати злочинність і караність діяння законом; зробити покарання більш гуманними; бачити мету покарання не у відплаті за злочин, а в загальній та індивідуальній превенції. До представників цієї школи треба віднести й українських вчених-гуманістів, які зробили певний внесок і в розвиток кримінального права – С.Ю. Десницького, С.С. Ореховсько-Роксолана, П.І. Пестеля, М.П. Драгоманова та ін.

У часи пізнього середньовіччя, незважаючи на жорстокість інквізиції, переслідування інакомислячих церквою і державною владою, вчені гідно виконували свій обов'язок – пристосовувати кримінальне право до найбільш прогресивних уявлень про справедливість і милосердя і гарячою підтримкою своїх ідей впливати на державу і суспільство. Просвітницько-гуманістична школа кримінального права підготувала ґрунт для появи нових шкіл, нових дослідників проблем кримінального права, багатьом з яких пізніше довелось власноруч писати кримінальні кодекси тих чи інших держав.

Так, Ансельм Фейєрбах (1775–1833 рр.), який виступав за звуження суддівського розсуду, за встановлення абсолютно визначених санкцій, зумів це втілити в КК Баварії 1813 р., автором якого він був. Він, а також Джеремі Бентам (1748–1832 рр.) в Англії, Еммануїл Кант (1724–1804 рр.) і Георг Гегель (1770–1831 рр.) в Німеччині стали найбільш відомими представниками **класичної школи кримінального права**.

Вони розглядали як злочини лише діяння, точно визначені в законі і недвозначно заборонені законом на момент їх вчинення, а основним призначенням покарання, яке має бути невідворотнім, вважали справедливу відплату за вчинений злочин; зазначали, що мистецтво законодавця і його гуманізм полягають у тому, щоб зробити покарання більш жорстким, але не за принципом «чим більше, тим краще», а лише настільки, щоб злочин був непривабливим (наприклад, Еммануїл Кант пропонував встановити: за вбивство – страту, за зґвалтування – кастрацію, за образу – принизливе вибачення перед потерпілим з цілуванням руки, за майнові злочини – каторгу); вказували, що свобода волі людини визначає її відповідальність за власні дії. Представники цієї школи практично відкидали необхідність врахування особистості злочинця – мало каратися саме діяння, ким би воно не було вчинене. Ансельм Фейєрбах започаткував розробку найважливіших інститутів кримінального права – складу злочину, вини, замаху, співучасті тощо. Він розрізняв об'єктивні (злочинне діяння, заборонене законом) та суб'єктивні (вину – умисел або необережність, їх види і ступені) підстави кримінальної відповідальності, і вважав, що роль покарання як контрмотиву, як засобу запобігання злочинам полягає у тому, щоб перекопати кожного, що за вчинення злочину він зазнає більших страждань, ніж відчув задоволення при вчиненні злочину.

В Україні і Росії представниками цієї школи були В.Д. Спасович, О.Ф. Кистяківський, Н.Д. Сергієвський та інші.

Сучасний класичний напрям частіше іменують **неокласичним**. Неокласики продовжують наполягати на необхідності реалізації двох основних цілей покарання – відплати і залякування, зазначають, що тяжкість покарання повинна відповідати тяжкості вчиненого злочину, а виконуватися покарання повинно у точній відповідності з вироком без будь-якого наступного пом'якшення, умовно-дострокового звільнення, інших пільг, інакше покарання втратить своє значення як кара. На відміну від класиків, вони, однак, визнають обставини, що пом'якшують вину, необхідність пом'якшення покарання у випадках душевних захворювань, вікових особливостей тощо.

На противагу класичній школі у 70-х рр. XIX століття в Італії виникла **антропологічна школа кримінального права** (за її родоначальником – Чезаре Ломброзо – її іноді називають ломброзіанством). Ч. Ломброзо та інші її представники (зокрема Е. Феррі, Р. Гарофало) як основні постулати своєї теорії визначали такі: метою покарання є не кара, а захист суспільства від злочинців; визначаючи покарання, необхідно перш за все враховувати особистість злочинця; особи, які перебувають у небезпечному стані (тобто потенційно готові до вчинення злочинів), повинні ізолюватися від суспільства.

На їхню думку, всі, хто вчиняє злочини, є природженими злочинцями, які успадкували фізіологічні, психічні й етичні якості первісної людини і не можуть бути виправлені. Такі природжені злочинці є трьох типів: вбивці, злодії і ґвалтівники.

Тип вбивць, наприклад, має такі антропологічні ознаки: скляні, холодні очі, налиті кров'ю, великий, часто орлиний ніс, розвинені ікла, щелепи і скули. Ті, хто має відповідні ознаки, але ще не встиг вчинити злочин, у т.ч. жебраки, проститутки, сутенери, безробітні, алкоголіки, дегенерати, душевнохворі тощо, постійно перебувають в небезпечному стані і становлять загрозу для суспільства. Ті ж, хто вже вчинив злочин і засуджений, мають перебувати у в'язниці доти, доки тюремна адміністрація не вирішить, що їх небезпека суттєво зменшилась.

Дехто з антропологів пропонував замінити кримінальні суди адміністративно-медичними органами, які визначали б наявність у того чи іншого суб'єкта рис «злочинної людини» і вирішували питання про заходи безпеки, які до нього мають бути застосовані. Влучно охарактеризував ломброзіанство Є.В. Спекторський – як проповідь «віри у череп і щелепу, які зобов'язують людину бути злочинцем навіть проти її волі»*.

* Спекторський Е.В. Христианство и правовая культура / В кн.: Русская философия права (антология). – СПб., 1999. – С. 370–371.

З іншого боку, деякі постулати цієї теорії ще потребують перевірки. Ось як пише про дослідження Ч. Ломброзо російський вчений О.І. Гуров: «Дивно, зрозуміло, звучить твердження про те, що мозок у злочинця-убивці важить на 30 грамів менше, ніж у звичайної людини. Такі дані були отримані після зважування мозку 400 гільйотинованих злочинців і близько 200 померлих звичайною смертю громадян. Але більше дивує інше: ніхто, крім нього, більше не робив таких експериментів, хоча в один голос заявляли про абсурдність подібних висновків».*

Подальший розвиток кримінального права в Європі відбувався під знаком **соціологічної школи**. Її засновниками були Ф. Ліст й Г. Ашафенбург (Німеччина), К. Штосс (Австрія), Г. Тард, Ж. Лакассань і Е. Дюркгейм (Франція), А. Принс (Бельгія), Г. Ван-Гамель (Голландія), І.Я. Фойницький, М.П. Чубинський, С.В. Познишев (Росія, Україна). Якщо узагальнити їх думку, то злочин – це результат складної взаємодії різних факторів, як індивідуальних (у т.ч. біологічних, таких як стать, вік, хвороби, походження і виховання, освіта, фізичний і психічний стан), так і фізичних (географічне середовище, клімат, час доби тощо) та соціальних (безробіття, рівень цін і рівень споживання алкоголю, життєвий рівень, люмпенізація населення тощо). Фактори злочинності, особливо соціальні, можуть бути усунені, але злочинність є вічним явищем.

Основоположник цієї доктрини Франц фон Ліст (1851–1919 рр.): уперше розробив концепцію примусового виховання молодих (віком до 21 року) злочинців; вказав, що на питання про ефективність покарання відповідь може дати тільки статистика; доводив необхідність заміни короточасного позбавлення волі іншими покараннями – примусовою роботою, домашнім арештом тощо, а також умовним засудженням.

«Антропологи» і «соціологи» були схожими у своєму критичному ставленні до класичного напрямку. І ті, й інші вважали марним існування у кримінальному праві поняття злочину і класифікації злочинів, поняття покарання, вини, осудності тощо, адже факт вчинення злочину є лише симптомом «небезпечного стану» особи. Саме «соціологи» запропонували постановляти вироки з невизначеним терміном («аж до виправлення засудженого»). Фактично вони заперечували усі визначені класиками догми кримінального права, у т.ч. ті, що були позитивними досягненнями.

З іншого боку, сьогодні в кримінальному законодавстві багатьох держав використовуються позитивні напрацювання соціологічної школи, що стосуються введення системи спеціальних судів для неповнолітніх і індивідуалізації кримінальної відповідальності для неповнолітніх,

* Цит. за: Иншаков С.М. Зарубежная криминология: Учебн. пособ. – М.: Изд. группа «ИНФРА», «М-НОРМА», 1997. – С. 122.

конструювання норм про індивідуалізацію покарання з урахуванням особистості винного та обставин, що детермінували вчинення ним відповідного злочину.

Після Другої світової війни в науці кримінального права виник новий напрям, що одержав назву **нового соціального захисту**. Чому «нового»? Це пов'язано з тим, що його прихильники, поряд із захистом суспільства, про що заявляли представники соціологічної школи, наполягали на захисті прав злочинця. Представники нової школи обвинувачували класиків і неокласиків у тому, що ті дають злочину юридичне визначення без огляду на особистість злочинця, а покарання вважають єдино можливим і справедливим видом реакції з боку держави.

Новий рух має дві школи: італійську (Ф. Граматика) і французьку (М. Ансель).

Радикальнішою є італійська. Філіппо Граматика і його прихильники у понад сорока державах світу навіть створили Міжнародне товариство соціального захисту, запропонували замінити кримінальне право правом соціального захисту, вживати не поняття «суб'єкт злочину», а «особа, що відхиляється від норми», не «кримінальна відповідальність», а «ресоціалізація» тощо. На їхню думку, санкція є мірою соціального захисту і повинна визначатися у кожному конкретному випадку суддею, а не для усіх схожих випадків законом; держава не має права карати злочинця, вона повинна його «соціалізувати», іншими словами – усунути його «антисоціальність» за допомогою превентивних, виховних або лікувальних заходів.

Більш стриманими є прихильники Марка Анселя. Сам він не заперечує необхідності покарання, але бачить у ньому лише такі цілі, як виправлення і ресоціалізація злочинця. Процес ресоціалізації розглядається як процес повернення особи, яка вчинила злочин, в суспільство «нормальних» людей. З цією метою суддя, на думку французьких прихильників нового соціального захисту, повинен бути наділений великим обсягом прав з індивідуалізації кримінально-правових заходів, зокрема у бік їхнього пом'якшення, одержати право корегувати процес ресоціалізації злочинця під час відбування ним покарання, а також право на застосування всіляких засобів індивідуалізації, таких, як умовно-дострокове звільнення, зміна режиму ув'язнення тощо. Суддя повинен уважно вивчити особу злочинця, скласти на нього досьє, характеристику фізичного і психічного стану тощо.

Якщо «класична» і «неокласична» школи віддавали пріоритет покаранню, а соціологи і антропологи – заходам безпеки, то теорія нового соціального захисту зайняла проміжну позицію: «заходи безпеки» мають існувати поряд з покаранням. М. Ансель наголошує, що в майбутньому кримінальна відповідальність повинна будуватися на принципах нинішньої ювенальної юстиції, де все підпорядковано цілям «соціального перевиховання».

Проти основних положень теорії нового соціального захисту виступають представники сучасної французької неокласичної школи (Ж. Левасер, Р. Мерль, Ж.-К. Соїє, М.-Л. Рассат та інші), які доводять, що на практиці соціальне перевиховання не здатне перешкодити значному зростанню злочинності, в тому числі організованої і рецидивної, зокрема тому, що особа не може бути ресоціалізована примусово, без її бажання.

1.2.1.6. Цікаво, що новий КК Франції (1992 р.) є результатом компромісу між прихильниками нового соціального захисту і неокласиками.

КК Франції, з одного боку, широко спирається на поняття й інститути, вироблені класичним напрямом (це стосується класифікації кримінальних правопорушень, питань вини, неосудності, акцесорної природи співучасті, замаху, існування в системі покарань таких видів, як довічне позбавлення волі і багатомільйонні штрафи). З іншого боку, цей КК врахував і пропозиції прихильників нового соціального захисту, особливо щодо особистості винного. Це різні види відстрочок виконання і призначення покарання, режим напівволі, можливість сплати штрафу в розстрочку, дозвіл залишати пенітенціарну установу для виконання певних обов'язків або лікування, умовно-дострокове звільнення навіть для засуджених до довічного позбавлення волі тощо; при призначенні покарання суддя фактично зв'язаний лише його верхньою межею. Таким чином, французький законодавець спробував врахувати усе, що, на його думку, є кращим і прогресивним як у класичному (неокласичному), так і в соціологічному (у теорії нового соціального захисту) напрямках кримінального права.

В розвитку новітнього кримінального законодавства України був лише один випадок, коли положення КК 2001 р. змінювались в контексті доктрини нового соціального захисту: це прийняття у травні 2008 р. Закону щодо гуманізації кримінальної відповідальності. Понад сто інших законів, якими вносились зміни до цього КК, були спрямовані на посилення відповідальності та криміналізацію нових діянь.

Загалом сучасне кримінальне законодавство не може бути побудоване на ідеях якої-небудь однієї із згадуваних вище шкіл кримінального права. Воно приречене на те, щоб синтезувати в собі найкращі ідеї класичного і соціологічного напрямів з урахуванням їх сучасних модифікацій.

Класичний напрям у сучасному кримінальному праві, у т.ч. в Україні, виконує і в подальшому буде виконувати фундаментальну функцію – доки людство не створить нові оптимальні системи впливу на злочинність. Адже це дозволяє утримувати злочинність у певних рамках. Разом з тим прогнозується: покарання буде все більше ґрунтуватися на принципі індивідуалізації і враховувати розроблені клініцистами методи прогнозування індивідуальної делінквентної поведінки; буде розвиватися система покарань, не пов'язаних з позбавленням волі; збільшуватимуться строки ізоляції найбільш небезпечних злочинців; при цьому стануть більш гуманними методи позбавлення волі (в'язни-

ці перетворюються з «пекла на землі» у своєрідні притулки з нормальними побутовими умовами); примусові заходи кримінально-правового впливу поступово витіснятимуться заохочувальними заходами.

1.2.1.7. Очевидно, що кримінальне право, з метою досягнення найвищої ефективності його норм, повинно враховувати усі найкращі досягнення європейської і світової кримінально-правової думки. Для цього важливо здійснювати компаративістські (порівняльні) дослідження.

Значний інтерес до іноземного кримінального права проявився ще в XIX столітті. В 1852 р. в Італії було видано фундаментальну тритомну працю Луїджі Дзуппета «Повний курс порівняльного кримінального законодавства», в якому автор за тематичним принципом провів аналіз французького, австрійського, п'ємонтського, тосканського і сицилійського кримінального законодавства. В 1894 і 1899 рр. в Німеччині за редакцією Ліста і Крузена вийшло двотомне видання «Сучасне кримінальне законодавство у порівняльному викладенні». В 1955 р. у ФРН почалась публікація багатотомного видання, що містило нариси кримінального права деяких держав, а в 1957 р. воно частково перекладалося і видавалося російською мовою в «Издательстве иностранной литературы».*

У Франції двома виданнями в 1995 і 2002 рр. вийшла об'ємна монографія французького пеналіста Жана Праделя «Порівняльне кримінальне право». У ній досліджене законодавство Франції, Німеччини, Італії, Англії, США, Канади, Швейцарії.

В імператорській Росії у XVIII–XIX і на початку XX століть кримінальне законодавство держав Європи вельми часто було предметом зацікавленості науковців-криміналістів. У зв'язку з цим видавалися переклади як відповідних актів такого законодавства, так і праць європейських криміналістів, а також спеціальні дослідження вітчизняних криміналістів. Особливо треба відзначити видану в Києві у 1862 р. працю київського професора С.Й. Богородського «Очерк истории уголовного законодательства в Европе с начала XVIII века».

Україна мала непогану традицію порівняльно-правових досліджень і дала світу таких видатних компаративістів, як М.М. Ковалевський, В.М. Корецький та ін. Харківський компаративіст М.О. Максимейко ще наприкінці XIX століття відзначив, що схожість правових систем різних держав виникає через спільність їх походження, запозичення, які відбуваються між ними, та ідентичність умов життя і потреб населення. О.Ф. Кістяківський присвятив значну частину виданого у Києві підручника з кримінального права розгляду усіх існуючих на той час у світі кримінально-правових теорій.

У 1991–2006 рр. в Україні кримінальне законодавство інших держав досліджувалося недостатньо. Можна згадати лише окремі праці, в яких згадувалися окремі положення такого законодавства (Р.Ю. Гревцова, Н.О. Гурторова, О.О. Дудоров, С.О. Загороднюк-Допилка, Я.Г. Лизогуб, В.М. Мамчур, В.А. Мисливий, В.І. Осадчий, М.П. Свистуленко, А.М. Соловйова, С.С. Яценко),

* Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право: Общая часть: Монография / Под общ. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 3.

і кілька праць, спеціально присвячених аналізу його окремих інститутів (Л.О. Ужва, І.В. Красницький, Д.І. Крупко), а також праць, в яких кримінальні закони зарубіжних держав використовувались як призма, крізь яку розглядалися ті чи інші проблеми кримінального законодавства України (Ю.В. Баулін, А.М. Бойко, Г.П. Жаровська, О.М. Лемешко, Н.В. Маслак, О.В. Наден, Р.С. Орловський, Ю.А. Пономаренко, Т.М. Приходько, В.В. Скибицький, Г.О. Усатий, С.М. Школа та ін.).

Як позитивні надбання російської науки після 2000 р. особливо слід відзначити випуск Санкт-Петербурзьким видавництвом «Юридический центр Пресс» понад тридцяти КК різних держав світу, а також вихід спеціальних праць з порівняльного кримінального права і порівняльної кримінології (О.М. Іванов і А.Г. Корчагин, О.О. Малиновський, І.Д. Козочкин, А.Е. Жалінський, В.М. Додонов, О.С. Капінус і С.П. Щерба, С.М. Іншаков та ін.). З їх появою порівняльне кримінальне право фактично оформилось як самостійна галузь наукових знань і як навчальна дисципліна.

В Україні в 2005–2007 рр. були видані монографії, присвячені порівняльному кримінальному праву європейських держав (М.І. Хавронюк) і США (А.В. Савченко). Згодом з'явилось багато нових дисертацій та інших праць з порівняльного кримінального права (Т.В. Сахарук, В.М. Шлапаченко, І.М. Горбачова, Я.В. Матвійчук, В.В. Сіленко, І.І. Строкова, О.Ф. Пасека, Л.О. Кузнецова, Ю.Л. Шуляк, Ю.Г. Старовойтова та ін.).

Серед завдань, які стоять сьогодні перед українськими компаративістами, виділяють: визначення місця української правової системи на правовій карті світу, характеру та мети її трансформації, що пов'язано, насамперед, з переосмисленням характеру соціалістичного права, його співвідношення з романо-германською правовою сім'єю; методологічне обґрунтування трансплантації в українське законодавство принципів права ЄС; порівняльне дослідження українського законодавства на предмет його несуперечності актам інших міжнародних організацій, членом яких є або збирається стати Україна. Йдеться про РЄ, СОТ, ОБСЄ, НАТО та ін.

1.2.2. Сучасна кримінально-правова політика

1.2.2.1. Не треба проводити спеціальних досліджень для того, щоб зрозуміти: злочинність стрімко змінюється під впливом змін у суспільствах. Відповідно має модернізуватися і кримінально-правова політика.

Якщо тисячу років тому розбійники нападали на екіпажі чи каравани з товарами, а сто років тому видатною інновацією стали напади на поїзди з метою пограбування кількох сотень пасажирів, то в наш час, наприклад, в результаті хакерської атаки на Sony Play Station, яка мала місце в 2011 р., було пограбовано понад 100 млн людей одночасно, а загальні втрати становили понад \$3 млрд. Відомий американський кримінолог Марк Гудмен зазначає: не було ще такої операційної системи чи технології, яку б не зламали хакери. Це тривожить, бо і саме людське тіло поступово перетворюється в інформаційну технологію. Наприклад, щороку тисячі слухових апаратів, інсулінових насосів, електрокардіостимуляторів і дефібриляторів вживлюються

людям (тільки в США у понад 60 тис. людей є електрокардіостимулятор, з'єднаний з Інтернетом, а дефібрилятори дозволяють лікарям на відстані дати розряд серцю пацієнта у разі необхідності). Навіть ДНК для хакерів – лише одна із операційних систем, які очікують свого злому.*

Кримінально-правова політика – це напрям діяльності спеціально уповноважених державних органів, який стосується охорони прав і свобод людини та громадянина, суспільства і держави від суспільно небезпечних посягань шляхом застосування покарання та інших заходів кримінально-правового характеру до осіб, які вчинили такі посягання, а також шляхом запобігання зазначеним посяганням за допомогою правового виховання і заходів профілактики індивідуального та спеціально-кримінологічного характеру.

Кримінально-правова політика держави здійснюється виключно державними органами. При цьому ВР формує кримінально-правову політику, КС визначає конституційність кримінальних законів та роз'яснює їх зміст, а відповідні урядові органи, зокрема органи досудового розслідування, і прокуратура, здійснюючи заходи щодо протидії кримінальним правопорушенням (далі – к.пр.)**, а також суди загальної юрисдикції, здійснюючи правосуддя, застосовують кримінальне законодавство.

Основними напрямками сучасної кримінально-правової політики мають бути:

- 1) своєчасна і правильна криміналізація (пеналізація) суспільно небезпечних діянь;
- 2) декриміналізація (депеналізація) діянь;
- 3) обґрунтована диференціація кримінальної відповідальності та покарання;
- 4) забезпечення міжнародного співробітництва у сфері протидії злочинам.

Необхідно, щоб кримінально-правова політика дозволила насамперед забезпечити безпеку України від транснаціональної організованої злочинності, яка по суті є глобалізованою нелегальною економікою (за деякими оцінками, її щорічний оборот становить близько 1,5 відсотка світового ВВП), постійно мінливою галуззю, яка адаптується до ринків і породжує нові види злочинності, виходить за культурні, соціальні, мовні й географічні рамки. Хоча транснаціональна організована злочинність – глобальна загроза, її дестабілізуючий вплив відчувається і на рівні держави, і на місцевому рівні.

* Гудмэн М. Какой может быть преступность в будущем // http://www.ted.com/talks/lang/ru/marc_goodman_a_vision_of_crimes_in_the_future.html

** Оскільки у КПК вжито термін «кримінальне правопорушення» як узагальнюючий для злочинів і кримінальних проступків, ми вживаємо його тут і далі.

За даними UNODC (Управління ООН з наркотиків і злочинності) сучасними проявами транснаціональної організованої злочинності є:

- незаконний обіг наркотиків (обсяг ринку – близько \$320 млрд);
- торгівля людьми (за даними МОП, кількість жертв торгівлі людьми в будь-який момент часу становить 2,4 млн, а прибуток від цієї діяльності – близько \$32 млрд). В Європі торгівля жінками й дітьми з метою сексуальної експлуатації приносить щороку \$3 млрд й у будь-який момент охоплює 140 тис. жертв; щороку новими жертвами стають 70 тис. людей);
- незаконне ввезення мігрантів (наприклад, в 2008 р. прибуток лише від незаконного ввезення у Європу 55 тис. мігрантів з Африки був \$150 млн, а в 2009 р. – 3 млн мігрантів з Латинської Америки в Північну Америку – близько \$6,6 млрд);
- незаконна торгівля вогнепальною зброєю (цей бізнес приносить щороку від \$170 до 320 млн і в результаті зброя потрапляє до банд і незаконних збройних формувань);
- незаконний обіг природних ресурсів, зокрема контрабанда алмазів, деревини, рідкісних металів;
- незаконна торгівля дикими тваринами і рослинами, що ставить під загрозу існування деяких видів (за даними Міжнародного фонду охорони природи, щороку незаконно продається понад 100 млн тонн риби, 1,5 млн живих птахів і 440 000 тонн лікарських рослин);
- торгівля підробленими ліками;
- кіберзлочинність (одним із найбільш вигідних для злочинців напрямів цієї діяльності є викрадання персональних даних, що приносить щороку \$1 млрд переважно внаслідок одержання доступу до банківських рахунків)*.

1.2.2.2. Уніфікація (або термінологією західної доктрини – гармонізація, зближення) кримінального законодавства, насамперед європейських держав, до яких відноситься Україна, є об'єктивно необхідною для підвищення ефективності боротьби з к.пр. в умовах глобалізації. **Гармонізація** загальноєвропейського кримінального законодавства, тобто приведення його у відповідність до європейських стандартів на підставі положень створеного у межах РЕ та ЄС кримінального законодавства, є об'єктивно необхідною для підвищення ефективності боротьби з міжнародними злочинами та злочинами міжнародного характеру на євразійському континенті.

Проявом цієї гармонізації стало те, що у 1990–2013 рр. більше двадцяти таких держав прийняли нові кодифіковані акти кримінального законодавства, які стали багато у чому схожими між собою. У ці самі роки розпочався процес входження України в європейський правовий простір, набагато більш активними стали міжнародні зв'язки у межах Європи, у т.ч. в інституційній та науковій сферах. У 1995 р. Україна приєдналась до Статуту Ради Європи, перед цим, у 1994 р., парламент ратифікував Угоду про Партнерство і

* Управління ООН по наркотикам і преступности: UNODC Annual Report 2010 // <http://www.unodc.org/unodc/index.html?ref=menutop>

Співробітництво між Європейськими Співтовариствами й Україною (УПС), а в 2004 р. ухвалив Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС. В 2014 р. укладено Угоду про асоціацію між Україною та ЄС, яка має замінити УПС і засвідчити процес готування України до вступу в ЄС.

Гармонізація кримінального законодавства європейських держав передбачає зближення зазначеного законодавства, усунення або зменшення відмінностей у ньому, які заважають протидії к.пр., насамперед злочинам міжнародного (транскордонного) характеру. Вирішення проблем гармонізації законодавства як раз і досягається шляхом виявлення та наступного усунення основних суперечностей і відмінностей, а також формування певних мінімальних загальних вимог і стандартів. При цьому слід враховувати два моменти, виявлені компаративістами:

1) до гармонізації, проявом якої є запозичення і взаємовплив, а результатом буде усунення відмінностей в національних правових системах на основі загально визнаних принципів права, прагнуть насамперед галузі законодавства, пов'язані зі станом прав і свобод людини – це обумовлено політичними, соціальними та економічними причинами. Кримінальне законодавство є такою галуззю.

Євроінтеграційним прагненням України відповідає те, що в її КК деякі склади злочинів встановлено на підставі положень актів ЄС і РЄ. Це злочини, передбачені ст.ст. 127, 209, 209-1, 232-1, 321-1, 323, 361–363-1, 364–369 КК;

2) окремі положення законодавства не можуть бути гармонізовані, зважаючи на специфіку життя населення різних країн, певні національні особливості, а тому як всесвітня повна гармонізація законодавства, так і гармонізація законодавства хоча б кількох держав без їх політичної уніфікації – міф. Але цей міф набув реальності на території ЄС, де склалося уніфіковане право, якого ще не знала вся державно-правова історія.

Суттєвим фактором удосконалення кримінального законодавства могла б бути гармонізація його з кримінальним законодавством ЄС. Особливу увагу у цьому контексті треба звернути на рамкові рішення, директиви Ради ЄС та деякі інші документи, які визначають політику ЄС у сфері боротьби із злочинністю і при цьому становлять собою частину національного права держав – членів ЄС, мають пряму дію й обов'язкові для виконання, у т.ч. в діяльності національних судових органів.

Водночас на гармонізацію кримінального законодавства в масштабах усього світу впливають міжнародні інституції (ОЕСР, СОТ, МОП тощо), насамперед ООН.

В останні століття на усіх цих напрямках більшість держав вимушена була діяти спільно, узгоджуючи національну кримінально-правову політику між собою. Адже інакше важко було б дотримуватись вимог міжнародних договорів стосовно екстрадиції (в контексті принципу

«aut dedere aut judicare» – видай або суди сам) та міжнародної допомоги у кримінальних справах щодо організованої злочинної діяльності, корупції, тероризму тощо.

В 1924 р. в Парижі була започаткована Міжнародна асоціація кримінального права (МАКП). В 2009 р. в Стамбулі пройшов вже XVIII організований цією асоціацією Міжнародний конгрес кримінального права «Кримінальне право і виклики глобалізації». В 1938 р. в Німеччині засновано Інститут іноземного та міжнародного кримінального права Макса Планка. У Франції в 1973 р. Марком Анселем створено Центр з вивчення кримінальної політики*. У 2009–2013 рр. в Пекіні відбулись п'ять скликань Міжнародного форуму, присвяченого ролі кримінального права в епоху глобалізації.

Певні зусилля докладаються для гармонізації кримінального права в межах регіональних союзів. Так, в рамках Північної ради діє Скандинавська рада з кримінології, створена в 1962 р. міністрами юстиції Данії, Фінляндії, Ісландії, Норвегії і Швеції з метою координації кримінологічних досліджень в державах-учасницях, підготовки рекомендацій для Північної ради та урядів скандинавських держав в сфері боротьби зі злочинністю. До складу Ради входять по два авторитетних кримінолога і по одному представнику Міністерства юстиції від кожної держави. Результат: всупереч світовій тенденції зростання злочинності скандинавським державам вдається утримувати її на одному рівні або навіть зменшувати протягом останніх 15 років.

Надзвичайне значення для визначення кримінально-правової політики сьогодні мають Конгреси з запобігання злочинності та поведження з правопорушниками. Готує їх однойменна Комісія, яка діє під началом основного координуючого органу ООН по боротьбі зі злочинністю – Економічної і Соціальної Ради ООН (ЕКОСОП). Починаючи з 1955 р., було проведено дванадцять Конгресів: I (Женева, 1955 р.), II (Лондон, 1960 р.), III (Стокгольм, 1965 р.), IV (Киото, 1970 р.), V (Женева, 1975 р.), VI (Каракас, 1980 р.), VII (Мілан, 1985 р.), VIII (Гавана, 1990 р.), IX (Каїр, 1995 р.), X (Відень, 2000 р.), XI (Бангкок, 2005 р.), XII (Сальвадор, Бразилія, 2010 р.).

До порядку денного XII Конгресу, основною темою якого були «Комплексні стратегії для відповіді на глобальні виклики: системи запобігання злочинності і кримінальне правосуддя та їх розвиток у світі, що змінюється», – увійшли такі пункти: діти, молодь і злочинність; тероризм; запобігання злочинності; контрабанда мігрантів і торгівля людьми; відмивання грошей; кіберзлочинність; міжнародне співробітництво у боротьбі зі злочинністю; насильство стосовно мігрантів та їхніх сімей. Також у рамках Конгресу відбулись семінари, присвячені питанням, зокрема: практиці запобігання злочинності в містах, зв'язку між незаконним обігом наркотиків та іншими формами організованої злочинності, стратегії з запобігання переповненню в'язниць.

Подібні, але менших масштабів міжнародні зустрічі – форуми, конференції, симпозіуми – постійно відбуваються в Україні або за участю українських кримінологів в інших державах.

* Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право: Общая часть: Монография / Под общ. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 4.

Зрозуміло, що усі ці питання не залишаються і не можуть залишитися поза увагою європейських держав, які є активними учасницями процесів міжнародного співробітництва, а результати роботи Конгресів рано чи пізно оформлюються у відповідні міжнародні акти.

1.2.2.3. Злочинність не можна перемогти за допомогою самих лише кримінально-правових засобів. Адже злочинність, злочин, інше к.пр., покарання, інші кримінально-правові заходи – це не суто кримінально-правові феномени, а загальносоціальні явища, які підлягають дослідженню юристами-криміналістами з урахуванням досягнень інших суспільних, а також природничих і точних наук, спільно з вченими-соціологами, економістами, психологами, медиками, а також істориками і філософами.

Можливості кримінального права у сфері протидії к.пр. та його вплив на стан сучасної злочинності не слід переоцінювати. Кримінальне право – це «хірургічний» засіб. У класичному його розумінні воно залишається «зброєю» проти найбільш небезпечних злочинів, пов'язаних з тероризмом, іншим небезпечним насильством, торгівлею людьми, різними видами незаконного заволодіння чужим майном, хабарництвом, відмиванням грошей, міжнародними злочинами тощо. Більшості же хвороб, у тому числі соціальних, можна запобігти чи вилікувати такі хвороби за допомогою превентивних і «терапевтичних» засобів.

Якщо політична верхівка держави не розуміє справжньої ролі кримінального закону і намагається вирішувати за його допомогою усі політичні, економічні і соціальні проблеми, то наслідком цього є лише підвищення рівня криміналізації суспільства, збільшення кількості ув'язнених, штучна маргіналізація та інші подібні наслідки. Прикладами цього є держави з досить жорсткою кримінально-правовою політикою і, відповідно, найбільшою кількістю осіб, які утримуються в умовах позбавлення волі, зокрема США, Росія, Китай.

Наприклад, особливістю кримінальної системи США є те, що вона гуманна спочатку і безжалісна потім. У більшості штатів з 90-х рр. XX століття практикується так званий «закон трьох ударів» (three strikes law). Цей термін запозичений з бейсболу, де гравець, що відбиває, пропустивши три удари, вибуває із гри. Система дає людині два шанси, карає його несильно, але якщо людина не схаменулась, не змінила своєї поведінки, то третього шансу вже не буде.

Така прогресивна шкала юрбамі заганяє людей у в'язниці, і саме з цієї причини США – перша у світі держава за кількістю ув'язнених на душу населення (друга – Росія). «Закон трьох ударів» призвів до того, що в Каліфорнії в'язниці переповнені удвічі порівняно зі своєю «проектною потужністю». Ситуацію ускладнює те, що кримінальна відповідальність в США настає за діяння, які в більшості інших держав не є кримінально каранними. Це, наприклад, перепродаж або навіть дарування ліків, куплених за рецептом, ухилення від виконання обов'язків присяжного, керування автомобілем у стані сп'яніння, по-

рушення *restraining order* – судової заборони (наближатися до певної особи, спілкуватися з нею, телефонувати, переписуватися, тролліти в соціальних мережах, відвідувати певні заклади тощо), будь-яка погроза, *battery* – «рукорикладство» (не обов'язково насильство, а навіть поплескування жінки по сідницях). Всупереч уявленням іноземців, в США вельми тяжким злочином є носіння вогнепальної зброї у громадських місцях (дозвіл можна отримати лише на її зберігання з метою захисту свого житла).

Факт засудження означає, що людину звільняють з роботи і потім не візьмуть на іншу гідну роботу через недовіру до неї. Отже, Америка так улаштована: той, хто порушує правила, все нижче опускається по соціальних сходах, а той, хто вище по них піднімається, тим більше боїться вчинити щось заборонене законом. Успішним, багатим стає той, у кого міцніші нерви й чистіші думки*.

В окремих державах, насамперед скандинавських, а також Швейцарії, Франції ювенальна юстиція взагалі практично виведена зі сфери кримінального права у сферу суто соціальну: усіма наслідками вчинення к.пр. дітьми займаються переважно психологи, вихователі, педагоги, лікарі і лише незначною мірою – юристи.

В інших державах створені умови, за яких місця для застосування кримінального закону взагалі майже не залишається.

Наприклад, на Мальті, населення якої становить близько 450 тис. осіб (як в Україні – Луганськ або Маріуполь), за кілька останніх років не було вчинено жодного серйозного злочину. Замість прийняття десятків концепцій і програм протидії злочинності в цій державі розмістили мільйон відеокамер, які «прострілюють» її 24 години на добу, запровадили інше новітнє технічне, фінансове, кадрове та організаційне поліцейське забезпечення, а також запровадили високі штрафи за будь-які порушення громадського порядку. Цього, на тлі високого рівня релігійності та/або моральності населення і відповідно, належного правового виховання, виявилось достатнім.

Схожа ситуація – рівень злочинності надзвичайно низький – на Кіпрі, в Бахреїні, Сінгапурі, Данії, Ісландії, Люксембурзі, Норвегії, Новій Зеландії, Японії тощо.

1.2.2.4. Кримінально-правова політика повинна ґрунтуватися на певних принципах, що є запорукою її успіху. Основними **принципами кримінально-правової політики** (за С.М. Іншаковим) мають бути:

1) *принцип системності*. Він означає комплексне використання всіх методів впливу на злочинність. Історичний досвід переконливо засвідчує, що ставка на один з методів (наприклад, каральний) приречена на невдачу. Дієздатна соціальна система завдання руйнуючого впливу злочинності суттєво зменшує як бажання людей вчиняти злочини, так і можливість реалізації злочинних задумів;

* Соколов-Митрич Д. Справедливість по-американски: от наказания до оправдания // http://cripo.info/index.php?sect_id=6&aid=145659

2) *принцип розвитку*. Йдеться про постійну зміну системи впливу на злочинність відповідно до змін соціальної і кримінальної реальності. Схема розвитку системи впливу на злочинність така: виявлення факторів злочинності – пошук способів їх усунення або блокування – вишукування ресурсів для цього – комбінування необхідних методів і заходів впливу, виходячи з їх максимальної ефективності і мінімальності витрат;

3) *принцип участі всіх членів суспільства*. Без опори на населення ще в жодній державі не вдалося сконструювати дієву систему впливу на злочинність;

4) *принцип адекватного забезпечення*. Практика руйнування злочинності не може подібно роботі міфічного вічного двигуна виникнути з нічого. Вона повинна бути достатньою мірою забезпечена. Йдеться про забезпечення: ідеологічне, кадрове, матеріальне, інформаційне, наукове тощо. Політики завжди прагнуть за незадовільного рівня забезпечення одержати високі результати, але історія подібних досягнень не знає. І навпаки, практика багатьох держав показала, що лише адекватне забезпечення, наприклад, боротьби з корупцією принесло свої плоди.

Насамперед треба, звичайно, враховувати усі наявні статистичні дані про стан, динаміку та інші характеристики злочинності, а також намагатися постійно розширювати відповідні знання. Очевидно, що без прийняття спеціального закону про кримінальну статистику та відповідних підзаконних актів ми ніколи не будемо належно озброєні проти сучасної злочинності. На сьогодні статистичні дані МВС, ДСА, а також Держкомстату України є дуже неповними і суперечливими.

Важко, наприклад, зрозуміти і пояснити, чому кількість зареєстрованих в Україні злочинів з 1990 р. по 2013 р. практично не змінилась. Але при цьому у ті самі роки кількість виявлених осіб, які вчинили злочини, так само як і кількість засуджених осіб, а також осіб, притягнутих до адміністративної відповідальності, зменшилась більш ніж удвічі. Це – кримінально-правова політика чи її відсутність?*

5) *принцип гуманізму*. Він передбачає послідовне зменшення соціального зла на землі (збільшення любові і «суспільного серця» – за Г. Тардом). У погоні за швидкими результатами зі шляху руйнування злочинності легко можна перескочити на шлях трансформації зла. Найпростіше позбутися злочинності, знищивши всіх людей. Ця крайність показує, що руйнування злочинності – не самоціль, і не всі засоби тут придатні. Сам процес боротьби із кримінальним феноменом може виявитися більш суспільно небезпечним, ніж злочинність. Це ми бачимо на прикладі практики катувань, поширеної і в Україні.

* <http://www.ukrstat.gov.ua/>

З іншого боку, надмірна гуманізація практики впливу на злочинність загрожує кризою гуманності. Йдеться про те, що вплив на злочинність повинен носити стабільний і поступальний характер. Якщо вчасно не ухвалювати послідовних (у т.ч. жорстких) заходів, то суспільство поступово сповзе в кримінальну кризу – і тоді наджорсткий репресивний метод починає видаватися усім єдиним засобом рятування. Отже, зневага до проблем злочинності неминуче ставить суспільство перед необхідністю застосування надзвичайних заходів.

1.2.3. Реформи кримінального права

1.2.3.1. Відомо, що положення КК різних держав щорічно зазнають змін. Так, станом на 1 липня 2014 р. до КК 2001 р. уже понад 125 разів вносилися зміни. При цьому неодноразово вони були внесені понад до 100 статей, із яких двічі були піддані змінам понад 60 статей, тричі – понад 30, а окремі статті змінилися 4 і більше разів. За 13 років прийнято понад 50 нових статей, причому кожна п'ята з них на сьогодні вже виключена з КК, а багато інших нових статей піддані змінам; водночас виключено із КК 27 статей.

Зрозуміло, що не кожен із згаданих змін можна вважати реформою кримінального права, адже в основі реформи мають бути серйозні трансформації суспільних відносин. З іншого боку, реформа кримінального права – це не обов'язково прийняття нової редакції чинного Кримінального кодексу чи нового Кримінального кодексу; вона може бути обмежена навіть відносно незначними, але історичними змінами.

Відомо, наскільки серйозних трансформацій зазнали суспільні відносини, наприклад, у Німеччині з кінця XIX до середини XX століть. Однак педантичні німці не квапилися міняти свій Кримінальний кодекс, і до сьогоденні основним джерелом кримінального права ФРН продовжує бути Кримінальний кодекс від 15 травня 1871 р. в редакції від 13 листопада 1998 р. Тим часом, усілякого схвалення заслуговує підхід, за якого замість внесення частих і дрібних змін у Кримінальний кодекс законодавець ФРН практикує тематичні реформи кримінального права, які проводяться, зрозуміло, не щорічно і полягають у відносно масштабних змінах.

Отже, реформа передбачає не лише суттєву зміну форми відповідного акта законодавства, а насамперед – зміну його змісту.

В історії сучасної України відбулось кілька подібних реформ – різних за своєю масштабністю:

1) у перші роки незалежності необхідність реформування була викликана надзвичайним зростанням злочинності, зокрема організованої злочинності у сфері економіки, і дістала вияв у масштабній криміналізації багатьох суспільно небезпечних діянь та декриміналізації інших, зміні системи покарань тощо. Реформування відбулось шляхом внесення численних змін до КК 1960 р.;

2) Рішенням КС від 29 грудня 1999 р. положення КК 1960 р., що передбачали смертну кару як вид покарання, визнано такими, що не відповідають Конституції України. Невдовзі після цього, 22 лютого 2000 р., ВР ратифікувала Протокол № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод стосовно скасування смертної кари;

3) 5 квітня 2001 р. прийнято новий КК, який набув чинності з 1 вересня 2001 р.;

4) згідно із Законом від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» внесено зміни щодо пом'якшення покарання більш ніж до 80 статей КК, і 5 статей КК прийнято у новій редакції;

5) у зв'язку з прийняттям нового антикорупційного законодавства 7 квітня 2011 р. КК доповнено 7 новими статтями, а 9 статей викладено у новій редакції. Ця реформа з певною перервою була продовжена через 2 роки: Законом від 18 квітня 2013 р. антикорупційні статті КК були приведені у відповідність до норм міжнародних конвенцій, зокрема в частині відповідальності за обіцянку, пропозицію і надання неправомірної вигоди (термін «хабар» із КК виключено); в цей же день був прийнятий Закон, яким запроваджено спеціальну конфіскацію як захід кримінально-правового впливу – насамперед за корупційні злочини; 24 травня 2013 р. запроваджено квазікримінальну відповідальність юридичних осіб; 13 травня 2014 р. багато нових норм було ще раз удосконалено;

6) у зв'язку з лібералізацією економічної діяльності 15 листопада 2011 р. із КК виключено 16 статей про злочини у сфері господарської діяльності, а ще до 37 статей внесені зміни.

Більшість цих реформ супроводжувалась значними змінами кримінально-процесуального, кримінально-виконавчого законодавства та законодавства про адміністративні правопорушення. Утім, іноді законодавець «ставив віз попереду коня». Так сталося, зокрема, в 2012 р., коли у зв'язку із прийняттям нового КПК, яким введено нові поняття «кримінальне правопорушення» і «кримінальний проступок», виникла необхідність реформи кримінального законодавства. Така реформа може бути здійснена шляхом реалізації, наприклад, внесеного на розгляд українського парламенту масштабного законопроекту (реєстр. № 4712 від 16 квітня 2014 р.).

1.2.3.2. В подальшому кримінальне законодавство буде ще не раз змінюватися. Можливо, з часом зміняться положення про кримінальну відповідальність і покарання неповнолітніх, з'являться нові види кримінальних покарань, а деякі з них трансформуються в інші кримінально-правові заходи тощо. Багато змін буде пов'язано з необхідністю заповнення прогалів в кримінальному праві, які виникатимуть з появою

нових суспільних відносин (криміналізація), а також з необхідністю усунення випадків «надлишкової охорони» (декриміналізація).

Наприклад, можна очікувати, що в Україні з часом будуть криміналізовані інші, крім незаконного абортів, діяння проти ненародженого життя, деякі генетичні маніпуляції тощо. Водночас з розвитком ринкової економіки і демократії будуть декриміналізовані деякі діяння у сфері господарської діяльності, інші діяння, криміналізація яких заважає реалізації людиною її конституційних та інших прав і свобод.

Криміналізація – це законодавче визнання того чи іншого діяння кримінальним правопорушенням, закріплення його ознак в законі, тобто встановлення за нього кримінальної відповідальності. На відміну від криміналізації **пеналізація** (від лат. *poena* – покарання; такий же корінь і у футбольного слова «пенальті») означає встановлення покарання за діяння, визнане к.пр. Вчення про покарання називають пеналогією. Як правило, криміналізація відбувається одночасно з пеналізацією, адже ознакою будь-якого к.пр. є його кримінальна караність.

Однією з аксіом кримінально-правової доктрини є те, що криміналізація того чи іншого діяння має бути обумовлена певними факторами. Серед них слід виділяти не лише підстави, а й приводи та умови криміналізації, які мають застосовуватися у сукупності, системно. Так, **приводами до криміналізації** можуть бути:

- необхідність виконання зобов'язань за міжнародними договорами, ратифікованими ВР. Скажімо, приводом до криміналізації такого малопоширеного діяння, як неповідомлення капітаном назви свого судна при зіткненні суден (ст. 285 КК), стала необхідність виконання зобов'язань, взятих на себе ще Радянським Союзом у зв'язку з приєднанням до Конвенції ООН з морського права 1948 р., а потім і Україною у зв'язку з ратифікацією такої самої Конвенції ООН від 10 грудня 1982 р.;

- необхідність створення правових механізмів утвердження і забезпечення прав і свобод людини як головного обов'язку держави (ст. 3 Конституції України), яка стала приводом до криміналізації, наприклад, незаконного проведення дослідів над людиною (ст. 28 Конституції України, ст. 142 КК);

- необхідність забезпечення реалізації певних положень законів. Так, приводом до криміналізації умисного перешкоджання законній професійній діяльності журналістів (ст. 171 КК) стали відповідні положення Закону «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів»;

- результати кримінологічних досліджень щодо динаміки та поширеності певного діяння, які обґрунтовують необхідність його караності. 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 (наприклад, виготовлення самогону для власних потреб). Поширеність діяння, до-

стаття для його криміналізації, може бути тим меншою, чим вищою є його об'єктивна шкідливість. Так, хоча протягом 20 років лише кілька осіб засуджено за шпигунство, цей факт не може слугувати аргументом за декриміналізацію шпигунства;

– громадська думка. Ніщо інше, як громадська думка стала приводом до криміналізації у 1988 р. незаконного поміщення до психіатричного закладу. Відповідна стаття з'явилася у вітчизняному КК після оприлюднення відомостей про вчинення зазначених дій як засобу розправи радянської тоталітарної влади з інакомислячими. Іноді громадська думка має вирішальне значення.

31 березня 2010 р. Комітетом міністрів РЕ ухвалена Рекомендація СМ/Rec(2010)5 «Про заходи з боротьби проти дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності». Вона вимагає прийняти закони із боротьби з дискримінацією за ознаками сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності задля забезпечення дотримання прав людини щодо лесбійок, геїв, бісексуалів і трансгендерів (ЛГБТ) (п. 2). Дискусії в ЗМІ, позиції різних церков, політичних і громадських сил з цих питань ще сильніше поляризували українське суспільство в його ставленні до ЛГБТ у 2011–2012 рр. В жовтні 2012 р. під час опитування на запитання «чи повинні мешканці України з гомосексуальною орієнтацією мати такі самі права, що й інші громадяни нашої країни?» позитивну відповідь дали 36%, а негативну – 49% опитаних**. Уповноважений ВР з прав людини у своїй щорічній доповіді в 2013 р. закликав в усіх статтях КК, що передбачають посилену відповідальність за злочини, вчинені з мотивів нетерпимості, включити і такі ознаки, як колір шкіри, інвалідність та сексуальна орієнтація, а в КАП передбачити таку обставину, що обтяжує покарання, як дискримінаційний мотив***. Проте ці рекомендації і заклики тривалий час не справляли необхідного враження ні на суспільство, ні на вищий орган законодавчої влади і главу держави.*

За наявності зазначених вище приводів єдиною **підставою криміналізації** діянь є відповідний ступінь і характер їхньої 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) шкоду. У разі відсутності таких ступеня і характеру треба говорити про безпідставну криміналізацію.

Суспільна небезпека діянь не є раз і назавжди усталеним поняттям. Її переоцінка здійснюється постійно під впливом певних негативних чи позитивних факторів (істотних обставин), які об'єктивно обумовлюють необхідність криміналізації (або, навпаки, декриміналізації) того чи іншого діяння.

* Підсумковий звіт з виконання Україною Рекомендації СМ/Rec (2010) 5 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про заходи з боротьби проти дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності». – К.: Центр «Наш світ», 2012. – 74 с.

** ЛГБТ-ВЕКТОР УКРАЇНИ. Становище ЛГБТ в Україні (листопад 2011–2012 рр.). – К.: Центр «Наш світ», 2013. – С. 28.

*** Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина. – К., 2013. – С. 205.

Вказані фактори можуть бути негативним наслідком науково-технічного прогресу, екологічних, демографічних змін, соціальних реформ тощо. Наприклад, надзвичайно високий рівень ерозії земель на території України і частки еродованих ґрунтів у складі розораних земель створили підстави для криміналізації забруднення або псування земель (ст. 239) і безгосподарського використання земель (ст. 254 КК).

Вирішення питання про законодавче визнання діяння к.пр. обов'язково потребує дотримання певних умов криміналізації. Так, відповідно до умов:

– соціально-психологічного характеру – діяння може бути криміналізоване, якщо це обумовлено його аморальністю або такою, що базується на правовій культурі, правосвідомістю населення, науковців – розробників законопроектів, представників законодавчого і правозастосовних органів. Саме явна аморальність таких діянь, як наруга над могилою і жорстоке поводження з тваринами стала соціально-психологічною умовою їх криміналізації (ст.ст. 297, 299 КК);

– кримінально-правового характеру – не підлягає криміналізації діяння: а) яке не відповідає визначеним у кримінальному законі ознакам к.пр.; б) яке вже визнане к.пр.; в) криміналізація якого може суттєво ускладнити процес кримінально-правової кваліфікації та викликати помилки у кваліфікації;

– кримінально-процесуального характеру – повинна існувати реальна можливість доказування факту вчинення даного діяння існуючими кримінально-процесуальними засобами. Дотримання цієї умови забезпечує невідворотність відповідальності. Наприклад, через неможливість доказування недоцільно криміналізувати таке діяння, як умисне приведення себе у стан алкогольного сп'яніння з метою полегшити вчинення к.пр.

1.2.3.3. **Декриміналізація** (лат. «de...» – префікс, що означає скасування, припинення) означає виключення діяння з числа к.пр., скасування кримінальної відповідальності за них. Не слід плутати декриміналізацію з виключенням з Особливої частини КК статті чи її частини. Таке виключення може свідчити про удосконалення кримінального закону.

Наприклад, у разі виключення із КК ст.ст. 112, 348, 379, 400 ні умисне вбивство державного та громадського діяча, працівника правоохоронного органу, судді, захисника, ні замах на умисне вбивство цих осіб не декриміналізуються: кримінальна відповідальність буде наставати за п. 8 ч. 2 ст. 115 (у разі замаху – за ст. 15 і п. 8 ч. 2 ст. 115).

Як і криміналізація, декриміналізація також має бути зумовлена відповідними факторами, які створюють її підстави, здійснюватися за певних приводів і відповідати певним умовам. Приводи до декриміналізації ті самі, що й приводи до криміналізації. Підставою декриміналізації

діянь є їхня нездатність заподіювати істотну шкоду об'єктам кримінально-правової охорони.

Депеналізація – це процес, протилежний пеналізації, відмова від застосування покарання за діяння, що визнавались кримінально каранними, а так само виключення деяких видів покарань із санкцій або взагалі із системи покарань, тобто відмова від їх застосування. Отже, депеналізація може супроводжувати декриміналізацію (це мало місце, коли в 2004 р. були виключені кримінальна відповідальність і кримінальне покарання за незаконне перетинання державного кордону) або здійснюватися самостійно (скажімо, коли в 1990-х рр. із КК були виключені такі види кримінальних покарань, як заслання, висилка і смертна кара).

1.2.3.4. На жаль, **правила криміналізації і декриміналізації** діянь прямо не визначені в законодавстві. Тому особи, які мають право законодавчої ініціативи, іноді зловживають своїм службовим становищем для ініціювання і лобювання таких законопроектів про внесення змін до КК, які не вирішують його завдань, натомість які можуть створити політичну і соціальну напругу (як приклади можна навести проекти законів, якими пропонувалось ввести кримінальну відповідальність за наклеп, за пропаганду комуністичної або націоналістичної ідеологій, поновити смертну кару тощо) або спрямовані на вирішення особистих чи корпоративних інтересів (зокрема проекти законів, якими КК доповнено ст. 381-1 і ст. 389-1 або внесені зміни до ст. 359).

Водночас згідно з КК криміналізованим може бути лише діяння, яке є суспільно небезпечним (ст. 12 та ін.), при цьому суспільна небезпечність визначається його здатністю заподіювати істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Водночас чи є та або інша шкода істотною, встановлюється зазвичай на основі критеріїв, яким часто бракує не лише математичності, а й звичайної визначеності, ясності.

З приводу декриміналізації у КК зазначено лише: особа, засуджена за діяння, караність якого законом усунена, підлягає негайному звільненню від призначеного судом покарання (ч. 2 ст. 74); ця особа визнається такою, що не має судимості (ч. 3 ст. 88). Як вбачається з тексту ст.ст. 90–91 Регламенту Верховної Ради України, він містить вимоги до оформлення законопроектів та супровідних документів до них, проте жодним словом не згадує сутнісні вимоги до проектів законів, яка робота повинна передувати законопроектуванню тощо.

Втім, інші, позитивні приклади у світовій практиці існують. Так, згідно зі ст. 1 КК Іспанії суд, отримавши відомості про будь-яку дію (бездіяльність), що не є кримінально караною за чинним законом, але має бути такою, повинен утриматися від провадження у справі і надати на розгляд уряду аргументи за криміналізацію цієї дії (бездіяльності). В такий же спосіб подаються на розгляд уряду аргументи щодо внесення змін до чинного закону, коли відповідна дія (бездіяльність), на думку суду, карається надто суворо.

Статут Сейму Литовської Республіки 1994 р. передбачає обов'язок суб'єкта законодавчої ініціативи стосовно кожного законопроекту пояснювати, зокрема: можливі негативні наслідки прийняття закону; вплив, який закон матиме на криміногенну ситуацію і корупцію. Юридичний підрозділ парламенту оцінює проект за кількома параметрами, Міністерство юстиції дає висновок про відповідність проекту праву Європейського Союзу, а якщо в проекті міститься пропозиція суттєво змінити правову регламентацію, проводиться ще й незалежна експертиза.

Відповідно до Конституцій Албанії, Молдови, Греції кримінальний кодекс та будь-які зміни до нього і закони про амністію приймаються у парламенті лише кваліфікованою більшістю голосів.

1.2.4. Принципи кримінального права

1.2.4.1. Принцип (від лат. *principium* – начало, основа) – це те первинне, що лежить в основі певної сукупності фактів, теорії, науки. **Принципи кримінального права** – це найбільш загальні ідеї, які стосуються кримінального права у цілому. Досить вдало деякі з них сформульовані в актах міжнародного законодавства, а також безпосередньо у КК окремих держав – Литви, Молдови, Польщі, ФРН, Франції, Росії, Білорусі тощо.

В Конституції України наразі визначені і у КК відображені принципи:

– **законності** – у поєднанні з принципом ультраактивності кримінального закону: ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення (ч. 2 ст. 58, п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції, ч. 2 ст. 1, ч. 1 ст. 2, ст. 3, ч. 2 ст. 4 КК). Згідно з частинами 3 і 4 ст. 3 КК принцип законності у кримінальному праві означає, зокрема, що: а) жодним іншим законом, крім КК (а тим більше підзаконним актом), не може визначатися, що саме є злочином, встановлюватися види і розміри покарання за злочин, а також умови, за яких є можливими звільнення від кримінальної відповідальності чи від покарання, визначатися інші кримінально-правові наслідки вчинення злочину тощо; б) забороняється застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією;

– **ретроактивності кримінального закону**: закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи (ч. 1 ст. 58 Конституції, ст. 5 КК);

– **ne bis in idem**: ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення (ч. 1 ст. 61 Конституції, ч. 2 ст. 7 КК). Цей принцип впливає із п. 7 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, де зазначено, що ніхто не повинен бути вдруге засуджений чи покараний за злочин, за який він уже був остаточно засуджений або виправданий відповідно до закону;

– **індивідуального характеру юридичної відповідальності** (ч. 2 ст. 61 Конституції, ч. 2 ст. 11, ст.ст. 29, 30 КК);

– *презумпції невинуватості*: особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (ч. 1 ст. 62 Конституції, ч. 2 ст. 2, ст. 23 КК);

– *визначення лише законом і встановлення лише вироком суду будь-яких обмежень в користуванні правами людини і громадянина стосовно засудженого* (ч. 3 ст. 63 Конституції, ч. 1 ст. 50 КК);

– *заборони жорстоких, нелюдських і таких, що принижують гідність, покарань* (ч. 2 ст. 28 Конституції, частини 2 і 3 ст. 50, ст. 51 КК).

Крім того, у КК закріплені такі принципи дії кримінального закону у просторі: *територіальності* – всі особи, незалежно від громадянства, які вчинили злочини на території України, підлягають відповідальності за цим Кодексом (ч. 1 ст. 6); *екстериторіальності* – як виняток із першого для дипломатів та прирівняних до них осіб (ч. 4 ст. 6); *громадянства, універсальний (космополітичний) і реальний* – у разі вчинення злочину за межами України громадяни України та особи без громадянства, які постійно проживають в Україні, підлягають відповідальності за КК як *правило* (якщо інше не передбачено відповідними міжнародними договорами), а іноземці та особи без громадянства, які не проживають постійно в Україні – як *виняток* (якщо це прямо передбачено міжнародними договорами України або якщо вчинений ними злочин, передбачений КК, є особливо тяжким злочином проти прав і свобод громадян України або інтересів України) (ч. 1 ст. 7 і ст. 8).

Положення ст. 10 КК щодо видачі відображають принцип «*aut dedere aut judicare*» (видай або суди сам), передбачений численними конвенціями про боротьбу з міжнародними злочинами і злочинами міжнародного характеру.

1.2.4.2. Принципи кримінального права треба сформулювати і закріпити у спеціальній статті чи кількох статтях КК як каталог. Ці принципи давно визнані в доктрині, і вони не заперечуються чинним законодавством. Йдеться про такі принципи:

1) *принцип верховенства права*: пріоритет у суспільстві насамперед мають права людини; відносини між особою і державою регулюються на основі принципу: «Особі дозволено чинити все, що прямо не заборонено законом»; будь-яке свавілля і дискримінація заборонені, усі є вільними і рівними у своїх правах; кожному забезпечується доступ до правосуддя у незалежних і неупереджених судах, включаючи перегляд судом законів*. Суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики ЄСПЛ;

* Звіт щодо верховенства права, прийнятий Венеціанською комісією на 86 пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 р., Висновок № 512/2009).

2) *принцип юридичної визначеності*: приписи закону про кримінальну відповідальність мають визначати кримінально каране діяння у чітких й ясних виразах і не підлягають розширювальному тлумаченню, щоб випадкові конструктивні вади закону не могли негативно вплинути на права і свободи людини та їх гарантії;

3) *принцип законності*: кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом; застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено;

4) *принцип рівності громадян перед законом*: особи, які вчинили к.пр., є рівними перед законом і підлягають кримінальній відповідальності незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, місця народження, етнічного та соціального походження, майнового стану, службового становища, місця проживання, мовних або інших ознак. Однак не повинні вважатися порушенням рівності положення КК, які визначають особливості кримінальної відповідальності та покарання жінок у зв'язку з вагітністю, пологами та грудним вигодовуванням дитини, а також: неповнолітніх; осіб у зв'язку з військовим обліком, мобілізацією, проходженням військової та альтернативної служби; службових та інших осіб, якщо ці особливості випливають з особливих повноважень чи спеціальних обов'язків цих осіб, покладених на них законом; осіб, які мають судимість; інвалідів та осіб, які мають хворобу, що становить небезпеку для інших людей; іноземців тощо. Адже слід не тільки застосовувати однаковий правовий режим до об'єктивно однакових ситуацій, а й диференційований правовий режим до об'єктивно різних ситуацій;

5) *принцип вини*: особа підлягає кримінальній відповідальності тільки за ті суспільно небезпечні дії (бездіяльність) і суспільно небезпечні наслідки, що настали, щодо яких встановлена її вина; ніхто не може бути визнаний винним у вчиненні к.пр. і підданий кримінальному покаранню, доки його вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду;

6) *принцип справедливості*: покарання та інші кримінально-правові заходи, застосовувані до особи, яка вчинила діяння, передбачене цим Кодексом, повинні відповідати характеру і ступеню суспільної небезпеки к.пр. та обставинам його вчинення; ніхто не може двічі підлягати кримінальній відповідальності за одне і те саме к.пр.;

7) *принцип індивідуалізації покарання*: суд має враховувати характер і ступінь тяжкості вчиненого к.пр., мотиви і цілі вчиненого, особистість винного, характер і розмір заподіяної шкоди, обставини, що пом'якшують і обтяжують покарання, думку потерпілого у справах приватного обвинувачення і мотивувати обране покарання у вирокі;

8) *принцип особистого характеру кримінальної відповідальності*: кримінальній відповідальності і покаранню підлягає тільки особа, яка

умисно або через необережність вчинила діяння, передбачене законом про кримінальну відповідальність;

9) *принцип гуманізму*: закон про кримінальну відповідальність забезпечує охорону людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки як найвищої соціальної цінності; особі, яка вчинила к.пр., суд призначає покарання, необхідне і достатнє для її виправлення і запобігання новим к.пр.; у випадках, передбачених цим Кодексом, допускається звільнення від кримінальної відповідальності і від покарання чи його відбування, а також заміна покарання більш м'яким; покарання та інші кримінально-правові заходи, що застосовуються до особи, не можуть мати своїм змістом завдання фізичних страждань чи приниження людської гідності;

10) *принцип невідворотності кримінальної відповідальності*: кожна особа, що вчинила діяння, передбачене цим Кодексом, підлягає покаранню та/або іншим кримінально-правовим заходам; звільнення від кримінальної відповідальності, від покарання чи його відбування, а також заміна покарання більш м'яким допускаються лише у випадках, передбачених цим Кодексом.

Література

- Альбрехт П.-А. Забытая свобода. Принципы уголовного права в европейской дискуссии о безопасности / Пер. с нем. Г.Г. Мошак. – Одесса: Астропринт, 2006. – 160 с.
- Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – М.: Проспект, 2008. – 400 с.
- Флетчер Д., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. – М.: Юристъ, 1998. – 512 с.
- Хавронюк М.І. Історія кримінального права європейських країн: Монографія. – К.: Істина, 2006. – 192 с.

Запитання і завдання

1. Назвіть відомі вам доктрини (школи) кримінального права. У чому полягають основні відмінності між класичною і соціологічною школами?

2. Проаналізуйте зміни, внесені до КК в останні 10 років. Які з них ґрунтуються на засадах теорії нового соціального захисту?

3. Ознайомтеся на сторінці http://www.un.org/ru/ecosoc/about/crime-prev_commission.shtml веб-сайту ООН з діяльністю Комісії з запобігання злочинності та кримінального правосуддя Економічної і Соціальної Ради. Що ви можете повідомити про діяльність цієї Комісії в сфері кримінального права?

4. Прочитайте Рішення КС від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання і поясніть, якого принципу кримінального права стосуються слова в п. 4 мотиву-

вальної частини про те, що «обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допускається лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями. Тобто обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки».

Рекомендуємо прочитати

- Платон «Законои», «Політик».
- Аристотель «Про блага і зло», «Категорії», «Про тлумачення».
- Цицерон «Про закони».
- Томас Гоббс «Левіафан, або Матерія, форма і влада держави церковної і цивільної» (1651).
- Вольтер «Філософські листи» (1733), «Коментар до «Духу законів» (1735), «Досвід про дух і звичаї народів» (1769).
- Шарль Луї де Монтеск'є «Про дух законів» (1748).
- Чезаре Беккарія «Про злочини і покарання» (1764).
- Семен Десницький «Слово про причини смертних страт у справах кримінальних» (1770).
- Джеремі Бентам «Теорія покарань і нагород» (1780), «Вступ до основ моральності й законодавства» (1789), «Деонтологія, або Наука про мораль», «Основи кримінального права», «Судження про білля щодо каторжних робіт» (до 1788).
- Еммануїл Кант «Основи метафізики моральності» (1785), «Метафізичні начала вчення про чесноти» і «Метафізичні засади вчення про право» (1797).
- Ансельм Фейєрбах «Критика природних прав» (1796), «Анти-Гоббс» (1798), «Перегляд основних принципів і основних понять позитивного кримінального права» (1800), «Підручник загального чинного у Німеччині кримінального права» (1801–1848), «Критика Клейншродівського проекту Кримінального уложення для Королівства Баварії» (1804), «Незвичайні кримінальні справи» (1811), «Кримінальне уложення для Королівства Баварія» (1813), «Документальний виклад знаменитих злочинів» (1829).
- Георг Гегель «Наука логіки» (1812–1816), «Філософія права» (1821).
- Володимир Спасович «Підручник кримінального права» (1863), «Права авторські та контрафакція» (1865), «Нові напрямки в науці кримінального права» (1898).
- Олександр Кистяківський «Дослідження про смертну кару» (1867), «Головні моменти історії розвитку науки кримінального права» (1873), «Елементарний підручник загального кримінального права» (1875), «Молоді злочинці й установи для їхнього виправлення» (1878), «До питання про вплив іноземницького права на російське» (1880).

- Карл Маркс «Смертна кара» (1853), «Населення, злочинність і паперізм» (1859).
- Чезаре Ломброзо «Геніальність і божевілья» (1863), «Злочинна людина» (1887), «Жінка злочинниця і проститутка» (1893), «Новітні успіхи науки про злочинця» (1902).
- Енріко Феррі «Кримінальна соціологія» (1883), «Позитивістська школа кримінології» (1901), «Дослідження про злочинність» (1901).
- Рафаеле Гарофало «Кримінологія» (1884).
- Габріель Тард «Злочинець і злочин», «Порівняльна злочинність» (1886), «Філософія покарання» (1890), «Злочини натовпу» (1892).
- Франц фон Ліст «Курс кримінального права» (1891).
- Еміль Дюкгейм «Самовбивство» (1897), «Метод соціології» (1898).
- Густав Ашаффенбург «Злочин і боротьба з ним. Кримінальна психологія для лікарів, юристів і соціологів» (1906).
- Іван Фойницький «Вчення про покарання у зв'язку з тюрмознавством» (1889).
- Михайло Чубинський «Нариси кримінальної політики» (1905).
- Адольф Принс «Захист суспільства і перетворення кримінального права» (1910).
- Жозеф Ван-Кан «Економічні фактори злочинності» (1915).
- Сергій Познишев «Вчення про каральні заходи й міри покарання», «Дитяча злочинність і заходи боротьби з нею» (1910), «Кримінальна психологія. Злочинні типи» (1926).

Радимо подивитись

- Людина на всі часи (Велика Британія, 1966, режисер Фред Циннеман).
- Сократ (СРСР, 1991, режисер Віктор Соколов).
- Презумпція невинуватості (США, 1990, режисер Алан Дж. Пакула).

1.3. Форми існування кримінального права. Закон про кримінальну відповідальність, його чинність і дія

1.3.1. Форми існування кримінального права

1.3.1.1. У КК України (ч. 1 ст. 3) зафіксовано офіційний підхід щодо форм існування законодавства про кримінальну відповідальність, згідно з яким воно становить собою один кодифікований закон – Кримінальний кодекс України; інші нормативно-правові акти не входять до системи кримінального законодавства (існують деякі винятки з цього правила, про що йтиметься нижче). Цим воно принципово відрізня-

ється від інших галузей вітчизняного законодавства, а також від колишнього кримінального законодавства (часів УРСР до 1960 р.), яке допускало застосування інших, крім КК, кримінальних законів.

Той факт, що усі положення щодо кримінальної відповідальності і покарання містяться лише у КК, відображає принцип монізму кримінального законодавства. Але практично для усіх держав європейської континентальної правової сім'ї, крім пострадянських, притаманним є процес декодифікації кримінально-правових норм, коли вони переміщуються із КК до інших законів (дуалізм кримінального законодавства).

Наприклад, Карний кодекс Польщі (ст. 116) визначає, що положення його загальної частини стосуються інших законів, які передбачають кримінальну відповідальність, лише у разі, якщо ці закони явно не виключають застосування цих положень. Поряд з КК у Польщі діють, зокрема, Чековий закон (1936 р.), Закон про боротьбу з незаконним виробництвом спирту (1959 р.), Кодекс про податкові злочини (1999 р.), Закон про запобігання зловживання наркотиками (1985 р.), положення яких можуть не відповідати положенням загальної частини КК Польщі. Також у Польщі є Торговельний кодекс (1934 р.), Кодекс про проступки (1971 р.), Закон про відповідальність колективних суб'єктів за дії, заборонені під загрозою покарання (2002 р.), тощо. У цілому польське кримінальне право складається із загального кримінального права і чотирьох спеціальних розділів: про проступки; військового; фінансового; ювенального.

1.3.1.2. Іноді плутають форми (ще їх називають – форми існування або джерела) кримінального права та форми (джерела) кримінального законодавства і помилково стверджують, що лише закон про кримінальну відповідальність є формою (джерелом) кримінального права.

Якщо розуміти джерело кримінального права як форму, в якій воно існує, то закон про кримінальну відповідальність є практично єдиною формою кримінального права, бо в сучасній Україні воно майже не існує в інших формах. Винятками є, зокрема, незначні за обсягом положення Конституції України, окремих інших законів, а також рішень КС і ЄСПЛ, які фактично змінюють зміст положень КК України або дають їм нову офіційну та обов'язкову для врахування інтерпретацію і тим самим впливають на форму кримінального права. У цьому сенсі поняття форм (джерел) кримінального права і форм (джерел) кримінального законодавства збігаються або майже (за винятком актів застосування і тлумачення) збігаються.

Загалом до **форм кримінального права** можна віднести усі види документів, з яких є можливість отримати інформацію про зміст норм кримінального права. Це:

- 1) нормативно-правові та деякі інші, суміжні з ними, акти:
 - закон про кримінальну відповідальність – основна форма кримінального права. Це КК України та закони, які вносять до нього зміни;
 - Конституція та інші закони України, а також підзаконні акти, точніше, їх окремі положення;

– окремі рішення КС, якими положення того чи іншого кримінального закону визнано неконституційними або, навпаки, конституційними;

– окремі положення чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана ВР;

– окремі загальновизнані принципи і норми міжнародного права (зокрема такі, як принцип верховенства права, принцип справедливості, принцип пропорційності, принцип юридичної визначеності);

2) акти застосування (правореалізаційні) та акти тлумачення (інтерпретаційні):

– окремі рішення ЄСПЛ та інших міжнародних судових установ, юрисдикція яких визнана Україною;

– судова практика національних судів, у т.ч. рішення КС щодо офіційного тлумачення Конституції і законів України та акти судового тлумачення судів загальної юрисдикції;

– кримінально-правова доктрина.

Правові звичаї в Україні практично не є формою кримінального права. Можна згадати лише про існування у КК ст. 438, якою передбачено відповідальність за порушення звичаїв війни. Утім, в контексті цієї статті порушення звичаїв – це діяння, прямо передбачене ратифікованим Україною міжнародним договором, тобто по суті йдеться про порушення не звичаїв, а правових норм.

Між тим, в деяких країнах Африки вони – цілком легітимні. Наприклад, паралельно зі створенням за допомогою англійців КК, за яким каралась більшість злочинів, ще в ХХ столітті в Тані за звичаєвим правом карались незаконне вимовляння клятви, заклик прокльонів богів на іншу особу, адюльтер, образа вождів.

* * *

Усе зазначене вище щодо форм (джерел) кримінального права відображає позитивістській підхід, який суперечить принципу верховенства права.

Інший підхід до цього питання – природно-правовий (натуралістичний), коли Право розглядається як феномен, даний Природою, а не створюваний державою. Право природно існує, а людина лише поступово відкриває його для себе, але не створює і не тлумачить.

За такого підходу, по-перше, джерел права, з яких воно ніби «наповнюється», не існує. Говорити про наповнення Права з таких «джерел», як закон, договір і судова практика так само алогічно, як стверджувати, що Світовий океан наповнюється з річок, льодовиків і дощів, бо насправді усе це – *форми існування* Світового океану. Іншими словами, закон, договір, судова практика, доктрина, звичай тощо – це не джерела права, а форми (в сучасному світі переважно письмові), яких Право набуває для того, щоб люди – на цьому етапі їхнього розумового і духовного розвитку – мали можливість з ним ознайомитися і його зрозуміти.

По-друге, поняття «кримінальне право» загалом стає нонсенсом, оскільки воно не має жодного відношення до прав людини, які є основою і змістом природного Права. Замість того, щоб створювати, наповнювати і вивчати систему знань про те, що є злочином, а що ним не є, про покарання та інші правові наслідки вчинення особою злочину і про альтернативні можливості розв'язання кримінального конфлікту, ми говоримо про безглуздий феномен, дефініція якого складається з двох слів, які в принципі не повинні поєднуватись – «злочин» і «право». Що передбачає таке їх протиприродне поєднання? Право вчиняти злочин? Право не вчиняти злочин? Право захищатись від злочину? Ні, ні і ще раз ні. Якщо йдеться про привласнене державою «право» карати за злочин, то нагадаємо: на відміну від людини держава не має жодних прав – виключно завдання, обов'язки та повноваження, необхідні для виконання цих завдань й обов'язків.

Єдині права, які передбачені «кримінальним правом» – це право необхідної оборони, право заповідати певну шкоду в умовах затримання злочинця, крайньої необхідності, виконання наказу тощо, а також право бути звільненим за певних умов від кримінальної відповідальності, від покарання чи його відбування. Але зміст цих прав, очевидно, не є основним змістом цієї галузі юриспруденції. Основним її змістом є положення, що визначають, що саме є злочинами і які покарання можуть бути призначені за злочини.

Таким чином, існує кримінальне законодавство (кримінальний закон) як галузь законодавства. Існують також відповідна наука і юридична навчальна дисципліна. Але те, що ми наразі називаємо «кримінальним правом» як наукою і навчальною дисципліною, насправді треба називати кримінальною доктриною чи скорочено – кримінодоктриною (від лат. *crimen* – злочин і *doctrina* – вчення, наука, навчання, що передбачає теорію, систему знань про злочин), або кримінотеорією (від грец. *theōria* – розгляд, дослідження), або кримінопруденцією (від лат. *crimen* – злочин і *prudentia* – знання), або більш звично – кримінологією як наукою про злочин (від лат. *crimen* – злочин і давньогрец. *λογος* – вчення).

Те ж, що ми називаємо кримінологією – наукою про злочинність, її причини, особу злочинця, злочинну поведінку, шляхи і засоби запобігання злочинності тощо, необхідно об'єднати з наукою «кримінальне право» в одне єдине з назвою **«кримінологія»**. На сьогодні ці дві науки штучно роз'єднані, по-різному вивчаються, тому різними є методи і результати їхніх досліджень. Проте насправді це єдина наука, а також єдина галузь права і єдина навчальна дисципліна. В її межах можна виділити такі підгалузі, що досліджували б:

- міссіологія (від лат. *missio* – завдання) – детермінанти злочинності і водночас завдання закону про кримінальну відповідальність;
- превентологія (від лат. *praeventio* – попередження) – засоби запобігання злочинам, у т.ч. засоби кримінального закону;

– делінквентологія (від лат. *delinquens* – правопорушник) – особу злочинця і суб'єкта злочину;

– віктимологія (від лат. *victima* – жертва) – жертву злочину і потерпілого, усі можливості отримання ним належної сатисфакції;

– організологія (від лат. *organizo*) – співучасть у злочині, групову та організовану злочинність;

– рецидивологія (від лат. *recidivus* – той, що відновлюється, повертається, повторюється) – рецидив і повторність злочинів, рецидивну злочинність;

– ювенологія (від лат. *juvenalis* – юначий) – злочинність неповнолітніх й особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх;

– корупціологія (від лат. *corrumpere* – псувати) – корупційні правопорушення;

– вайоленсологія (від лат. *violence* – насильство) – насильницькі злочини тощо.

При цьому окремою підпорядкованою кримінології галуззю знань (а можливо, й окремою її підгалуззю) слід визнати те, що насправді перебуває дещо «за межами» кримінології (як вчення про злочин і злочинність), те, що «обслуговує» її, – це питання управління діяльністю щодо запобігання та протидії злочинності, статистичної та іншої кримінологічної інформації, кримінологічного аналізу, організації кримінологічних досліджень, розробки кримінологічних планів і прогнозів, кримінологічної експертизи тощо. Усе це можна об'єднати назвою серверологія (від лат. *servire* – обслуговувати).

Виходячи із зазначеного, термін «кримінальне право» стосовно кримінології (кримінодоктрини, кримінотеорії, кримінопруденції) може застосовуватися хіба що умовно, лише з тих міркувань, що до нього надто звикли сучасні вчені, викладачі і студенти. Термін же «джерела» стосовно права не варто вживати взагалі.

Таким чином, «кримінального права» як галузі права не існує в тому розумінні, як «цивільне право» або «сімейне право» тощо. Термін «кримінальне право» в суб'єктивному розумінні відображає фікцію, адже воно говорить не про права людини, а радше про її обов'язки (точніше – про відповідальність за їх порушення, за протиправну поведінку), а в об'єктивному розумінні означає існування сукупності явищ, таких як: 1) кримінальне законодавство (а також міжнародні договори щодо його гармонізації у певних просторових межах); 2) його тлумачення (інтерпретація), у т.ч. доктринальне; 3) практика його застосування*.

* Хавронюк М. Дещо про сутність кримінального права (інакший погляд) // Юридичний вісник України. – 2013. – № 12.

1.3.1.3. Не входять до системи кримінального законодавства, але є формою кримінального права окремі положення **Конституції України**, яка має найвищу юридичну силу, а її норми є нормами прямої дії. Відповідно до ст. 8 Конституції України закони України, у т.ч. закони про кримінальну відповідальність, мають прийматися на основі Конституції України і повинні відповідати їй.

Невідповідність законів про кримінальну відповідальність Конституції України, а також порушення встановленої Конституцією України процедури їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності тягнуть визнання їх КС у встановленому Конституцією і законами України порядку неконституційними. Ці положення мають обов'язково враховуватися під час тлумачення і застосування норм КК.

Наприклад, Рішенням від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання КС визнав неконституційними окремі положення ст. 69 КК. Пізніше законодавцем до цієї статті були внесені відповідні зміни.

1.3.1.4. **До інших законів**, які є ще однією формою кримінального права в Україні, слід віднести закони «Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні», «Про застосування амністії в Україні», відповідні закони про амністію, що приймалися неодноразово в різні роки, низка положень КПК, КВК, КАП, КЗП, «Прикінцеві та перехідні положення» законів, якими вносились зміни до КК, а також інші закони чи їхні окремі положення (наприклад, в яких йдеться про обов'язок звільнити з роботи засуджених осіб та заборону їх працевлаштування на певних посадах). Ці закони в широкому розумінні також є законами про кримінальну відповідальність, оскільки визначають порядок її реалізації в тих чи інших формах або звільнення від неї.

Так, нічим іншим не можуть бути, скажімо, «Прикінцеві та перехідні положення» Закону від 5 квітня 2001 р. № 2341-III, згідно з якими набрав чинності КК 2001 р., або «Прикінцеві положення» Закону від 15 квітня 2008 р. № 270-VI, якими були визначені особливості застосування положень КК в контексті гуманізації кримінальної відповідальності.

Законом саме про кримінальну відповідальність є Закон «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі». По-перше, він передбачає застосування додаткових заходів кримінально-правового впливу стосовно осіб, які були засуджені за вчинення певних злочинів. По-друге, в інших правових системах ці заходи прямо іменуються кримінально-правовими, а положення про їх застосування включені до КК (Бельгія, Білорусь, Данія, Італія, Латвія, Сан-Марино, Франція, ФРН та ін.).

Необхідно згадати й про окремі положення **інших нормативно-правових актів**, зокрема тих, якими визначається порядок застосування помилування, укази Президента України про помилування конкретних

осіб, медичні підстави звільнення від кримінального покарання за хворобою тощо.

Принцип *nullum crimen nulla poena sine lege* не виключає можливості існування у КК так званих **бланкетних норм** – юридичних норм, що відсилають до певних правил, інструкцій тощо, іншим чином дозволяють державним органам, посадовим особам впливати шляхом прийняття відповідних нормативно-правових актів на конкретні ознаки складу злочину і, фактично, на визнання чи невизнання того чи іншого діяння злочином. До вказаних нормативно-правових актів відносяться як закони, так і підзаконні акти, що їх видають Президент України, уряд, міністерства і відомства, керівники підприємств, установ і організацій тощо. Проблема полягає у тому, що хоча зазначені нормативно-правові акти і не є законом про кримінальну відповідальність, у разі зміни чи скасування певних їх положень може фактично відбутися криміналізація або декриміналізація того чи іншого діяння.

З прийняттям у 2001 р. нового КК було декриміналізоване таке діяння, як контрабанда валютних цінностей. Але у 2002 р. в МК валютні цінності були визначені як вид товарів, у зв'язку з чим їх контрабанда була знову криміналізована – аж до того часу, доки у 2011 р. із ст. 201 КК не були виключені товари як предмет контрабанди. Постійно вносяться зміни до Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів. Скажімо, постановою КМ від 23 травня 2012 р. № 408 із списку особливо небезпечних психотропних речовин було виключено тринадцять позицій. Проте питання про невідкладне звільнення від покарання осіб, які, можливо, були засуджені за незаконний обіг цих речовин, не ставилось. Такий підхід до криміналізації/декриміналізації діянь не відповідає принципу верховенства права і має бути змінений (див. про це також п. 1.1.3.2 посібника).

Як це не дивно, але той факт, чи є посягання на власність злочином чи адміністративним проступком, а також їх кваліфікація визначаються не КК (у ч. 3 ст. 3 якого прямо вказано, що злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом), а іншими законами: спочатку Законом від 22 травня 2003 р. «Про податок з доходів фізичних осіб», а з прийняттям ПК – згідно з п. 5 підрозділу 1 розділу XX ПК. У такий спосіб відбувалась штучна декриміналізація певних, досить поширених видів посягань на власність (зокрема, крадіжки і шахрайства).

Ця ситуація виникла внаслідок щорічного зростання неоподатковуваного мінімуму доходів громадян, покладеного в основу розрахунку розміру заподіяної майнової шкоди при кваліфікації злочинів та адміністративних правопорушень: якщо у 2003 р. «межа криміналізації» (тобто злочинного розміру викраденого майна) становила 51 грн., то в 2006 р. – вже 525 грн., у 2007 р. – 600 грн., у 2008 р. – 772 грн. 50 коп., а у 2009 р. досягла позначки 907 грн. 50 коп., збільшившись за 6 років приблизно у 18 разів.

Такий стан речей викликає нерозуміння в більшості потерпілих від посягань на їхню власність щодо політики держави у сфері захисту власності. Вочевидь з цих міркувань ВР 4 червня 2009 р. здійснила зворотний крок у бік

розширення криміналізації викрадень чужого майна шляхом зниження «межі криміналізації» таких діянь з 3 до 0,2 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян – у 15 разів. Це непродумане законодавче рішення призвело до іншої крайності: на сьогодні є злочином протиправне заволодіння майном на суму лише 114 грн. 70 коп..*

1.3.1.5. Відповідно до ст. 9 Конституції України **чинні міжнародні договори**, згода на обов'язковість яких надана ВР, є частиною національного законодавства України. Із цього положення випливає, що частиною національного законодавства України не є: 1) нечинні міжнародні договори України, навіть якщо згода на обов'язковість їх надана ВР (наприклад, Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців від 4 грудня 1989 р.); 2) чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких ВР не надана.

Згода на обов'язковість міжнародних договорів може бути надана у формі ратифікації або приєднання. Оскільки Україна є правонаступницею прав і обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР і Української РСР, то до міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано парламентом, прирівнюються й інші відповідні договори.

Чинними є лише опубліковані міжнародні договори України. Їх офіційне опублікування має здійснюватися в «Зібранні діючих міжнародних договорів України» та інших офіційних друкованих виданнях України («Офіційний вісник України», «Відомості Верховної Ради України», газети «Урядовий кур'єр», «Голос України»).

Положення ч. 5 ст. 3 КК гарантує, що закон про кримінальну відповідальність ґрунтується на **загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права**. До вказаних принципів і норм можна віднести такі, що стосуються верховенства прав людини, суверенітету держав, дипломатичного імунітету, права міжнародних договорів, міжнародного морського, повітряного, екологічного, економічного і гуманітарного права, боротьби зі злочинністю, правової допомоги і видачі злочинців тощо. Загальновизнані принципи і норми міжнародного права закріплені у відповідних пактах, деклараціях, конвенціях та інших документах.

Зазначене положення вимагає **імплементациї** положень міжнародних договорів до національного кримінального законодавства. Утім, така імплементация відбувається не завжди або відбувається не повністю чи неточно. Як правило, порушуються вимоги ч. 2 ст. 9 Закону «Про міжнародні договори України», де встановлено: якщо на ратифікацію подається міжнародний договір, виконання якого потребує прийнят-

* Тацій В., Борисов В., Тютюгін В. Стабільність як умова ефективності законодавства України про кримінальну відповідальність // Голос України. – 2013. – 5 квітня.

тя нових або внесення змін до чинних законів, проекти таких законів подаються на розгляд ВР разом з проектом закону про ратифікацію і приймаються одночасно.

Іноді допускається інша крайність: незважаючи на те, що певні міжнародні договори України у сфері кримінального права є «рамковими», тобто містять не імперативні приписи, а хоча й настійливі, але лише рекомендації – щодо імплементації їх положень з врахуванням основоположних принципів національної правової системи, український законодавець вдається до прямої рецепції (текстуального копіювання). Це стосується, скажімо, Протоколу про запобігання та припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, та покарання за неї, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності, від 15 листопада 2001 р. Внаслідок копіювання його положень текст ст. 149 КК є надзвичайно складним для розуміння і застосування.

1.3.1.6. В усіх державах – членах РЕ прецедентне і правороз'яснювальне значення мають **рішення Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ)**.

Згідно із Законом від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (ст. 2) ці рішення є обов'язковими для виконання Україною відповідно до ст. 46 ЄКПЛ, а порядок їх виконання визначається цим Законом, Законом «Про виконавче провадження», іншими нормативно-правовими актами з урахуванням особливостей, що передбачені цим Законом.

КПК (п. 2 ч. 1 ст. 445) передбачено, що підставами для перегляду судових рішень ВС, що набрали законної сили, є встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною (зокрема йдеться про ЄСПЛ), порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом. Якщо судові рішення у справі переглядається з цієї підстави, то ВС може скасувати оскаржуване рішення повністю або частково і має право ухвалити нове судові рішення або направити справу на новий розгляд до суду, який виніс оскаржуване рішення.

На європейському континенті має місце поступове послаблення віри у закон; у ньому вбачають все більше тільки вираження загальних принципів, які надають великого простору для тлумачення, внаслідок чого постійна судова практика (і судовий прецедент зокрема) все виразніше стає самостійною формою права.

Крім рішень ЄСПЛ, правотворча роль судової практики загалом сьогодні офіційно визнається у Данії, Іспанії, Швейцарії, Франції, ФРН та інших державах континентальної Європи, особливо у державах – членах ЄС, оскільки в ЄС фактично визнано прецедентний характер рішень Суду ЄС та їх статус як найважливішої форми європейського права. З огляду на це необхідно здійснити переоцінку значення судового тлумачення, у т.ч. судового тлумачення кримінального закону, і в правовій системі України.

1.3.1.7. Про **судову практику** як про форму існування кримінально-права є підстави говорити хоча б тому, що існують норми законодавства, які зобов'язують враховувати рішення вищих судів у кримінальних справах.

Так, згідно із ст. 27 і ст. 32 Закону «Про судоустрій і статус суддів» апеляційний та вищий спеціалізований суди аналізують судову статистику, вивчають й узагальнюють судову практику і на цій основі надають судам нижчого рівня методичну допомогу в застосуванні законодавства з метою однакового застосування норм Конституції і законів України; крім того, пленум ВСС дає спеціалізованим судам нижчого рівня рекомендаційні роз'яснення щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції.

Згідно із ст. 439 КПК вказівки суду, який розглянув справу в касаційному порядку, є обов'язковими для суду першої чи апеляційної інстанції при новому розгляді (при цьому касаційний суд має право скасувати чи змінити судові рішення у разі неправильного застосування закону про кримінальну відповідальність або невідповідності призначеного покарання тяжкості к.пр. та особі засудженого). Касаційним судом у кримінальних провадженнях є ВСС (ст. 32 Закону «Про судоустрій і статус суддів»).

У ст. 448 КПК визначено, що обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності відповідну норму закону, та для всіх судів України є висновки ВС, викладені у його ухвалах, у випадках, коли ВС встановить, що судові рішення у справі, яка переглядається з підстави неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень (п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК):

1) є незаконним, – він скасовує його повністю чи частково, змінює його і ухвалює нове судові рішення або направляє справу на новий розгляд до суду касаційної інстанції; при цьому у резолютивній частині нового судового рішення має міститися висновок про те, як саме має застосовуватися відповідна норма закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь (ч. 2 ст. 455);

2) є законним, – в мотивувальній частині ухвали про відмову в задоволенні заяви у зв'язку з правильним застосуванням судом касаційної інстанції норми закону про кримінальну відповідальність має міститися обґрунтування з цього питання, а в резолютивній частині – висновок про те, як саме має застосовуватися відповідна норма закону про кримінальну відповідальність щодо подібних суспільно небезпечних діянь (ч. 2 ст. 456).

Відповідно до ст. 533 КПК вирок або ухвала суду, які набрали законної сили, обов'язкові для осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, а також для усіх фізичних та юридичних осіб, органів дер-

жавної влади та органів місцевого самоврядування, їх службових осіб, і підлягають виконанню на всій території України.

Конституційний суд ФРН намагався знайти вирішення проблеми співвідношення між матеріальним і формальним за допомогою тези, що суддя повинен дотримуватися не лише закону, а й права загалом (ст. 20, абз. 3 Конституції ФРН), тобто тих загальних принципів права, що закріплені в конституції або у «фундаментальних, перевірених практикою уявленнях суспільства про справедливість». Виходячи з цього «права», судді можуть добудовувати закони, і не лише шляхом їх тлумачення, а й заповнюючи прогалини в законі та обмежуючи юридичний склад норми. Така суддівська добудова, що відходить від дослівного змісту закону, є допустимою лише тоді, коли потреби реалізації права важливіші за дотримання принципу поділу влади і «правопевності», які вимагають суворого дотримання закону. Однак, якщо достатньо конкретно сформульована норма виключає потребу її тлумачення, то, з огляду на конституційно-правову монополію, залишається тільки можливість звернення до Конституційного суду. Намагання і спроби суддівського заповнення прогалин у праві суворо заборонена, наприклад, принципом «nulla poena sine lege» (абз. 2 ст. 103 Конституції ФРН), що виключає аналогію при встановленні, виборі чи посиленні покарання.

Згадаємо про те, що і римське право у початкових його формах носило саме прецедентний характер – воно становило собою «право суддів» – постанови преторів, інших посадових осіб, які вирішували конкретні життєві ситуації. Лише потім в результаті діяльності великих римських юристів запрацювали думка, розум, почали вироблятися нормативні узагальнення, принципи, стрункі юридичні конструкції, стверджуватися адекватна юридична термінологія. У Середньовіччі в результаті праці глосаторів, які тлумачили положення римського права, ці положення затвердились у правосвідомості юристів Нового часу і врешті-решт у вигляді нормативних узагальнень втілились в законах.

1.3.1.8. **Кримінально-правова доктрина** міститься в науково-практичних коментарях до КК, наукових монографіях вчених-криміналістів, підручниках, навчальних посібниках і довідниках, статтях, лекціях, експертних висновках членів науково-консультативних рад при ВС та при ВСС, в інших експертних висновках відповідних науковців, їхніх доповідях і повідомленнях на науково-практичних конференціях, симпозіумах тощо.

1.3.2. Закон про кримінальну відповідальність в системі форм кримінального права. Загальна та Особлива частини Кримінального кодексу України

1.3.2.1. **Закон про кримінальну відповідальність** – це нормативно-правовий акт, що приймається ВР і визначає, які суспільно небезпечні діяння є к.п.р., і встановлює, які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили.

Характерні риси закону про кримінальну відповідальність, порівняно з усіма іншими законами, полягають зокрема у тому, що:

- він має специфічне завдання – правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від суспільно небезпечних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання к.пр.;

- він становить собою кодифікований акт – Кримінальний кодекс, а закони про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності цим Кодексом, мають включатися до нього одночасно з набранням ними чинності;

- його застосування за аналогією заборонено;

- його положення у певних випадках можуть мати зворотну дію в часі.

Закон про кримінальну відповідальність є основною формою кримінального права тому, що, як вже зазначалось вище, він є практично єдиною формою його існування. Насамперед до КК звертаються усі, хто має необхідність у з'ясуванні питання про те, чи є те або інше діяння кримінально протиправним та кримінально караним і яке покарання за нього передбачене, чи не виключають ті або інші обставини кримінальну протиправність діяння, а також які існують підстави, умови і відповідні можливості для звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання чи від його подальшого відбування, заміни призначеного покарання більш м'яким, які існують інші правові наслідки к.пр. тощо.

Інші форми кримінального права, – такі як інші закони, підзаконні акти, чинні міжнародні договори, судова практика, доктрина, – можуть лише допомогти у з'ясуванні тих або інших положень КК. Іноді вони можуть вплинути на зміну відповідних положень КК (наприклад, коли йдеться про імплементацію положень міжнародного договору в кримінальне законодавство України, або коли судовою практикою чи науковою доктриною доведено необхідність такої зміни).

З іншого боку, юристам добре відомі вади закону про кримінальну відповідальність, зокрема такі: положення його бувають неточними, неясними, неповними і суперечливими, а суди, застосовуючи їх, не можуть відмовитися від вирішення справ на основі недоліків закону, відмінність у розумінні положень цього закону призводить до різних наслідків їх застосування, а це порушує принцип єдності правового порядку і принцип рівності кожного перед законом і судом.

Монополія законодавчого органу на створення права, як і будь-яка інша монополія, не може бути суцільним позитивом: реально дивлячись на речі, ми побачимо, що держава в особі її єдиного, часто – надто заполітизованого законодавчого органу з різноманітними лобістськими течіями не повинна нав'язувати суспільству свої уявлення про пра-

во і справедливість, гуманізм і демократію. Судова практика, доктрина кримінального права тощо також повинні мати свій вплив на суспільство, у т.ч. у необхідних випадках сперечатись із законом.

1.3.2.2. Закон про кримінальну відповідальність (КК) складається із Загальної та Особливої частин, кожна з яких, у свою чергу, із розділів, а розділи – із статей.

Загальна частина складається із 16, а Особлива – із 20 розділів, кожен з яких має відповідну назву. Назва розділів Особливої частини відображає певну групу розташованих у ньому к.пр., об'єднаних спільним об'єктом посягання.

Умовним додатком до КК є Перелік майна, що не підлягає конфіскації за судовим вироком, який не втратив чинності разом з КК Української РСР від 28 грудня 1960 р.

Загальна та Особлива частини КК органічно взаємопов'язані, взаємоумовлені і побудовані за принципом системності, тобто становлять єдину систему кримінально-правових норм (докладніше про це – в п. 1.1.3 цього посібника).

Системність норм має місце і всередині кожної з частин КК. Скажімо, без використання положень ст. 12 про класифікацію к.пр. і ст.ст. 13–17 про стадії вчинення к.пр. (розділ III Загальної частини) неможливим є застосування положень статей розділу IX про звільнення від кримінальної відповідальності і ст. 68 про призначення покарання за незакінчене к.пр. У статтях Особливої частини КК також містяться перехресні посилання на розділи, статті, частини статей або примітки до статей Особливої частини. Найбільш типовий випадок – посилання на іншу частину тієї самої статті (шляхом використання словосполучень «ті самі діяння», «дії, передбачені частиною першою цієї статті», тощо).

Таку, як в Україні, структуру закону про кримінальну відповідальність мають КК не усіх держав. Наприклад, КК Голландії складається з таких книг: Книга I – Загальні положення (10 розділів); Книга II – Злочини (31 розділ); Книга III – Проступки (9 розділів). Більш новим і набагато складнішим є КК Іспанії, який складається з: Вступного розділу (9 статей); Книги I – Загальні положення (7 розділів, деякі з яких поділені на глави (усього 16 глав), а деякі глави – на відділи); Книги II – Злочини і покарання (24 розділи, деякі з яких поділені на глави (усього 77 глав), а деякі глави – на відділи); Книги III – Проступки і покарання за них (5 розділів).

Обсяг Загальних частин засвідчує як рівень розвитку кримінально-правової доктрини, так і рівень правової освіти, правового виховання і правової свідомості населення. Якщо законодавець схильний до більш абстрактних, узагальнених формулювань, він, напевно, має підстави сподіватися на те, що не лише юристи цієї країни, а й населення загалом розумітимуть і належно сприйматимуть їх.

Кількість же приписів Особливих частин є непрямим свідченням демократичності держави: чим менше діянь криміналізовано, тим менше вірогідність того, що у цій державі першість мають репресивні методи упорядкування суспільних відносин. Крім того, надзвичайно велика кількість приписів Особливої частини КК є ознакою ймовірності того, що деякі з них дублюють одна одну, створюючи небажану конкуренцію норм, а рівень правової освіти та правосвідомості як населення цієї держави, так і представників її законодавчого корпусу є відносно низьким, що потребує надмірної деталізації і значної казуальності при формулюванні кримінально-правових приписів.

У цьому зв'язку зазначимо, що відносно більш розробленими в Європі є Загальні частини КК Франції, Бельгії, Іспанії, Сан-Марино, Швеції і Молдови. Найменше приписів містять Особливі частини КК Данії, Ісландії, Польщі, Швейцарії і Швеції (у цих же державах – найменша кількість ув'язнених із розрахунку на 100 тис. населення), а найбільше – Особливі частини КК України і Білорусі (у цих же державах – кількість ув'язнених із розрахунку на 100 тис. населення одна з найбільших в Європі).

1.3.2.3. Деякі статті КК складаються з однієї, а більшість – з кількох частин, кожна з яких є окремою кримінально-правовою нормою. Деякі частини статей КК поділяються на абзаци та/або на пункти.

Понад 50 статей мають примітки, що складаються з одного чи кількох пунктів, в яких роз'яснюються окремі терміни, розкривається зміст оціночних понять (істотна шкода, значна шкода, великий, особливо великий розмір шкоди, тяжкі наслідки тощо).

Переважна більшість статей Особливої частини КК складаються з диспозиції і санкції.

Диспозиція – це та частина норми, в якій описуються конкретні ознаки кримінально протиправного діяння. Так, у ст. 115 КК диспозицією є слова «вбивство, тобто умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині».

За способом опису ознак конкретного к.пр. (технікою побудови) розрізняють чотири **види диспозицій**:

1) *проста* – тільки називає к.пр., не розкриваючи його змісту (зокрема у ст. 430 – добровільна здача в полон через боягузство або легкодухість). Проста диспозиція використовується у випадках, коли зміст діяння в загальних рисах зрозумілий і без опису його ознак у законі;

2) *описова* – описує найбільш суттєві ознаки к.пр. (у ст. 441 екоцид описано як масове знищення рослинного або тваринного світу, отруєння атмосфери або водних ресурсів, а також вчинення інших дій, що можуть спричинити екологічну катастрофу). Більшість статей Особливої частини КК має саме такий вид диспозиції. У них описано ознаки вбивства, тяжкого тілесного ушкодження, катування, крадіжки, грабежу, згвалтування тощо;

3) *бланкетна* – не називаючи конкретних ознак к.пр., відсилає для встановлення їх змісту до інших, крім КК, законів, міжнародних договорів, підзаконних нормативно-правових актів. Наприклад, у ч. 1 ст. 172 КК йдеться про «незаконне звільнення працівника з роботи з особистих мотивів, а також інше грубе порушення законодавства про працю» і для з'ясування змісту відповідних ознак необхідно звернутися до законодавства про працю;

4) *відсылна* – відсилає до іншої статті (частини статті) КК або до примітки до неї, де описуються ознаки, необхідні для застосування цієї норми. Наприклад, при застосуванні ст.ст. 116–119 необхідно з'ясувати зміст поняття «вбивство», а для цього слід звернутися до ч. 1 ст. 115, у ст. 403 зроблене відсилання до ст. 402, а ст. 328 неможливо застосувати, не з'ясувавши ознак державної зради і шпигунства, як вони визначені у ст. 111 і ст. 114 КК.

У багатьох випадках диспозиції мають змішаний вигляд. Так, у ч. 1 ст. 303 КК йдеться про «втягнення особи в заняття проституцією або примушування її до зайняття проституцією з використанням обману, шантажу чи уразливого стану цієї особи, або із застосуванням чи погрозою застосування насильства, або сутенерства». Нібито диспозиція описова, але при цьому визначення поняття «сутенерство» міститься у п. 1 примітки до цієї статті, а поняття «уразливий стан особи» у п. 2 примітки до ст. 149. Інший приклад: у примітці до ст. 306 йдеться про те, що у ній «під великим розміром слід розуміти кошти, сума яких становить двісті та більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян», при цьому для з'ясування розміру одного неоподаткованого мінімуму доходів громадян необхідно звернутися до положень ПК.

За допомогою застосування термінів «незаконне», «протизаконне» (що є «лакмусовим папірцем» схильності законодавця до надмірного використання бланкетних диспозицій) у КК України визначено майже 100 к.пр. (для порівняння: у КК Росії – близько 70, у КК Естонії – 60, у КК Італії – 20).

Застосування цих термінів не завжди відповідає вимозі п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, згідно з якою діяння, які є злочинами, визначаються виключно законами. Отже, ці терміни мають означати, що те або інше діяння суперечить приписам саме Закону, а не будь-якого нормативно-правового акту. Разом з тим бланкетні диспозиції КК України часто відсилають тих, хто його застосовує, не до законів, а до підзаконних нормативно-правових актів. У цьому контексті варто звернути увагу на КК Молдови. Особливістю диспозицій його Особливої частини є те, що серед них переважають описові, причому опис діяння часто є вельми детальним. Наприклад, у ст. 159 прямо визначено, за яких умов є незаконним проведення аборту.

1.3.2.4. **Санкція** – це частина статті Особливої частини КК, яка встановлює (вид) види і розмір (розміри) покарання за к.пр., вказане у диспозиції.

У чинному КК використано три **види санкцій**:

1) *відносно визначена* – встановлює основне покарання тільки одного виду у певних межах; при цьому вказується верхня, але може бути не вказана нижня межа (вона визначається судом шляхом звернення до положень розділів X або XV Загальної частини КК). Наприклад, грабіж, вчинений за попередньою змовою групою осіб, карається позбавленням волі на строк від чотирьох до шести років (ч. 2 ст. 186);

2) *альтернативна* – передбачає два чи кілька видів основних покарань, із яких суд обирає одне. Наприклад, «карається обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк» (ч. 1 ст. 119);

3) *кумулятивна* – передбачає наявність як основного, так і додаткового покарання. Наприклад, «карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі, з конфіскацією майна...» (ч. 2 ст. 115).

Теорія кримінального права і законодавча практика різних часів і територій розрізняла і розрізняє, крім зазначених, ще три види санкцій: неконкретизовані («покарати за усією суворістю закону», «покарати на розсуд тюремної адміністрації», «заслання на невизначений строк» тощо); абсолютно визначені («карається вищою мірою покарання – розстрілом», «карається довічною каторгою» тощо); відсильні (відсиляли до санкції іншої статті КК, де визначався вид і розмір покарання за певні види злочинів).

Покарання смертною карою може мати характер не абсолютно визначеної, а відносно визначеної санкції.

Наприклад, в сучасному Китаї за низку злочинів засуджують до смертної кари з відстрочкою виконання покарання на кілька років: якщо протягом цих років засуджений не вчинить іншого злочину, смертна кара замінюється довічним ув'язненням.

1.3.2.5. Говорячи про стилістику і мову закону про кримінальну відповідальність, слід зазначити, що при визначенні диспозицій статей Особливої частини законодавці багатьох держав виходять з теорії покарання діяча (згадаймо школу «нового соціального захисту»), а не з класичної теорії покарання діяння, традиційної для України. У другому випадку спочатку називається діяння («Таємне викрадення... карається»), і лише потім, інколи – за необхідності – вказується спеціальний суб'єкт («Службова недбалість, тобто невиконання або неналежне виконання службовою особою... карається...»). У першому випадку викладення диспозиції починається із вказівки на суб'єкта («Той, хто озброює морське судно для вчинення на морі грабежу... карається» – ст. 170 КК Польщі), у т.ч. і тоді, коли він є спеціальним («Призовник, який ухилився від призову... карається...» – ст. 314 КК Литви).

Застосування теорії покарання діяча при визначенні диспозицій законодавчих приписів у КК дозволило б уникнути проблем, пов'язаних із вживанням віддієслівних іменників. Ці проблеми полягають, зокрема, у неможливості семантично визначити, позначає відповідний іменник діяння чи його наслідки, а також час тривання діяння. Без цього не можна правильно встановити об'єктивну і суб'єктивну сторони відповідного складу к.пр. і правильно кваліфікувати діяння, а також побудувати логічну санкцію.

Наприклад, загальнозрозумілим є те, що іменник «отруєння» утворено від дієслів «отруїти» (доконаний вид) і «отруювати» (недоконаний вид), а тому цей іменник може позначати як діяння, так і його наслідки; проте у ст. 441 КК він за конструкцією статті («отруєння атмосфери або водних ресурсів, а також вчинення інших дій, що можуть спричинити екологічну катастрофу») позначає тільки дії. У разі застосування теорії покарання діяча було б чіткіше: карається «той, хто отруїв» або «той, хто отруює».

Систему мовних правил стосовно закону про кримінальну відповідальність становлять чотири групи правил:

1) загальнолінгвістичні (ясність, точність, доступність, стислість, відсутність пафосності, офіційність, ощадливість, дотримання граматичних правил). Неясний закон не дає повної картини про необхідну поведінку в тій або іншій ситуації, що призводить до невизначеності, непорозуміння і помилок (наприклад, неясними є словосполучення «щире каяття», «шантаж» тощо). Неточними є формулювання закону про кримінальну відповідальність, в яких застосовані слова «тощо», «зокрема» (наприклад, у ст. 167 йдеться про «зайняття житлової площі, використання майна тощо»).

ЄСПЛ у справі Сільвер та інші від 25 березня 1983 р. визнав, що норму не можна розглядати як закон, якщо вона сформульована недостатньо точно для того, щоб кожен міг регулювати свою поведінку. Доступності сприяє: використання максимально простих, широко вживаних фраз, відмова від зловживання іноземними словами, канцелярських зворотів тощо, а стислості: використання коротких формулювань, їхня стандартність, типізація тощо;

2) лексичні, які стосуються використання слів і словосполучень у нормативному тексті. Тут йдеться про однозначність й апробованість слів і словосполучень, економічність тексту, а також небажаність синонімічної надмірності (вживання багатьох синонімів замість одного-двох), полісемії (багатозначності розуміння одного і того самого слова), вживання архаїзмів, діалектизмів, техніцизмів, іншомовних слів та жаргонізмів, які не є загальнозживаними;

3) синтаксичні, що стосуються побудови речень. Конструкції речень не повинні бути надмірно складними, треба уникати використання союзів «а», «але», «щоб», «так», «не тільки, а й», «хоча», «також» тощо;

4) стилістичні – правила вживання, комбінації і співвідношення мовних елементів. Стиль закону про кримінальну відповідальність – офіційно-діловий. Для нього притаманні: компактність; стандартне розта-

шування матеріалу, обов'язковість форми, уживання кліше; відсутність емоційно-експресивних мовних засобів тощо. Речення в нормативному тексті не повинні бути довгими і плутаними.

1.3.2.6. Принцип юридичної визначеності вимагає, зокрема, щоб точність і ясність усіх термінів і термінологічних конструкцій, що містяться у КК, виключала його неоднозначне розуміння і застосування. Адже у КК мають бути визначені максимальні чіткі межі кримінально протиправної поведінки.

Як зазначив Джеймс Ф. Стівен в «Історії кримінального права Англії»: «Людина може не вірити ні в Бога, ні в Провидіння, ні в чорта; її може мало турбувати людство, суспільство чи нація, до якої вона належить, – але принаймні дозвольте їй ясно знати, які дії залишать на ній печатку безчестя, зроблять її предметом публічної відрази і приведуть її на шибеницю, у в'язницю чи на пороття».*

У зв'язку з цим гостро постають проблеми правильного з'ясування і використання: 1) понять, які використовуються в інших галузях права та закріплені у певних актах законодавства і до яких відсилають ті чи інші норми КК; 2) оціночних понять – понять, які інтерпретує так чи інакше особа, яка застосовує закон про кримінальну відповідальність, насамперед суддя.

Що стосується перших, то зрозуміло, що їх зміст не є і, як правило, не може бути тотожним у КК і в інших актах законодавства. Так, суперечливо у різних актах законодавства визначаються терміни «зброя», «бойові припаси», «вибухові пристрої», «шкідливі», «небезпечні» матеріали, «отруйні», «сильнодіючі», «їдкі», «одурманюючі» речовини, «токсини» тощо, зміст яких має бути чітко визначений для правильного застосування багатьох статей КК. Чи є та чи інша речовина їдкою або вибуховою у конкретних кримінальних справах визначається лише на підставі висновків експертів, які ґрунтуються переважно не на законі, а на спеціальних методиках. Але при цьому від громадян вимагається заздалегідь, ще задовго до проведення експертного дослідження у кримінальній справі усвідомлювати суспільно небезпечний характер того чи іншого виду поведіння з певними предметами або передбачати можливість настання суспільно небезпечних наслідків поведіння з ними. Такий підхід може бути виправданим лише тоді, коли йдеться про предмети, небезпечність яких для оточуючих є очевидною (бойовий пістолет, бойова граната, сірчана кислота тощо).

Прикладом того, як порушується принцип юридичної визначеності, є значна кількість випадків, що мали місце в 2010–2013 рр. в Україні, коли за ст. 359 КК притягувались до кримінальної відповідальності особи, що

* Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England. Volume III. L., 1883. – P. 367.

придбавали через інтернет-магазини і використовували авторучки з мініфотокамерами, «радіоняні», собачі нашийники із вбудованими радіосигналізаторами та інші подібні предмети переважно китайського масового виробництва, які згодом визнавались експертами забороненими законом спеціальними технічними засобами отримання інформації. За даними СБ, лише в 2011 р. було вилучено понад півтори тисячі таких «небезпечних для держави» засобів.*

Оціночних понять у КК має бути якнайменше. Необхідність максимального обмеження судового розсуду законом впливає, зокрема, із положення ст. 24 Конституції, згідно з яким «громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом». Це положення слід розуміти так, що передбачені Конституцією України права і свободи поширюються рівною мірою на всіх громадян і мають для них однаковий зміст і обсяг, і що закон не може покласти на одного більший обсяг обов'язків, ніж на іншого, вимагати від одного те, що не вимагається від іншого. Необмеженість судового розсуду може призвести до того, що одна особа на порушення ст. 58 Конституції України буде відповідати за діяння, яке на час його вчинення не визнається к.пр., а інша – ні, в одних випадках одна і та сама шкода буде визнаватися значною чи тяжкою безпосередньо на підставі закону, а в інших це буде на порушення ст. 62 Конституції України лише припускатися.

Зазначене стосується й оціночних понять, які характеризують суспільно небезпечні наслідки к.пр. та для визначення яких КК оперує, зокрема, термінами «загибель», «смерть», «тяжкі наслідки», «особливо тяжкі наслідки», «шкода», «збитки». Але: у більшості статей КК поняття «тяжкі наслідки» не визначається взагалі і лише у кількох статтях визначається лише для випадків, коли ці наслідки полягають у заподіянні матеріальних збитків; у багатьох статтях КК поняття «тяжкі наслідки» визначається через перелік певних суспільно небезпечних наслідків, після якого вживаються слова «інші тяжкі наслідки», але у багатьох інших статтях КК такі самі наслідки не визнаються тяжкими, тощо.

Термінологічні проблеми кримінального законодавства часто створюються і штучно, через відсутність належної уваги до необхідності уніфікації термінології. У КК паралельно використовується значна кількість термінів-синонімів та схожих за змістом термінів, що часто лише заважає правильному з'ясуванню суті закону та створює інші істотні проблеми (наприклад: «близькі», «близькі особи», «близькі родичі», «родичі», «інші особи»; «військові формування», «воєнізовані формування» і «збройні формування»; «грабіж», «розграбування» і «пограбування» тощо).

* В СБУ представили список гаджетов, покупка которых может стать причиной повестки в суд // <http://ain.ua/2012/03/26/78038>

1.3.3. Тлумачення закону про кримінальну відповідальність

1.3.3.1. При застосуванні кримінального закону постійно виникає необхідність у його тлумаченні з метою з'ясування справжньої волі законодавця і змісту закону, його відповідності Праву. Тлумачення закону полягає у знаходженні належного правового рішення для конкретної життєвої і водночас правової ситуації. Тлумачення закону не створює ані нових норм, ані змінює існуючі норми. Різні суб'єкти можуть по-різному тлумачити одну і ту саму норму, але внаслідок цього вона не змінюється.

Різні критерії, покладені в основу поділу, дозволяють **класифікувати** тлумачення кримінального закону.

Залежно від того, хто здійснює тлумачення (**за суб'єктом**), розрізняють тлумачення:

1) офіційне (легальне), яке дає орган, спеціально на те уповноважений. Правом офіційного тлумачення законів, у тому числі кримінальних, наділений виключно КС. Його роз'яснення є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені;

2) автентичне, яке дає орган, що прийняв закон. За чинною Конституцією і законами України автентичне тлумачення ВР не застосовує, хоча до 1996 р. ВР таке тлумачення здійснювала, і воно мало загальнообов'язкову силу. Утім, комітети ВР сьогодні мають право з питань, віднесених до предметів їх відання, надавати роз'яснення щодо застосування положень законів, які не мають статусу офіційного тлумачення (ч. 3 ст. 21 Закону «Про комітети Верховної Ради України»);

3) судове (казуальне). Воно має такі різновиди:

– тлумачення, яке здійснює суд (суддя) будь-якої інстанції при розгляді конкретної кримінальної справи. Воно є обов'язковим – якщо судом вищої інстанції не визнано інше – тільки у тій справі, у зв'язку з якою воно здійснювалось. Якщо таке тлумачення виходить від вищих судових органів (наприклад, ВС, ВСС), то воно одночасно може бути обов'язковим для виконання у справі, у зв'язку з якою воно здійснювалось, і зразком правильного застосування закону для судів нижчих інстанцій при розгляді аналогічних справ;

– тлумачення (роз'яснення рекомендаційного характеру) з питань застосування спеціалізованими судами законодавства при вирішенні кримінальних справ, яке дає за результатами узагальнення судової практики у своїх постановках пленум ВСС. Воно впливає на практику судів при розгляді кримінальних справ відповідної категорії, і ним можуть користуватися інші суб'єкти при застосуванні закону про кримінальну відповідальність;

– тлумачення (роз'яснення рекомендаційного характеру) з питань застосування законодавства при вирішенні кримінальних справ, яке до 2010 р. за результатами узагальнення судової практики давав у своїх постановках ПВС і які не втратили свого значення у зв'язку з тим, що не змінилось відповідне законодавство і пленум ВСС не видав з цих же питань власної постанови.

Завдяки судовому тлумаченню забезпечується *єдність застосування закону про кримінальну відповідальність*, тобто однакове його розуміння у схожих випадках, і відповідно зменшується кількість випадків неправильного застосування закону про кримінальну відповідальність і невідповідності призначеного покарання тяжкості к.пр. та особі засудженого;

4) доктринальне (наукове), яке дають фахівці у галузі кримінального права в коментарях до КК України, монографіях, підручниках, навчальних посібниках і довідниках, експертних висновках, статтях, лекціях, доповідях і повідомленнях на науково-практичних конференціях, тощо.

Якщо того, хто створює, пише закон, можна порівняти з будівельником, то той, хто його тлумачить, – це той, хто «знає як», це архітектор.

Результатом тлумачення повинна бути визначеність («так» або «ні»), а не двозначність («або так, або не так», «і так, і не так») у висновках того, хто тлумачить зміст юридичних норм. Результати використання всіх способів тлумачення обумовлюють обсяг тлумачення, тобто тлумачення **за обсягом** – це з'ясування співвідношення буквального тексту і дійсного змісту норм КК України. Є три види такого тлумачення:

1) буквальне (адекватне) – за такого тлумачення дійсний зміст норми відповідає буквальному тексту, тобто «букві» закону. «Дух» і «буква» закону збігаються.

Наприклад, буквальним тлумаченням є таке, за яким у ст. 152 КК України перелік способів, які трансформують відповідну сексуальну поведінку людей у злочин (фізичне насильство, погроза його застосування та використання безпорадного стану потерпілого), є вичерпним, а тому згвалтуванням не може визнаватися порушення обіцянки одружитися після вчинення статевого акту;

2) обмежувальне – таке тлумачення робить дійсний зміст норми вужчим за її буквальний текст; «дух» закону вужче, ніж його «буква».

Так, очевидно, до норми ст. 304 КК України правильно застосовувати саме обмежувальне тлумачення в тій частині, що за втягнення неповнолітніх, наприклад, у пияцтво відповідальність може нести виключно повнолітня особа;

3) поширювальне – за такого тлумачення дійсний зміст норми ширше за її буквальний текст; «дух» закону ширше за його «букви».

Поширювальним тлумаченням є, наприклад, розкриття змісту узагальнюючих термінів, коли, скажімо, у науково-практичному коментарі визначається, що саме слід відносити до поняття «тяжкі наслідки» у тій чи іншій статті КК.

Іноді буквальне тлумачення може бути неправильним, а поширювальне чи обмежувальне – правильним.

Тлумачення диспозиції ст. 233 КК України як такої, що не передбачає відповідальності за незаконну приватизацію об'єктів земельного і житлового фондів, була б обмежувальним, адже ця стаття сформульована таким чином, що дозволяє охопити випадки незаконної приватизації будь-якого державного або комунального майна.

В історії нашої країни були випадки, коли поширювальне тлумачення положень кримінального закону сягало повного безглуздя. Олександр Солженіцин у главі 2 тому 1 книги «Архипелаг ГУЛАГ. 1918–1956: Опыт художественного исследования» наводить абсурдні приклади розширювального тлумачення ст. 58 КК РРФСР 1926 р.

Пункт 3 «сприяння будь-яким способом іноземній державі» «давав можливість засудити будь-якого громадянина, що був під окупацією, чи прибив він каблук німецькому військовослужбовцеві, чи продав пучок редиски; або громадянку, що підвищила бойовий дух окупанта тим, що танцювала з ним».

Пункт 4 «говорив про допомогу, надану міжнародній буржуазії. Широко читаючи за допомогою революційної совісті, легко знайшли розряд: усі емігранти, що залишили країну до 1920 р., тобто за кілька років до написання самого цього кодексу, і наздогнані нашими військами в Європі через чверть сторіччя (1944–1945 рр.), одержували 58-4: десять років або розстріл. Адже – що ж робили вони за кордоном, як не сприяли світовій буржуазії?»

Пункт 6 «шпиунство». «Широта прочитання була тут у тому, що засуджували не прямо за шпиунство, а за ПШ – Підозра в Шпиунстві; НШ – Недоведене Шпиунство! І навіть за ЗВПШ – Зв'язки, що Ведуть до Підозри (!) у Шпиунстві. Тобто, наприклад, знайома вашої дружини шила плаття у тієї ж кравчині, що й дружина іноземного дипломата».

Пункт 8 «терор» розумівся дуже й дуже широко: «наприклад, набити морду своєму особистому ворогу, якщо він був партійним, комсомольським або міліцейським активістом».

Пункт 9 «руйнування або пошкодження вибухом чи підпалом з контрреволюційною метою, – диверсія». Розширення було в тому, що контрреволюційна мета приписувалася (слідчий краще знав, що робилося у свідомості злочинця!), а всяка людська помилка, невдача в роботі, у виробництві не прощалися, розглядалися як диверсія».

«Але ніякий пункт 58-й статті не тлумачився так широко й з таким горінням революційної совісті, як 10-й. Звучання його було: «Пропаганда або агітація, що містять заклик до скинення, підриву або ослаблення Радянської влади, а також поширення або виготовлення чи зберігання літератури того ж змісту». Знамениті розширення цього знаменитого пункту були: під «агітацією, що містить заклик», могла розумітися дружня (або навіть подружня) бесіда віч-на-віч, або приватний лист; а закликом – особиста порада; «підривом і ослабленням» влади була всяка думка, що не збігається з думкою сьогоднішньої газети; під «виготовленням літератури» розумілося всяке написане в єдиному примірнику листа, записі, інтимному щоденнику».

«Неосяжну широту прочитання будь-якої статті ще давала стаття 16 КК про аналогію. Коли прямо ні до однієї статті вчинок не підходив, суддя міг кваліфікувати його «за аналогією».

1.3.3.2. Для тлумачення закону про кримінальну відповідальність застосовуються такі **прийоми (способи) тлумачення**:

1) граматичний (філологічний, лінгвістичний) – з'ясування змісту закону шляхом етимологічного аналізу термінів, що у ньому вживаються, та аналізу його тексту за допомогою правил граматики, синтаксису, орфографії та пунктуації; перевірка закону на відповідність лінгвістичним правилам.

ВС тривалий час займався граматичним аналізом санкції ч. 1 ст. 366 КК, щоб зрозуміти, стосуються слова «з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю» тільки обмеження волі або і обмеження волі, і штрафу;

2) логічний – з'ясування змісту закону на підставі правил логіки; перевірка його на відповідність аристотелевим правилам логіки.

Наприклад, оскільки, по-перше, підакцизні товари, навіть вироблені із недоброякісних матеріалів і сировини, не призначені для тварин і рослин, а по-друге, в ч. 3 ст. 204 КК йдеться про загрозу для життя і здоров'я лише людей та отруєння саме людей, тому логічно вважати, що й «інші тяжкі наслідки» стосуються тільки людей (масове захворювання тощо);

3) системний (систематичний) – з'ясування змісту закону про кримінальну відповідальність шляхом звернення до положень цього та/або інших законів.

Скажімо, для з'ясування змісту словосполучення «те саме діяння», передбаченого у ч. 2 тієї чи іншої статті, треба звернутися до диспозиції ч. 1 цієї самої статті, а для з'ясування значення терміна, який є техніцизмом, – до іншого нормативно-правового чи технічного акта, в якому він визначається;

4) історичний – з'ясування соціальних факторів, що обумовили прийняття конкретного положення закону про кримінальну відповідальність, перевірка закону на відповідність його законам історичного розвитку суспільства. Цей метод виражається у правильній оцінці значення закону в період його прийняття (інакше – «волі історичного законодавця»);

5) компаративний – з'ясування змісту закону шляхом порівняння його з відповідними положеннями законів про кримінальну відповідальність інших держав.

Наприклад, порівнюючи положення ст.ст. 75–78 КК, що визначають інститут звільнення від відбування покарання з випробуванням, слід дійти висновку, що вони відповідають положенням законів інших держав, що визначають інститут пробації, а тому без виключення або суттєвих змін змісту ст.ст. 75–78 не можна КК доповнювати положеннями про пробацію як новий вид покарання;

6) функціональний – з'ясування змісту закону на основі аналізу конкретних обставин, умов, в яких він застосовується (йдеться про «волю актуального законодавця»). Так, ЄСПЛ наголошує на необхідності тлумачити й застосовувати ЄКПЛ у світлі умов, які існують на момент розгляду конкретної справи;

7) спеціально-юридичний – з'ясування змісту закону, засноване на досягненнях юридичної науки і практики, знанні юридичної техніки, техніко-юридичних способів і прийомів, використовуваних законодавцем для вираження своєї волі, на професійному умінні і навичках інтерпретатора. Його ознаки: а) досліджує техніко-юридичні засоби

і прийоми вираження волі законодавця з метою розкриття термінів, категорій, конструкцій тощо; б) враховує роз'яснення вищих судових інстанцій; в) застосовує наукові коментарі до законів*.

Усі способи юридичного тлумачення використовуються в сукупності, у комплексі.

1.3.4. Чинність і дія закону про кримінальну відповідальність

1.3.4.1. Закон про кримінальну відповідальність як і будь-який предмет чи явище об'єктивного світу існує у певному часі та просторі. Тому абсурдом була б кваліфікація юридичного факту, що відбувся в наш час виключно на території України і спрямований проти інтересів держави Україна, за статтями «Руської Правди» або Карного кодексу Польщі.

Водночас не все так просто, як здавалося б на перший погляд. Юридична практика з часом поставила багато непростих питань, на які виникла потреба дати відповідь безпосередньо в законі про кримінальну відповідальність. Це, зокрема, питання про те:

- що саме слід розуміти під часом вчинення к.пр.?
- як бути із особою, засудженою за к.пр., якщо згодом закон встановив, що це діяння більше не є к.пр.?
- що таке територія України і чи не є нею, скажімо, корабель під українським прапором?
- як діяти, якщо к.пр. було почато на території України, а закінчено на території іншої держави?
- чи застосовується КК України, якщо іноземець вчинив угон літака з повітряного простору України за кордон? А якщо таке саме діяння він вчинив вже за межами повітряного простору України?
- чи може цей іноземець бути притягнутий до кримінальної відповідальності в Україні, якщо за зазначений угон літака він вже зазнав покарання за кордоном?
- чи повинна Україна передавати усіх іноземців, які вчинили к.пр. на її території, для відбування покарання тим державам, громадянами яких вони є?

1.3.4.2. Отже, часом вчинення закінченого к.пр., за загальним правилом, визнається час вчинення саме дії або бездіяльності, передбаченої законом про кримінальну відповідальність. Із ч. 3 ст. 4 КК випливає, що

часом вчинення:

- одноактного к.пр. з формальним складом є день вчинення відповідної дії чи бездіяльності;

* Докладніше див.: Скакун О.Ф. Теорія права і держави: Підручн. – 2-ге видання. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – С. 434–446.

– к.пр., яке характеризується двома діями, – день вчинення останньої дії;

– продовжуваного – день вчинення останнього із тотожних діянь, які, будучи об'єднані єдиним наміром, утворюють вказаний вид одиничного к.пр.;

– триваючого, яке полягає у тривалому порушенні особою покладених на неї законом обов'язків, – день їх припинення за волею або всупереч волі винного (скажімо, затримання особи), або з часу настання подій, які трансформують його поведінку у таку, що не є кримінально протиправною (наприклад, викрадення у винного зброї, яка незаконно зберігалась);

– незакінченого (якщо злочин було перервано на стадії готування чи замаху) – день, коли він був припинений з причин, що не залежали від волі винного.

Часом же вчинення закінченого к.пр. з матеріальним складом слід вважати час настання суспільно небезпечних наслідків. Адже після опублікування нового, більш суворого закону і до набрання ним чинності особа, яка вчинила певне діяння, може мати бажання і можливість запобігти настанню наслідків цього діяння, вчиненого під час дії попереднього закону. Позбавлення особи такої можливості означає звуження існуючого права особи на її добровільну відмову від доведення к.пр. до кінця, що суперечить ч. 3 ст. 22 Конституції України.

1.3.4.3. Чинність закону про кримінальну відповідальність у часі означає можливість чи неможливість застосування певного закону про кримінальну відповідальність (у цілому та окремих його положень) для юридичної оцінки вчиненого у той чи інший час конкретного суспільно небезпечного діяння. Відповідно до ст. 4 КК:

– закон про кримінальну відповідальність набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування (ч. 1);

– кримінальна протиправність і караність, а також інші кримінально-правові наслідки діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, який діяв на час вчинення цього діяння, – **принцип ультраактивності закону** (від лат. *ultra* – зверх + *activus* – діяльність) (ч. 2);

– часом вчинення к.пр. визнається час вчинення особою передбаченої законом про кримінальну відповідальність дії або бездіяльності. Це означає зокрема, що, за загальним правилом, ніхто не може бути притягнений до кримінальної відповідальності за діяння (дію чи бездіяльність), яке до дня опублікування закону, яким це діяння визнане к.пр., таким не вважалось, і що нікому не може бути призначене покарання, яке передбачене за відповідне діяння цим законом (ч. 3).

У ст. 5 КК (як і в ст. 58 Конституції України) визначено зворотну дію закону про кримінальну відповідальність – вже як виняток із загально-го правила про ультраактивність закону – **принцип ретроактивності** (від лат. *retro* – минуле): має зворотну дію, тобто поширюється на осіб, що вчинили відповідні діяння до набрання ним чинності, закон про кримінальну відповідальність, який скасовує кримінальну протиправність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи – повністю або частково (ч. 1).

Інес дель Ріо Прада була засуджена наприкінці 1980-х рр. за сукупністю до 3 тис. 828 років позбавлення волі за участь у терористичних актах баскського сепаратистського угруповання ЕТА. Після її засудження іспанський закон скоротив до 30 років максимальний термін перебування в ув'язненні. Отже, Інес дель Ріо Прада мали звільнити ще у 2008 р. Але перед тим, у 2006 р. в Іспанії було прийнято так звану доктрину Паро – юридичну норму, покликану скоротити до мінімуму можливість умовно-дострокового звільнення осіб, визнаних винними в тероризмі, і на цій підставі дату звільнення засудженої перенесли на 2017 р. Вона оскаржила це рішення у Страсбурзькому суді, указавши на порушення закріпленого у Конституції Іспанії принципу ретроактивності, що виключає зворотну силу юридичної норми. В жовтні 2013 р. ЄСПЛ остаточно затвердив своє рішення, за яким Інес дель Ріо Прада з 2008 р. перебувала за ґратами незаконно і мала бути звільнена якнайшвидше.*

1.3.4.4. Конвенція про відкрите море (1958 р.) визначає, що капітан судна, що плаває під прапором певної держави, який не надав допомоги на морі, до кримінальної відповідальності може бути притягнутий тільки владою держави прапора або тієї держави, громадянином якої він є. Місцем вчинення такого злочину є тільки «відкрите море» – усі частини моря, що не є ні територіальним морем, ні внутрішніми водами якої-небудь держави.

Отже, **чинність кримінального закону у просторі** визначає стан суверенітету кожної держави і означає можливість чи неможливість застосування певного закону про кримінальну відповідальність (у цілому чи окремих його положень) для юридичної оцінки конкретного к.пр. залежно від його вчинення на території України або за межами її території, а також залежно від державно-правового статусу осіб, які його вчинили, а стосовно осіб без громадянства – ще й від постійного місця їх проживання. Ці питання регламентуються ст.ст. 6, 7 і 8 КК.

Чинність закону про кримінальну відповідальність у просторі і за колом осіб так визначається щодо к.пр., вчинених:

* В Іспанії постановили звільнити терористку після ухвали Страсбурзького суду // <http://www.radiosvoboda.mobi/a/25144762.html>

1) на території України (**див. табл. 2**) – будь-якими особами незалежно від їхнього громадянства: підлягають кримінальній відповідальності за КК України (**принцип територіальності**). Питання про кримінальну відповідальність дипломатичних представників іноземних держав (глави дипломатичних представництв та члени дипломатичного персоналу представництв, дипломатичні кур'єри тощо) та інших громадян, які за законами України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВР, не є підсудні у кримінальних справах судам України (це – консульські посадові особи і консульські службовці, посадові особи ООН та спеціалізованих установ ООН і ще значна кількість різних груп осіб), у разі вчинення ними к.пр. на території України вирішується дипломатичним шляхом [**принцип екстериторіальності** – як виняток із вищезазначеного принципу] (ст. 6);

Таблиця 2. **Об'єкти території України**

Об'єкти, що належать до території України	Об'єкти, що прирівнюються до території України
Суходіл, у т.ч. острови у відкритому морі, що належать Україні	Військові повітряні об'єкти, які знаходяться в будь-якому місці за межами повітряного простору України
Внутрішні води (визначені відповідними лініями або такі, що історично належать Україні, морські води, води портів, бухт, лиманів, гаваней та інші водойми, частини водойм)	Військові кораблі чи шлюпки, що ходять під прапором України, незалежно від того, знаходяться вони у відкритому морі, в територіальних водах іншої держави чи іноземному порту
Надра в межах кордонів України (на глибину, доступну для їх геологічного освоєння)	Невійськові кораблі чи шлюпки, що приписані до портів на території України та ходять під прапором України у відкритому морі (тобто за межами територіальних і внутрішніх вод іноземних держав)
Повітряний простір над суходолом і водним простором	Невійськові повітряні об'єкти, зареєстровані в Україні, які знаходяться у відкритому повітряному просторі (тобто за межами території України або території іноземних держав)
Територіальне море – смуга (до 12 морських миль) прибережних морських вод	
Континентальний шельф України (дно і надра під територіальним морем)	
<i>Примітка:</i> мають особливий правовий режим, але не перебувають під суверенітетом України і не є територією України в сенсі закону про кримінальну відповідальність: виключна (морська) економічна зона України, території дипломатичних представництв і консульських установ України за кордоном, автомашини послів під прапором України, місця розташування військових частин України на території інших держав, космічний простір, включаючи Місяць, штучні космічні об'єкти	

2) за межами України громадянами України та особами без громадянства, що постійно проживають в Україні, – підлягають кримінальній відповідальності за КК України [**принцип громадянства**], якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [**універсальний прин-**

цип і принцип покровительства], крім випадків, коли вони вже зазнали кримінального покарання за межами України (**принцип ne bis in idem**, одна дія двічі не карається) (ст. 7);

3) за межами України іноземцями та особами без громадянства, що не проживають постійно в Україні, – підлягають кримінальній відповідальності за КК України у випадках, коли: а) це прямо передбачено міжнародними договорами [знову **універсальний принцип**]. Йдеться, скажімо, про геноцид, торгівлю людьми, захоплення заручників, угон повітряних суден, піратство тощо; б) вони вчинили особливо тяжкий і спрямований проти прав і свобод громадян України або проти інтересів України злочин, або в) вони вчинили у співучасті із службовими особами, які є громадянами України, будь-який із злочинів, передбачених у ст.ст. 368, 368-3, 368-4, 369 і 369-2 КК України, або пропонували, обіцяли, надавали неправомірну вигоду таким службовим особам, або прийняли пропозицію, обіцянку неправомірної вигоди чи одержали від них таку вигоду [**реальний, або прагматичний принцип**]. Наприклад, вказано на необхідність використовувати цей принцип у ст. 8 Рекомендації РЄ про торгівлю людьми з метою сексуальної експлуатації (2000 р.).

Для прикладу абсурдно неправильного застосування кримінального закону у просторі знову згадаймо «Архіпелаг ГУЛАГ» О. Солженіцина:

«Якийсь поляк народився в Лемберзі, коли той був у складі Австро-Угорської імперії. До Другої світової війни жив у своєму рідному місті в Польщі, потім переїхав в Австрію, там жив і працював, там в 1945 і заарештований нашими. Він одержав десять років за зраду батьківщині – радянській Україні! Адже місто Лемберг стало на той час українським Львовом! І бідолаха не міг довести на слідстві, що виїхав у Відень не з метою зрадити Україні!».

1.3.4.5. Одним з головних постулатів міжнародного співробітництва у протидії к.пр. – незалежно від того, вчинені вони громадянами, іноземцями чи апатридами – є правило *aut dedere aut judicare* (видай або суди сам), за допомогою якого забезпечується принцип невідворотності кримінальної відповідальності та покарання осіб, зокрема тих, які втекли за кордон. Для цього і визначені у КК усіх держав згадані вище універсальний, реальний та інші принципи.

Екстрадиція також є інструментом, за допомогою якого забезпечується правило «видай або суди сам» стосовно іноземців та апатридів – згідно із ч. 2 ст. 10 КК вони можуть бути видані іноземній державі для притягнення до кримінальної відповідальності і віддання до суду (але ч. 1 цієї статті забороняє видавати іншій державі громадян України).

Регламентують питання екстрадиції багато міжнародних договорів. Це, зокрема:

– Європейська конвенція про видачу правопорушників (1957 р.) і протоколи (доповнення) до неї;

– угоди про видачу правопорушників (укладені Україною з Бразилією, Індією, Панамою, Єгиптом, Іраном);

– угоди про правову допомогу у кримінальних справах, укладені Україною з кількома державами, а також окремі положення конвенцій про боротьбу з деякими видами злочинів (фінансування тероризму, незаконне захоплення повітряних суден, незаконні акти, спрямовані проти безпеки цивільної авіації, вербування, використання, фінансування і навчання найманців, незаконний обіг наркотичних засобів і психотропних речовин тощо);

– Рамкова Конвенція ООН проти організованої злочинності (1997 р.). Злочини, вчинені організованими злочинними утвореннями, з метою видачі мають завжди розглядатись як такі, що тягнуть видачу злочинця, і не розглядатись як політичні – щоб відповідні особи «не знаходили собі жодного безпечного притулку».

Як правило, всі міжнародні договори, що стосуються видачі, учасниками яких є Україна, ґрунтуються на принципах, відповідно до яких, зокрема: а) злочин, за вчинення якого вимагається видача, має визнаватися злочином і за законами держави, де перебуває винна особа (**принцип тотожності**); б) якщо вимога про видачу має на меті притягнення особи до кримінальної відповідальності, то держава, яка вимагає видачі, повинна надати докази вчинення к.пр.; в) особа не підлягає видачі, якщо вона: отримала в установленому порядку політичний притулок, або переслідується за злочин політичного характеру, або за військовий злочин, або за діяння, яке за КК цієї держави не визнається злочином, або закінчився строк давності, або в іншій державі вона може бути страчена, або за вчинене діяння вона вже була засуджена, виправдана чи звільнена від покарання тощо.

Вичерпні підстави для відмови у видачі особи визначені у ст. 589 КПК.

Станом на початок 2013 р. з ініціативи українських правоохоронців через українське бюро Інтерполу за підозрою у вчиненні злочинів було оголошено в розшук 895 осіб. Багатьох з них розшукують і видають Україні: лише у 2012 р. було видано 43 особи. Водночас й Україна видає затриманих на її території іноземців: упродовж 2012 р. розглянуто 411 клопотань про видачу (екстрадицію) осіб і видано 17 таких осіб.

На території ЄС інститут видачі згідно з Рамковим рішенням Ради ЄС «Про Європейський ордер на арешт та процедури видачі правопорушників між державами-членами» (2002/584/ЈНА від 13 червня 2002 р.) з 2004 р. замінений «європейським ордером на арешт»; водночас екстрадиція здійснюється у відносинах держав – членів ЄС з «третьми державами».

Утім, якщо між певними державами немає договору про екстрадицію, знаходяться інші можливості для того, щоб правопорушник не уник відповідальності.

Прокуратура Манхеттена (США) розслідувала кримінальну справу про торгівлю номерами десятків тисяч крадених кредитних карт і супутніми особистими даними, одним з 17 підозрюваних в якій був українець Ш. Останній, сидючи у своїй київській квартирі, через форуми для кіберзлочинців продавав крадені номери кредиток. Ш. продав понад 75 тис. із 95 тис. номерів, що інкримінуються усьому кіберзлочинному угрупованню Western Express, завдавши збитків в сумі \$4 млн. Оплата за продану інформацію переказувалася йому у вигляді цифрової валюти Egold і Webmoney. Згодом він також відмив \$600 тис. незаконних доходів. Оскільки у США немає договору про екстрадицію з Україною, де проживав Ш., у травні 2008 р. він був заарештований за американським ордером в Греції, де перебував у відпустці, і виданий США. Проти нього також порушена федеральна справа у Флориді, яка тепер навряд чи одержить хід.

1.3.4.6. Від екстрадиції слід відрізнити **перейняття провадження і передачу осіб для відбування покарання**. Вони можуть мати місце у випадку вчинення виключно злочину (не кримінального проступку). Так, із частин 3 і 4 ст. 10 КК, ст.ст. 595–614 КПК випливає, що:

1) Україна може перейти кримінальне провадження про злочин, в якому судовими органами іноземної держави не ухвалено вирок, щодо тих, що вчинили злочини за межами України і перебувають на території України: а) громадян України; б) іноземців, які не можуть бути видані іноземній державі або у видачі яких відмовлено;

2) виконання в Україні вироку іноземного суду чи міжнародної судової установи можливо, якщо діяння, внаслідок вчинення якого було ухвалено вирок, згідно з КК України визнається злочином або було б визнано злочином у разі його вчинення на території України.

Україна є учасницею Європейської конвенції про передачу засуджених осіб (1983 р.). Ця Конвенція визначає порядок і умови передачі осіб, засуджених на території однієї Сторони, на територію іншої Сторони для відбування призначеного їй покарання і містить шість умов передачі засудженої особи, які коротко, без урахування нюансів, можна сформулювати так: а) особа є громадянином держави виконання вироку; б) вирок є остаточним; в) особа має відбути за вироком ще принаймні шість місяців; г) особа згодна на передачу; г') діяння визнається злочинним в обох державах; д) обидві держави згодні на передачу.

Література

- Кримінальне право України. Судові прецеденти (1864–2007 рр.) / За ред. В.Т. Маляренка. – К.: Освіта України, 2008. – 1104 с.
- Пономаренко Ю.А. Чинність і дія кримінального закону в часі: Монографія. – К.: Атіка, 2005. – 288 с.
- Андрушко П.П. Джерела кримінального права України: поняття, види // Адвокат. – 2011. – № № 6–8. – С. 7–20, 13–22, 10–22.

Запитання і завдання

1. Назвіть форми кримінального права. Чим вони відрізняються від форм кримінального законодавства?

2. Юстиніан забороняв коментування візантійськими юристами Дигестів, вважаючи, що воно є спробою обійти закон під видом його тлумачення. Як ви вважаєте, чи не ототожнювала така заборона право із законом?

3. Поясніть, у чому полягає відмінність між судовою практикою і судовим прецедентом?

4. Прочитайте від початку до кінця будь-який розділ Особливої частини КК України. Які положення закону видаються вам його термінологічними вадами?

5. Для чого існує правило *aut dedere aut judicare*? Які ще питання міжнародного співробітництва у протидії злочинності вирішуються за допомогою положень розділу II Загальної частини КК України?

Рекомендуємо прочитати

- Солженицын А. Архипелаг ГУЛАГ. 1918–1956: Опыт художественного исследования.

Радимо подивитись

- Чекіст (Росія, 1992, режисер Олександр Рогожкін).
- Список Шиндлера (США, 1993, режисер Стівен Спілберг).

Розділ 2

ВЧЕННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНО ПРОТИПРАВНЕ ДІЯННЯ

2.1. Поняття кримінального правопорушення. Склад кримінального правопорушення

2.1.1. Поняття кримінального правопорушення

2.1.1.1. Почнемо з того, що в законодавстві України поняття **«кримінальне правопорушення»** вперше з'явилося із прийняттям 13 квітня 2012 р. КПК, який цим поняттям об'єднав поняття «злочин» і «кримінальний проступок». Згідно із Законом від 16 травня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення законодавства у відповідність з Кримінальним процесуальним кодексом України» до 60 законів були внесені зміни, зокрема з метою замінити слово «злочин» словами «кримінальне правопорушення» у відповідному відмінку.

Поняття «кримінально протиправне діяння», що застосовано у назві цього розділу, є більш широким, ніж поняття «кримінальне правопорушення», бо охоплює собою не лише к.пр. (у т.ч. кримінально карані зловживання правом), а й об'єктивно кримінально-протиправну поведінку, тобто поведінку осіб, яка через їх неосудність чи з інших причин не може бути визнана к.пр.

У давні часи ні поняття злочину, ні тим більше таке, що є більш новим, поняття к.пр., не формулювались, а законодавець обмежувався лише переліком діянь, що визнавались злочинами.

Наприклад, Уставом князя Ярослава (XII–XVIII століття) злочинами вважались такі діяння, як: викрадення (умикання) дівчини – навіть з її згоди – з метою вступу з нею у шлюб; двошлюбність, навіть за згодою обох жінок; примушування дочки до заміжжя або сина до одруження; перешкоджання батьками бажанню дітей одружитися; кусання чи дряпання під час бійки між чоловіками («ще мужа два бьетася женскы, или укусить, или одереть») тощо.

У будь-якій сучасній правовій системі поняття «кримінальне правопорушення» є центральним поняттям кримінального права. Але є два підходи до його визначення.

У більшості КК інших держав це поняття є формальним (таким, що відображає лише його юридичну властивість): законодавець цих держав вважає, що під к.пр. треба розуміти описане у кримінальному законі діяння, за яке передбачено покарання. І все. Вадою такого підходу є те, що к.пр. і навіть злочином може бути оголошено все, що завгодно – законодавець не обмежений обов'язком хоча б умовно дотримуватися вимоги закону про те, що к.пр. повинно бути суспільно небезпечним.

Тому і виникають курйозні випадки, коли, наприклад, судом Хьюстона (штат Техас, США) за прогули занять 17-річну школярку засуджено до 24 годин ув'язнення і \$100 штрафу, оскільки нею порушено закон цього штату, яким протягом півріччя дозволено пропустити не більше десяти прогулів без поважних причин.

В Україні та інших, зокрема постсоціалістичних, державах застосовується більш розлоге матеріальне поняття злочину як виду к.пр. Воно відрізняється від формального тим, що до нього включено ознаку суспільної небезпеки, що розуміється як об'єктивна здатність діяння завдати шкоду суспільству.

На відміну від багатьох інших сучасних держав, в Україні поняття злочину як виду к.пр. має не лише теоретичне обґрунтування, а й набуло законодавчого закріплення і містить у собі необхідну і достатню кількість ознак, які дають можливість відмежувати к.пр. від інших видів правопорушень та від правомірної поведінки.

Відповідно до ч. 1 ст. 11 КК «злочином є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину».

2.1.1.2. Наведене поняття злочину є матеріальним. Із нього випливає, що злочином є діяння (дія або бездіяльність), якому властиві такі **обов'язкові ознаки**: 1) це діяння вчинене суб'єктом злочину; 2) воно є винним; 3) вказане діяння є суспільно небезпечним; 4) відповідне діяння передбачене чинним КК. Останнє зумовлює те, що обов'язковою ознакою поняття злочину є також 5) кримінальна караність. Відсутність хоча б однієї із цих ознак вказує на відсутність злочину.

Що стосується **діяння**, то у кримінально-правовому розумінні, застосованому у ст. 11 КК, – це вольова усвідомлена поведінка (вчинок) особи. Відтак, для будь-якого діяння притаманна наявність об'єктивних і суб'єктивних ознак. Перші відображають фізичні рухи, здійснювані тими чи іншими органами людського організму (або утримання від таких рухів). До суб'єктивних належать інтелектуальна та вольова ознаки.

Той факт, що злочином є лише діяння, означає, що злочином не можуть бути визнані самі по собі:

– ідеологічні, політичні, релігійні чи інші думки та переконання особи, навіть шкідливі і виявлені (наприклад, викладені в особистому щоденнику). Ще в Дигестах Юстиніана було встановлено принцип *cogitationis poenam nemo patitur* – ніхто не несе покарання за думки;

– почуття або побажання, вимовлені, написані чи виражені назовні іншим способом, у т.ч. заклики, якщо тільки при цьому не здійснюється посягання на національну безпеку, територіальну цілісність, громадський порядок, здоров'я населення, репутацію або права інших людей, таємницю конфіденційної інформації, авторитет і неупередженість правосуддя (див. ст. 34 Конституції України);

– фізичний чи психічний стан особи, інші її суб'єктивні властивості (агресивність, нечесність, інші погані риси характеру чи погані звички);
– належність особи до тієї чи іншої релігійної, політичної, майнової чи іншої групи;

– наявність в особи судимості у минулому, або родинних зв'язків з особою, яка вчинила злочин, тощо.

Усе це має важливе і цілком практичне значення.

Наприклад, за часів СРСР особа могла бути засуджена за стан, неприйнятний для керівництва держави, зокрема за те, що вона є дружиною «ворога народу»: ч. 2 ст. 54-1 КК 1927 р. передбачала застосування позбавлення виборчих прав і заслання до віддалених районів Сибіру на п'ять років для повнолітніх членів родини зрадника (військовослужбовця, який здійснив втечу або переліт за кордон), які жили спільно з ним або перебували на його утриманні, навіть якщо ці особи нічого не знали про вчинення військовослужбовцем зради. В наш час на Гаваях (один із штатів США) вступ дівчини, яка не досягла 18-річного віку, у статевий зв'язок тягне покарання її батьків до трьох років виправних робіт – ніби за те, що виховали дочку легковажною.

Після прийняття в Грузії Закону про боротьбу з кримінальними авторитетами й угрупованнями «зłodіїв у законі» на волі не залишилося (хоча ще в 2004 р. в Грузії проживало 346 «законників»). Саме по собі членство в зłodійському світі відповідно до ст. 223 КК Грузії («Зłodійство в законі») карається позбавленням волі на строк від 3 до 10 років.

За даними ГУБОЗ МВС, в Україні на заїжджих «зłodіїв-законників» складають адміністративні протоколи про порушення міграційного законодавства або виносять приписи про те, що вони є персонами non-grata в Україні і видворяють на п'ять років. Наприклад, у 2011–2012 рр. із України видворено 16 зłodіїв. «Зłodії-законники», які є громадянами України, несуть кримінальну відповідальність лише за конкретні вчинені ними злочини.*

Під **дією** у КК розуміється активна усвідомлена поведінка (вчинок) особи, в якій виражена зовні її воля. **Бездіяльність** – це аналогічна пасивна поведінка. Як дія, так і бездіяльність особи можуть спричинити певні негативні наслідки.

Злочином визнається діяння, вчинене **суб'єктом злочину**, тобто фізичною осудною особою, яка на момент його вчинення досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність (ст. 18 КК). У кримінальному праві не може бути визнане злочином прийняття (або неприйняття) певного рішення не фізичною, а юридичною особою, діяння, вчинене твариною, неосудною особою та особою, яка на момент його вчинення не досягла встановленого законом віку.

Винність діяння означає, що воно вчинене з умисною або – у випадках, коли закон передбачає відповідальність за необережний злочин – необережною формою вини. Так, взагалі не є злочином діяння:

* http://kontrakty.ua/article/60386?utm_source=newsletter31032013&utm_medium=email&utm_campaign=newsletter

– вчинені у безпорадному стані, рефлекторні, імпульсні, конвульсивні або інстинктивні рухи тіла (людина послизнулась ї, щоб не впасти, схопилась за іншу людину, внаслідок чого останній були заподіяні тілесні ушкодження);

– що становлять собою рухи тіла або відсутність таких рухів, що є результатом тільки чужої волі чи впливу непереборної сили (зокрема стихійного лиха);

– вчинені під впливом гіпнозу чи в результаті гіпнотичного навіювання;

– можливість настання суспільно небезпечних наслідків яких особа не передбачала і не могла передбачати – казус (скажімо, повернувшись уві сні, чоловік своїм тілом задушив немовля, якого вночі поклали біля нього без його відома).

В усіх цих випадках не можна говорити про свободу волі людини: у неї відсутні можливості обрати варіант вольової поведінки – злочинної чи незлочинної.

Так само не є злочином вчинене через необережність діяння, яке згідно із законом визнається злочином лише у разі вчинення його умисно (наприклад, вчинене через необережність поміщення в психіатричний заклад психічно здорової особи).

Суспільна небезпечність як ознака злочину означає об'єктивну його особливу шкідливість, яка розкривається у ч. 2 ст. 11 КК через:

1) узагальнене формулювання об'єктів кримінально-правової охорони, якими визнаються: особа (фізична чи юридична); суспільство; держава, а з урахуванням змісту ст. 1 КК – також і людство;

2) два різновиди наслідків посягання: реальне заподіяння істотної шкоди; створення реальної загрози заподіяння істотної шкоди.

Не є злочином діяння, яке: а) посягає на об'єкти, що не охороняються КК (особисті відносини між подружжям, благочинність тощо); б) не заподіює істотної шкоди об'єктам кримінально-правової охорони або принаймні не створює реальної загрози її заподіяння; в) заподіює шкоду об'єктам кримінально-правової охорони або створює реальну загрозу заподіяння їм шкоди, але ця шкода не є істотною.

З цих причин, наприклад, не може бути визнаний злочином (зокрема шахрайством, за яке в 2012 р. були засуджені дві студентки в м. Орел Російської Федерації) збут під виглядом марихуани придбаного в аптеці лікарського «кропив'яного чаю для сечовипускання». У такому випадку право власності набувача цього чаю, який заплатив за нього гроші, насправді не страждає, оскільки відповідно до ст. 41 Конституції України використання власності не може завдавати шкоди інтересам суспільства – але придбання наркотиків, як і спроба їх придбати, відповідно до ст. 307 КК завдає такої шкоди. Аналогічно не слід визнавати злочином збут несправжніх зброї, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів тощо під виглядом справжніх.

Визнання істотною матеріальної (майнової чи фізичної) шкоди, яка заподіяна чи могла бути заподіяна тим чи іншим діянням, часто здій-

снюється в законі на підставі заздалегідь визначених критеріїв (кількість неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, тяжкість тілесних ушкоджень тощо), а нематеріальної (політичної, організаційної, моральної тощо) – як правило, у межах судової дискреції* без урахування вказаних критеріїв.

Суспільну небезпечність злочину слід відрізнити від суспільної небезпечності особи, яка його вчинила. Для суспільства однаково небезпечними є діяння, вчинені раніше судимою особою і особою, яка завжди була законслухняною, або вчинені неповнолітньою особою чи особою пенсійного віку. Тому характеристики особистості злочинця можуть впливати тільки на покарання чи інші кримінально-правові наслідки злочину, але жодним чином не змінюють суспільну небезпечність останнього (крім випадків спеціального рецидиву).

Вимога ст. 11 КК про те, що відповідне діяння повинно бути передбачене чинним КК, відображає **кримінальну протиправність** злочину. Ця вимога ґрунтується на принципі *nullum crimen, nulla poena sine lege* (немає злочину, немає покарання, якщо немає відповідного закону), безпосередньо впливає з положення п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, згідно з яким діяння, які є злочинами, та відповідальність за них визначаються виключно законами, і уточнює вказане положення.

Відтак, не є злочином вчинене суб'єктом злочину винне діяння, для якого притаманною є фактична суспільна небезпека, на що навіть може існувати пряма вказівка в іншому законі, але яке не передбачене чинним КК. Оскільки КК встановлює вичерпний перелік злочинів, то ознака кримінальної протиправності заперечує можливість застосування норм КК за аналогією.

Наприклад, особа не може нести відповідальність за ухилення від сплати аліментів на утримання інших осіб, крім власних дітей і батьків (див. ст. 164 і ст. 165 КК), незважаючи навіть на те, що відповідно до Конвенції про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання (ратифікована Україною згідно із Законом від 11 січня 2013 р.) Україна зобов'язалась забезпечувати стягнення утримання також з баби, діда на неповнолітніх онуків, з повнолітніх внуків, правнуків на непрацездатних бабу, діда, прабабу, прадіда, з мачухи, вітчима на падчерку, пасинка, які не досягли повноліття, тощо.

Як тільки скасовується кримінальна відповідальність за те чи інше діяння, воно перестає бути злочином. Так, з 2001 р. в Україні не є злочином спекуляція – скуповування товарів та їх перепродаж з метою наживи, з 2004 р. – незаконне перетинання державного кордону, з 2011 р. – підроблення проїзних квитків тощо.

* Дискреція (від лат. *discretio*) – вирішення посадовою особою або державним органом будь-якого питання на власний розсуд.

Кримінальна караність є компонентом кримінальної протиправності і обов'язковою ознакою злочину, оскільки всі диспозиції статей Особливої частини КК супроводжуються санкціями. Караність як ознаку злочину слід розуміти не лише як реальне застосування покарання, а й як саму можливість його застосування у разі вчинення забороненого КК діяння.

Не можна вважати обов'язковою ознакою злочину аморальність діяння. Адже багато злочинів є нейтральними з точки зору моралі (наприклад, немає підстав вважати аморальним таке діяння, як втрата документів, що містять державну таємницю), а окремі з них навіть викликають схвалення переважної більшості населення (скажімо, умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень з перевищенням меж необхідної оборони або вбивство із співчуття до невиліковно хворого). З іншого боку, суспільство може визнавати аморальними вчинками замах на самогубство, проведення самоаборту, виготовлення порнографічних предметів без мети збуту тощо, але ці діяння не розглядаються як злочини, оскільки відповідальність за них чинний КК не встановлює. Санкціями за невиконання вимог моральності можуть бути лише певні форми морального впливу, наприклад громадський осуд.

2.1.1.3. Злочин як вид к.пр. слід відрізнати від інших правопорушень, а як прояв суспільно небезпечної поведінки особи – від інших видів людської поведінки. Як відомо з теорії права, трьома основними **видами правової поведінки** є:

1) правомірна – соціально корисна поведінка, що відповідає правовим нормам, або соціально небажана, але припустима поведінка (розлучення подружжя, участь у страйку тощо);

2) зловживання правом – соціально шкідлива поведінка, яка, однак, не порушує норм права. Зловживання правом зазвичай не пов'язане з порушенням конкретних заборон чи невиконанням обов'язків й означає, у буквальному розумінні, вживання права у зло в тих випадках, коли уповноважений суб'єкт має певне суб'єктивне право, діє в його межах, але спричинює яку-небудь шкоду правам інших осіб чи суспільству в цілому. Зловживання своїм законним правом за певних обставин може трансформуватися у к.пр., наприклад: зловживання опікунськими правами – за наявності корисливої мети і шкоди підопічному (ст. 167); зловживання службовими правами – за наявності відповідних мотивів чи мети, а також істотної шкоди (ст.ст. 191, 364, 364-1, 365-2 КК);

3) правопорушення – соціально шкідлива поведінка, що порушує норми права.

Крім зловживання правом з правопорушенням межує такий вид правової поведінки, як об'єктивно протиправна поведінка – протиправне діяння недієздатної особи і безвинна дія. Об'єктивно протиправне діяння з ознаками злочину, вчинене неосудною особою, може

тягнути застосування примусових заходів медичного характеру (ст. 94 КК), а таке саме діяння, що має ознаки злочину, вчинене неповнолітнім до досягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність (тобто до 14 або 16 років), – застосування заходів, передбачених Законом «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей» (зокрема направлення до спеціального навчально-виховного закладу).

Отже, поняття «кримінальне правопорушення» є більш вузьким, ніж поняття «кримінально-протиправне діяння», оскільки останнє, крім к.пр., охоплює також об'єктивно протиправну поведінку.

2.1.1.4. Під **правопорушенням** загалом розуміється антисоціальне протиправне і, як правило, винне діяння (дія або бездіяльність) деліктоздатної особи, яке тягне юридичну відповідальність. Сьогодні у законодавстві і праві зазвичай виділяють такі **види правопорушень**:

1) *адміністративні правопорушення* – проступки фізичних осіб, юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців на кшталт: порушення санітарних норм при виробництві продуктів харчування або вчинення дій, визначених законом як недобросовісна конкуренція;

2) *дисциплінарні правопорушення*. Вони посягають на відносини у сфері праці, влади і підпорядкування тощо. Ці правопорушення передбачені КЗП, дисциплінарними статутами (наприклад, прогул працівника, порушення студентом обов'язку відвідувати заняття, сперечання військовослужбовця зі своїм командиром);

3) *трудові правопорушення*. Їх суспільно шкідливими наслідками завжди є завдання майнової шкоди (наприклад, зіпсуття працівником інструментів, виданих у користування);

4) *цивільні правопорушення* визначені, зокрема, ЦК (невиконання зобов'язань за договором, поширення відомостей, які порочать честь людини, самочинне будівництво тощо);

5) *кримінальні правопорушення*. У психологічному аспекті злочин є найбільшим відхиленням від соціальної норми (правомірної поведінки), у соціальному – це найбільше зло, яке може заподіяти людина іншій людині, суспільству, державі, у правовому аспекті злочин – це найбільш небезпечний вид правопорушення.

У давні часи, коли держава і право як інститути суспільства лише починали свій розвиток, види правопорушень не виокремлювались. Діяння, які тепер ми назвали б дисциплінарними проступками, часто тягли заходи, які за своєю надзвичайною суворістю (зокрема: страта кожного десятого воїна за виявлену під час бою малодушність або побиття батогом раба за неслухняність) зовсім не схожі на сучасні дисциплінарні стягнення (догану чи пониження у військовому званні). За римськими Законами XII таблиць крадіжка чи завдання тілесних ушкоджень вважалася цивільним деліктом і каралася штрафом, а ось наклеп – смертю. Лише у часи Середньовіччя, коли держави вже набули усіх можливих ознак державності (територія, населення, публіч-

на влада, що спирається на військо і поліцію, законодавство), а особливо у часи Відродження, коли у Західній Європі розпочалась рецепція римського права, виокремились певні галузі права і певні види правопорушень.

2.1.1.5. Кримінальне правопорушення відрізняється від інших правопорушень за такими критеріями: 1) суспільна небезпечність; 2) суб'єкт правопорушення; 3) винність; 4) кримінальна протиправність.

Суспільна небезпечність як один із названих критеріїв є притаманною не тільки для злочинів, а й для інших правопорушень. Цей висновок випливає, зокрема, із ч. 2 ст. 1 КК, де зазначено, що «Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами». Може бути таке, що те чи інше діяння (скажімо, клонування) вже визнано законом суспільно небезпечним, але кримінальну відповідальність за нього ще не встановили. Може бути і таке, що громадська думка схильна вважати певне діяння суспільно небезпечним, але законодавець ще не визнав його таким (зокрема підбурювання до кулачного бою «стінка на стінку»).

Розрізняють характер і ступінь суспільної небезпеки. *Характер* – якісна ознака суспільної небезпеки – залежить від важливості об'єкта кримінально-правової охорони. Так, життя і здоров'я особи, її воля, статева свобода і статева недоторканість, основи національної безпеки, мир, безпека людства, міжнародний правопорядок як найбільш важливі цінності захищаються кримінальним законом. Тому наявність факту посягання на них не викликає необхідності порушувати питання про відмежування злочину від адміністративних правопорушень: немає адміністративних проступків, які посягали б на перелічені цінності.

Відповідальність же за посягання на особисті права людини і громадянина, власність, порядок здійснення господарської діяльності, довкілля, громадську безпеку, безпеку виробництва, безпеку руху та експлуатації транспорту, громадський порядок та моральність тощо передбачена не тільки кримінальним правом, а й іншими галузями права. Для відмежування злочину від інших правопорушень у таких випадках недостатньо звертатися тільки до характеру суспільної небезпеки вчиненого. Необхідно визначити її кількісну ознаку – *ступінь* суспільної небезпеки діяння. Злочин завжди є більш небезпечним, ніж будь-яке інше правопорушення. На ступінь суспільної небезпеки впливають, крім об'єкта посягання, насамперед тяжкість заподіяної шкоди і форма вини, а також спосіб вчинення діяння, мотив і мета, повторність та інші ознаки.

За ознакою **суб'єкта** злочин можна відмежувати від цивільно-правового делікту, а також від деяких адміністративних правопорушень, суб'єктом яких може бути і юридична особа. Фізична особа у цивільному праві у певних випадках може виступати суб'єктом правопорушення незалежно від віку і осудності (див. ст.ст. 1178, 1184, 1186 ЦК).

На відміну від злочину, цивільно-правовим правопорушенням в окремих випадках може бути визнане і діяння, вчинене за відсутності **вини**. Відповідальність без вини передбачена ст.ст. 614, 1167, 1173–1176 ЦК.

Такий критерій, як **кримінальна протиправність**, дозволяє відмежувати злочини від будь-яких правопорушень, відповідальність за які не передбачена чинним КК.

2.1.1.6. Інколи одним і тим самим діянням вчиняються правопорушення, відповідальність за які передбачена КК та іншим (не кримінально-правовим) законодавчим актом, тобто йдеться про **сукупність злочинів та інших правопорушень**.

Наприклад, ст. 176 КК визнає злочином незаконне розповсюдження творів, якщо ці дії завдали шкоду у великому розмірі. Відповідно до ст. 50 Закону «Про авторське право і суміжні права» такі самі дії є цивільно-правовим проступком, і одночасно з кримінальною настає цивільно-правова відповідальність, передбачена ст. 52 зазначеного Закону. Теоретично можливою також є сукупність злочину з конституційним правопорушенням: вчинення Президентом України державної зради чи іншого злочину розглядається як конституційне правопорушення, що має своїм наслідком відповідальність у вигляді усунення Президента України з поста в порядку імпічменту, після чого він підлягає притягненню до кримінальної відповідальності.

Проте неможливою є сукупність злочинів і адміністративних проступків, які посягають на один і той самий об'єкт правової охорони: злочин як більш небезпечне правопорушення поглинає адміністративний проступок.

2.1.1.7. Відповідно до ч. 2 ст. 11 КК не є злочином вчинене суб'єктом злочину винне діяння, передбачене КК, якщо воно через **малозначність** не становить суспільної небезпеки. Для чого це положення міститься в законі? Для того, щоб наголосити: формальний момент – кримінальна протиправність типового діяння – не може превалювати над фактичним – відсутністю суспільної небезпеки конкретного діяння.

Визнання того чи іншого діяння малозначним не залежить від наявності обставин, що відповідно до закону є правовими підставами для пом'якшення покарання або для звільнення від кримінальної відповідальності, від посткримінальної поведінки винного тощо.

Так, вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин, добровільне відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди, примирення винного з потерпілим, втрата особою суспільної небезпечності на час розслідування злочину не перетворюють злочин у малозначне діяння.

Малозначним не може визнаватися діяння:

– спрямоване на заподіяння шкоди найбільш важливим об'єктам кримінально-правової охорони (наприклад, замах на вбивство або готування до захоплення державної влади), а також таке, що спричинило

тяжкі наслідки. Адже малозначні діяння відрізняються від злочинів відсутністю суспільної небезпеки;

– яке посягає на об'єкт, що не охороняється КК (скажімо, справа про скотолозтво не може бути порушена за відсутністю події злочину), або хоча і посягає на об'єкт, що перебуває під кримінально-правовою охороною, але не заподіяло і не могло заподіяти йому не тільки істотної, а й будь-якої шкоди (скажімо, погроза знищення будинку шляхом влаштування штучного землетрусу);

– яке взагалі не містить ознак злочину, передбачених ст. 11 КК: не є кримінально протиправним, вчинене особою, яка не є суб'єктом злочину, тощо;

– яке не містить складу злочину. Так, якщо істотність фізичної шкоди визначена безпосередньо в законі через певну тяжкість тілесних ушкоджень, то недосягнення такого рівня шкоди є свідченням відсутності складу злочину (скажімо, немає складу к.пр., якщо необережно нанесено удар, яким заподіяно легке тілесне ушкодження);

– вчинене у стані необхідної оборони, крайньої необхідності та через інші обставини, що виключають злочинність діяння (ст.ст. 37–43 КК);

– яке полягає в готуванні до злочину невеликої тяжкості (ч. 2 ст. 14 КК).

2.1.2. Класифікація кримінальних правопорушень

2.1.2.1. Класифікація злочинів передбачає поділ їх на групи (категорії) залежно від того чи іншого критерію.

Стаття 12 КК (класифікація злочинів) таким критерієм категоризації злочинів називає **ступінь їх тяжкості**. Роль формального класифікатора за цим критерієм виконують санкції статей (частин статей) Особливої частини КК, а точніше – розмір покарання у вигляді позбавлення волі. Але в санкції закріплюється лише типова (притаманна для злочинів певного виду) оцінка суспільної небезпечності; лише потім суд конкретизує її стосовно обставин певного вчиненого діяння.

Залежно від ступеня тяжкості закон поділяє злочини на чотири категорії:

1) злочини невеликої тяжкості. За ці злочини передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше двох років або інше, більш м'яке покарання;

2) злочини середньої тяжкості. За них передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше п'яти років;

3) тяжкі злочини. Санкція відповідних статей передбачає за ці злочини покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше десяти років;

4) особливо тяжкі злочини, до яких належать суспільно небезпечні діяння, за які передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад десять років або довічне позбавлення волі.

Якщо за певні злочини не передбачено позбавлення волі, але передбачено штраф, то ступінь їхньої тяжкості визначається залежно від розміру штрафу – відповідно до частин 2–5 ст. 12 КК.

Ступінь тяжкості злочинів визначається насамперед об'єктом посягання, тяжкістю заподіяної шкоди і формою вини.

Тому, наприклад, особливо тяжкі злочини – це, як правило, умисні діяння, які посягають на особливо значущі цінності (життя людини, безпека людства, безпека держави і суспільства в цілому) і завдають їм найбільш серйозної шкоди. Умисне вбивство – це особливо тяжкий злочин (ст. 115 КК), вбивство через необережність – злочин середньої тяжкості (ч. 1 ст. 119 КК), а побої – злочин невеликої тяжкості (ч. 1 ст. 126 КК).

Ступінь тяжкості діянь, які посягають на цінності, які не відносяться до особливо значущих (власність, громадська безпека, безпека виробництва, громадський порядок тощо), може збільшуватися залежно від способу, місця, часу, засобів і знарядь їх вчинення, мотиву і мети, специфіки потерпілого чи предмета та інших визначених в законі обставин. Так, просте шахрайство є злочином невеликої тяжкості, вчинене за попередньою змовою групою осіб – злочином середньої тяжкості, а вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки – тяжким злочином.

Класифікація злочинів залежно від ступеня тяжкості має важливе **значення** для правильного застосування КК. Її роль полягає, зокрема, у визначенні: чинності закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених за межами України іноземцями та особами без громадянства, які не проживають постійно в Україні (ст. 8); підстав кримінальної відповідальності за готування до злочину (ч. 2 ст. 14); поняття злочинної організації (ч. 4 ст. 28); обставин, що виключають злочинність діяння (ч. 2 ст. 43); підстав і умов звільнення від кримінальної відповідальності (ст.ст. 45–49); підстав і умов звільнення від покарання та його відбування (ч. 4 ст. 74, ст.ст. 79–83, 97, 105–107); підстав застосування окремих видів покарань (ст. 54, ч. 2 ст. 59, ст.ст. 64, 102); призначення покарання (ст.ст. 70–71); встановлення строків погашення судимості (ст. 89 і ст. 108); визначення підстав кримінальної відповідальності за деякі злочини (зокрема, передбачені ст.ст. 255, 372, 383, 384, 396 КК) тощо.

Крім того, вказана класифікація злочинів має значення для вирішення ряду інших правових питань, а саме про: визначення виду кримінально-виконавчої установи, у якій особа має відбувати покарання; наявність підстав для здійснення оперативно-розшукової діяльності, провадження у кримінальних справах, застосування амністії; визначення підстав застосування вогнепальної зброї працівниками міліції та інших правоохоронних органів; порядок розміщення осіб, взятих під варту; наявність підстав для встановлення адміністративного нагляду

за особами, звільненими з місць позбавлення волі; дозвіл чи відмову у наданні допуску до державної таємниці; прийняття до громадянства України, поновлення у громадянстві України і надання статусу біженця; виключення з військового обліку; особисту недоторканність і можливість затримання та арешту консульських посадових осіб у разі вчинення злочину тощо.

Зазначена класифікація злочинів може бути врахована у кримінальному судочинстві при визначенні підслідності, підсудності кримінальних справ тощо. У кримінальній політиці держави вона може мати значення, зокрема, для розробки програм боротьби із злочинністю, кримінальної статистики, організації профілактики злочинів.

В основу **інших класифікацій злочинів** можуть бути покладені інші критерії.

Так, за **родовим об'єктом посягання** можна виділити двадцять видів злочинів – відповідно до назв розділів Особливої частини КК.

За **характером суспільно небезпечних наслідків** можна виділити злочини з наслідками: а) матеріального характеру (злочини, наслідком яких є майнова чи фізична шкода); б) нематеріального характеру (злочини, наслідки яких полягають у психологічній шкоді, що заподіюється особі, або створюють дисфункції у певних суспільних відносинах – політичних, економічних, соціальних, правових тощо – і мають, таким чином, дезорганізаційний характер).

Форма вини є критерієм поділу усіх злочинів на: а) умисні злочини; б) необережні злочини; в) злочини, які можуть бути вчинені як умисно, так і через необережність. Крім того, виділяють злочини з так званою складною (складеною, змішаною) формою вини. Серед умисних злочинів можна виділити злочини, які вчиняються виключно з прямим умислом (шпигунство, фіктивне підприємництво, бандитизм, сутенерство тощо), а серед необережних – ті, які вчиняються виключно через злочинну недбалість (неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей, недбале зберігання вогнепальної зброї, службова недбалість тощо).

За критерієм **наявності потерпілого** виділяються злочини, обов'язковою ознакою складу яких: а) є потерпілий; б) потерпілий не є. При цьому першу із цих категорій злочинів за **характеристикою потерпілого** можна поділити на злочини: із загальним потерпілим і злочини із спеціальним потерпілим, а за **роллю потерпілого в обвинуваченні** – на злочини: приватного обвинувачення (передбачені ст. 477 КПК); публічного обвинувачення (усі інші).

корисливим мотивом) має також і певне кримінально-правове значення. Так, згідно з ч. 2 ст. 59 КК конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини; в Особливій частині КК міститься понад тридцять складів злочинів, для яких корисливий мотив є обов'язковою ознакою і підлягає встановленню при кваліфікації злочину.

2.1.2.2. За даними ДСА, в останні чотири роки засуджено таку кількість осіб (**див. табл. 4**)*. Отже, порівняно з попередніми роками, відсоток засуджених за злочини невеликої тяжкості у 2013 р. дещо збільшився, але загалом засуджених стало значно менше – приблизно на одну чверть, що можна пояснити набрання чинності новим КПК. Протягом останнього десятиріччя три чверті усіх засуджених становлять особи, які вчинили злочини проти власності, «наркотичні» злочини, або злочини проти життя та здоров'я особи.

Таблиця 4. **Структура засуджених в Україні за різні категорії і види злочинів у 2005 та 2010–2013 рр.**

	Засуджено	2005 р.	2010 р.	2011 р.	2012 р.	2013 р.
1.	Усього (осіб, тис.)	162,8	168,8	154,4	162,9	123,0
	у т.ч. за злочини (%):					
1.2.	невеликої тяжкості	14,6%	15,4%	14,8%	14,6%	20,0%
1.3.	середньої тяжкості	51,2%	46,9%	48,2%	51,2%	47,4%
1.4.	тяжкі	31,6%	34,4%	34,2%	31,6%	29,5%
1.5.	особливо тяжкі	2,6%	3,3%	2,8%	2,6%	3,1%
	зокрема (рядок 1):					
1.6.	проти власності	52,5%	50,2%	51,1%	51,8%	48,3%
1.7.	у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів	15,7%	16,0%	16,6%	16,6%	14,7%
1.8.	проти життя та здоров'я особи	6,6%	7,1%	6,7%	6,6%	12,5%
1.9.	Разом (графи 1.6 –1.8)	74,8%	73,3%	74,4%	75,0%	75,5%

2.1.2.3. Головними завданнями розмежування злочинів і кримінальних проступків є:

1) подальша гуманізація кримінального законодавства за рахунок декриміналізації багатьох (близько 100) діянь, що наразі визнані злочинами. При цьому покарання за кримінальні проступки буде м'яким – штраф, позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, громадські чи виправні роботи, а у виняткових випадках

* http://sc.gov.ua/ua/sudova_statistika.html

(зокрема за проступки насильницького характеру) – арешт на строк до трьох місяців. Судимості за проступки не буде; засуджені, спокутувавши вину, не будуть нести на собі клейма раніше судимих;

2) спрощення процедури притягнення до юридичної відповідальності осіб, які вчинили кримінальні проступки. У справах про кримінальні проступки запропоновано: проводити лише коротке дізнання і, якщо вина особи доведена і особа, за умови забезпечення її захисту, визнає свою вину та не заперечуватиме проти покарання, можливим буде постановленням суддею рішення про покарання навіть без проведення судового засідання: протягом одного місяця після вчинення кримінального проступку суд повинен винести вирок, задовольнивши інтереси потерпілих і держави. Принцип невідворотності покарання – в дії;

3) дотримання права на захист та інших прав, що визначають зміст передбаченого ЄКПЛ поняття «справедливе правосуддя» для усіх осіб, які сьогодні притягуються до адміністративної відповідальності за так звані адміністративні проступки. Насправді останні є к.пр., оскільки їхню суть визначають насамперед два критерії: а) підвищений – тобто кримінальний – рівень суспільної небезпечності і б) суворий – тобто кримінальний – характер покарання.

Щодо поняття покарання, то його суть (зміст) інтерпретується ЄСПЛ – як він неодноразово наголошував – «автономно», тобто незалежно від того, яким чином воно тлумачиться у законодавстві і національній юридичній практиці тих держав, скарги на чії дії розглядає Суд. Так, у рішенні, ухваленому у справі «Malige v. France» від 23 вересня 1998 р., зазначено: «Поняття «покарання», яке міститься у ст. 7 Конвенції, як і поняття «кримінальне обвинувачення», що фігурує в її п. 1 ст. 6, має автономне значення. При розгляді справи Суд не зв'язаний кваліфікаціями, що надає внутрішнє право, оскільки останні мають тільки відносну цінність».

У рішенні у справі «Ozturk v. Turkey» від 28 вересня 1999 р. зазначено: «Згідно зі звичайним значенням понять за загальним правилом належать до галузі кримінального права такі правопорушення, суб'єкти яких піддаються покаранням, що призначені зокрема для забезпечення залякуючого ефекту і які зазвичай полягають у позбавленні волі та у штрафних», незважаючи на те, що держава термінологічно позначила їх інакше. Тому держава і зобов'язана при процедурі їх розслідування і вирішення забезпечити всю повноту гарантій, передбачених для «кримінальних справ» (презумпцію невинуватості, право на захист, право на оскарження вироку тощо).

У рішенні у справі «Escoubet v. Belgium» від 28 жовтня 1998 р. вказано: «Що стосується природи і суворості заходу Суд повторює, що відповідно до звичайного значення понять до галузі кримінального права належать за загальним правилом правопорушення, суб'єктів яких піддано покаранням, які призначені, зокрема, для забезпечення залякуючого ефекту і які зазвичай полягають у позбавленні волі та у штрафах, за винятком тих, що за своїми природою, терміном чи умовами виконання не можуть завдати значної матеріальної шкоди». Таку саму позицію з розглядуваного питання ЄСПЛ висловив й у рішенні у справі «Gurepka v. Ukraine» від 6 вересня 2005 р.

Отже, в результаті реформи особи, обвинувачені у вчиненні кримінальних проступків, одержать – за їхнім бажанням – усі процедурні права і гарантії кримінального процесу, яких вони зараз позбавлені.

Чинний же КАП дозволяє за фактично к.пр. притягувати людей до заходів фактично кримінальної відповідальності і піддавати їх фактично кримінальним покаранням. Але при цьому: передбачає суто інквізиційний процес без яких-небудь елементів змагального; належним чином не визначає права учасників процесу, насамперед сторони захисту; надає право складати протоколи про правопорушення й ухвалювати юридично значимі рішення, що обмежують права людини, таким, що переважно не мають юридичної освіти, посадовим особам десятків державних органів; не згадує про такі відомі кримінальному праву обставини, що виключають відповідальність, як виконання наказу, фізичний чи психічний примус, ризик, згода потерпілого тощо; не передбачає можливості звільнення від відповідальності, заміни покарання більш м'яким і звільнення винного від покарання; ігнорує існування ювенальної юстиції тощо;

4) виключення випадків неправомірного використання результатів адміністративних процедур при розслідуванні кримінальних справ на порушення прав людини. Йдеться, зокрема, про затримання особи, особистий огляд і огляд речей, вилучення речей і документів тощо без належного судового контролю. Як відомо, під час таких процедур не тільки застосовується катування, а й з'являються докази, важливі для певного кримінального провадження (див. рішення ЄСПЛ від 19 лютого 2009 р. в справі «Доронин проти України»).

Наприклад, адміністративне затримання у зв'язку з порушенням правил обігу наркотичних засобів допускається до трьох і навіть до 10 діб для встановлення особи, з'ясування обставин придбання вилучених наркотиків – просто з дозволу прокурора (ст. 263 КАП); час такого затримання судом не контролюється і використовується фактично для розслідування кримінальної справи.

До осіб, які вчинили кримінальні проступки, під час кримінального провадження не будуть застосовуватися затримання і тримання під вартою;

5) надання гарантій судового захисту прав людини щодо застосування покарань, пов'язаних з обмеженням конституційних прав (йдеться про конфіскацію майна, виправні роботи, громадські роботи, короткостроковий арешт тощо) на підставі вимог ст. 6 ЄКПЛ. Жодний інший державний орган, крім суду, не може ухвалювати рішення щодо застосування зазначених покарань;

6) дотримання міжнародних зобов'язань. Деякі міжнародні договори передбачають необхідність установаження саме кримінальної відповідальності за певні діяння, наприклад, пов'язані з автотранспортом. Однак останні за ступенем своєї небезпеки є кримінальними проступ-

ками і не можуть бути віднесені до категорії злочинів. Існування лише одного виду кримінально каранних діянь (злочинів) змушує законодавця визнавати такі протиправні дії злочинами з усіма правовими наслідками, що випливають з цього;

7) оптимізація діяльності органів кримінальної юстиції щодо виявлення, розслідування та судового розгляду кримінальних справ. Прокурори і слідчі не зможуть відмовити у кримінальному розслідуванні з посиланням на нібито малозначність діяння ні потерпілому від крадіжки мобільного телефону, ні потерпілому від побоїв. Реєстрації і розслідуванню підлягатимуть однаково як злочини, так і кримінальні проступки.

Реформа к.пр. має вирішити ще одне важливе завдання – допомогти здійснити реформу інституту адміністративних проступків.

З метою здійснення зазначеної реформи підготовлено проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України» (реєстр. № 4712 від 16 квітня 2014 р.)^{*}. Ним, зокрема, пропонується визнавати кримінальним проступком передбачене Загальною частиною та Книгою 2 Особливої частини цього Кодексу суспільно небезпечне винне діяння (дію або бездіяльність), вчинене суб'єктом проступку, за відсутності у цьому діянні ознак злочину; при цьому Особлива частина КК поділяється на дві книги – Книга 1 «Злочини» і Книга 2 «Кримінальні проступки».

Звісно, наведене визначення кримінального проступку є суто формальним. Якщо говорити про сутнісну відмінність між злочином та кримінальним проступком, з одного боку, і кримінальним та адміністративним проступком, з іншого, то її критеріями є тяжкість і характер діяння. На наш погляд, це можна визначити таким чином:

– **злочин** – це діяння, яке: а) спричиняє значну (наприклад, середньої тяжкості тілесні ушкодження) або тяжку шкоду (тяжкі тілесні ушкодження чи смерть) або б) створює небезпеку заподіяння тяжкої шкоди (наприклад, коли йдеться про створення банди або про державну зраду);

– **кримінальний проступок** – це діяння, яке: а) заподіює істотну шкоду інтересам фізичної чи юридичної особи, суспільства, держави або міжнародного правопорядку, що не є значною (скажімо, легкі тілесні ушкодження) або б) створює небезпеку заподіяння значної шкоди (зокрема, небезпека значного зараження навколишнього природного середовища);

– **адміністративним проступком** є проступок у сфері управління, що полягає в самому по собі порушенні певних правил, порядків, інструкцій особами, на яких покладено обов'язок з їх дотримання, та якщо це не спричинило істотної шкоди.

^{*} http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50664

Для того, щоб визначення цих категорій працювали на практиці, необхідно безпосередньо у кримінальному законі визначити також, що саме є істотною, значною та тяжкою шкодою. Наприклад, так:

тяжка шкода – такі наслідки у випадках, коли вони не зазначені як ознаки складу злочину, передбаченого КК: тяжкі тілесні ушкодження, заподіяні одній особі, а так само двом або більше особам, у тому числі в результаті масового захворювання (епідемії), зараження, опромінення або отруєння; зараження особи вірусом імунодефіциту людини або іншої невиліковної інфекційної хвороби; тривале (понад тридцять днів) незаконне позбавлення людини волі; техногенна катастрофа, екологічне лихо або надзвичайна екологічна ситуація; велика або особливо велика матеріальна шкода (її розмір встановлюється законом), у тому числі в результаті епізоотії або масової загибелі тварин чи рослин; підлив безпеки держави; зрив виконання бойового завдання.

Різновидом тяжкої шкоди є особливо тяжка шкода. Нею є смерть людини, у тому числі в результаті самогубства потерпілого, а так само смерть двох або більш осіб;

значна шкода – такі наслідки, якщо вони не зазначені в законі як тяжка або особливо тяжка шкода та у випадках, коли вони не зазначені як ознаки складу злочину, передбаченого КК: середньої тяжкості тілесні ушкодження двом або більше особам; порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина; значне забруднення, отруєння чи зараження навколишнього природного середовища (встановлюється законом залежно від території, часу та інших критеріїв); значна матеріальна шкода (її розмір встановлюється законом); тривале порушення нормальної роботи державного органу, підприємства, установи або організації незалежно від форми власності; інші наслідки, що явно свідчать про значущість заподіяної шкоди.

На відміну від тяжкої шкоди, перелік проявів значної шкоди може бути невичерпним.

Розміри матеріальної шкоди та усі інші можливі розміри повинні бути визначені математично.

2.1.3. Склад кримінального правопорушення

2.1.3.1. Відповідно до ч. 1 ст. 2 КК підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом, а згідно з п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК кримінальне провадження закривається в разі, якщо встановлена відсутність в діянні складу к.пр.

Про **склад злочину** згадується і в ч. 1 ст. 13, ч. 2 ст. 17, ч. 2 ст. 258-3, ч. 4 ст. 258-5 КК, але його поняття не дається. Його – як абстрактну юридичну конструкцію – сформулювала наука кримінального права для того, щоб дати можливість правозастосовним органам використати в цій конструкції усю сукупність встановлених законом (і Особливою, і Загальною частинами закону про кримінальну відповідальність) об'єктивних і суб'єктивних ознак (властивостей) конкретного виду к.пр.

Конструкція складу к.пр. є, так би мовити, шаблоном (трафаретом, лекалом, зразком), який дозволяє приміряти конкретне вчинене діяння до усіх ознак к.пр. – об'єктивних та суб'єктивних, що містяться в

різних частинах, розділах, статтях (частинах і пунктах статей) КК. Якщо у цьому конкретному діянні немає хоча б однієї необхідної ознаки відповідного складу злочину, то це означає, що у ньому взагалі немає цього складу злочину.

Так, складу грабежу, передбаченого ч. 1 ст. 186 КК, не буде, якщо немає визначеного законом суб'єкта (скажімо, золоту обручку поцупила ворона чи маленька дитина), або вини (обручку одягнув на палець підсліпуватий родич, вважаючи її своєю), або об'єкта (було викрадене не звичайне майно, а вибухова речовина), або потерпілого (відбулось заволодіння на полі бою речами, що знаходились при вбитих), або способу (викрадення було вчинене у сплячої людини, тобто було таємним). У двох перших випадках йдеться про відсутність будь-якого складу злочину, а в інших – про відсутність конкретного складу грабежу, але можливу наявність складу іншого злочину: спеціального виду грабежу, мародерства чи крадіжки.

2.1.3.2. Склад к.пр. як будь-яка юридична конструкція має свою внутрішню структуру: елементи складу, їх співвідношення та взаємозв'язок. Кожен з елементів характеризують властиві лише йому ознаки (див. табл. 5).

Таблиця 5. **Елементи і ознаки складу кримінального правопорушення**

Суб'єкт	Суб'єктивна сторона	Об'єктивна сторона	Об'єкт
Належність до фізичних осіб	Вина у формі умислу та/або необережності	Суспільно небезпечне діяння (дія або бездіяльність)	Суспільні відносини, які охороняє КК
Осудність	Мотив	Суспільно небезпечні наслідки	Предмет
Досягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність	Мета (спрямованість діяння)	Причинний зв'язок між діянням і наслідками	Потерпілий
Належність до спеціальних суб'єктів	Емоційний стан	Спосіб, місце, час, знаряддя, засоби, обстановка (ситуація)	

Серед цих ознак є такі, що властиві всім к.пр. без винятку (обов'язкові). Це: а) суспільні відносини, що охороняються кримінальним законом; б) суспільно небезпечне діяння; в) ознаки загального суб'єкта (фізична особа, осудність і певний вік); г) вина.

Решту ознак прийнято іменувати факультативними (необов'язковими). Так, спосіб вчинення конкретного діяння (загальнонебезпечний чи інший), мета (корислива чи інша), потерпілий (наприклад, дитина, вагітна жінка) тощо можуть бути, а можуть і не бути зазначені в законі. Якщо ці ознаки зазначені в законі (мається на увазі, як правило, диспозиція статті Особливої частини КК), то вони вважаються обов'язковими для конкретного складу к.пр., і їхня відсутність свідчить про відсутність

цього складу к.пр. в діях або бездіяльності особи. Якщо ці (факультативні) ознаки не зазначені в законі, то для складу цього к.пр. вони не мають значення. Утім, відповідь на питання про те, чи зазначені вони в законі, не завжди лежить на поверхні, і до нього необхідно підходити прискіпливо. Скажімо, у ст. 373 КК, де йдеться про примушування давати показання, про потерпілого прямо не згадується, але його відсутність свідчила б про відсутність складу злочину.

2.1.3.3. Виходячи із закономірностей, яким підпорядкована їхня побудова, виділяють такі **види складів** к.пр.:

1) *за ступенем суспільної небезпеки*:

– основний – це склад к.пр. певного виду без обтяжуючих (кваліфікуючих) та пом'якшуючих обставин (наприклад, просте умисне вбивство – ч. 1 ст. 115, крадіжка – ч. 1 ст. 185);

– кваліфікований – склад к.пр. з обтяжуючими ознаками (наприклад, умисне вбивство за обтяжуючих обставин – ч. 2 ст. 115, крадіжка, передбачена ч. 2 ст. 185);

– особливо кваліфікований – склад к.пр. з особливо обтяжуючими ознаками, тобто з ознаками, які додають йому особливої суспільної небезпеки (крадіжка, передбачена частинами 3 і 4 ст. 185);

– привілейований (із пом'якшуючими обставинами) – склад к.пр. з ознаками, що порівняно з основним складом певною мірою знижують його суспільну небезпеку (умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини, умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони – ст.ст. 116–118 КК).

На жаль, український законодавець не любить будувати привілейовані склади. А ось як побудовані зазначені види складів викрадення і незаконного позбавлення волі у ст.ст. 224-1–224-5 КК Франції (**див. табл. 6**);

Таблиця 6. **Викрадення і незаконне позбавлення волі у КК Франції**

Склад	Зміст діяння	Строк ув'язнення
простий	незаконні арешт, викрадення особи, її затримання чи позбавлення волі	20 років
кваліфікований	те саме, якщо потерпілому заподіяно каліцтво чи хронічне захворювання	30 років
особливо кваліфікований	незаконні арешт, викрадення особи, її затримання чи позбавлення волі, поєднане з тортурами або таке, що спричинило смерть потерпілого	довічне
привілейований	незаконні затримання чи позбавлення волі, якщо особа добровільно звільнена до настання семи діб з моменту захоплення	5 років
кваліфікований	незаконні арешт, викрадення особи, її затримання чи позбавлення волі, вчинені організованою бандою або щодо кількох осіб	30 років

змішаний	те саме, якщо особа (усі особи) добровільно звільнена (звільнені) до настання семі діб з моменту захоплення, їй (їм) не заподіяно каліцтво, хронічне захворювання, до неї (них) не застосовувались тортури	10 років
кваліфікований	незаконні арешт, викрадення особи, її затримання чи позбавлення волі, поєднані з використанням особи як заручника	30 років
привілейований	те саме, якщо особа добровільно звільнена до настання семі діб з моменту захоплення, їй не заподіяно каліцтво, хронічне захворювання, до неї не застосовувались тортури	10 років
особливо кваліфікований	незаконні арешт, викрадення особи, її затримання чи позбавлення волі, у т.ч. за кваліфікуючих обставин, вчинені щодо особи, яка не досягла 15-річного віку	довічне замість 30 років; 30 замість 20 років

2) за способом опису к.пр. в законі:

– простий склад – містить опис ознак одного діяння, що посягає на один об'єкт, вчиняється однією дією (бездіяльністю) і характеризується однією формою вини (наприклад, склад грабежу, передбачений ч. 1 ст. 186 КК);

– складений – характеризується наявністю: а) двох чи кількох об'єктів (наприклад, склад розбою – ст. 187); б) двох чи кількох дій (видів бездіяльності), що утворюють об'єктивну сторону складу к.пр. (скажімо, привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання – ч. 2 ст. 191); в) двох форм вини – так званої складеної (змішаної) форми вини (умисне знищення чужого майна, яке спричинило загибель людей чи інші тяжкі наслідки – ч. 2 ст. 194 КК).

До числа складених належать також склади к.пр., об'єктивна сторона яких характеризується настанням різного роду наслідків (наприклад, масове захворювання людей, їх загибель чи інші тяжкі наслідки) або різними способами вчинення к.пр. (наприклад, обман чи зловживання довірою);

3) за конструкцією об'єктивної сторони – к.пр.:

– з матеріальним складом – в них суспільно небезпечні наслідки є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони, а тому злочин вважається закінченим, коли ці наслідки (смерть потерпілого, велика шкода тощо) настали;

– з формальним складом – в них суспільно небезпечні наслідки прямо не згадуються, вони не є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони, а тому злочин вважається закінченим з моменту вчинення зазначених у законі дій (бездіяльності). Насправді к.пр. без наслідків не буває (адже ознакою будь-якого к.пр. є суспільна небезпечність, а її характеризує згідно із прямою вказівкою закону істотна шкода або загроза її заподіяння), але у к.пр. з формальним складом вони ніби перебувають за межами складу.

Наприклад, суспільно небезпечним наслідком проведення абортів особою, яка не має спеціальної медичної освіти, є створення небезпеки для життя і здоров'я вагітної жінки, суспільно небезпечним наслідком грубого порушен-

ня законодавства про працю – порушення конституційних прав людини, суспільно небезпечним наслідком дезертирства – дезорганізація, що полягає в порушенні порядку проходження військової служби.

Різновидом к.пр. з формальним складом є так звані усічені склади. Вони так само вважаються закінченими з моменту вчинення зазначених у законі дій (бездіяльності), але ці дії описуються як замах або готування.

Наприклад, на відміну від грабежу розбій вважається закінченим не з моменту заволодіння майном, а з моменту нападу, бандитизм – не з моменту першого нападу, а вже з моменту організації банди тощо.

За іншими критеріями в літературі виділяють й інші види складів к.пр.

2.1.3.4. Склад к.пр. виконує, зокрема, такі **функції**:

1) *фундаментальна* – він є передбаченою законом єдиною, необхідною і достатньою підставою кримінальної відповідальності. Точне встановлення складу к.пр. є гарантією забезпечення законності та дотримання прав людини;

2) *розмежувальна (кваліфікаційна)* – саме за допомогою складу к.пр. відмежовується кримінально протиправна поведінка від правомірної, к.пр. від інших правопорушень, а один склад к.пр. від іншого;

3) *процесуальна* – встановлення складу к.пр. визначає межі кримінального провадження. Факти, які не стосуються складу к.пр., як правило, не підлягають доведенню (незначні винятки – доведення обставин, що мають значення для призначення покарання, цивільного позову у кримінальному провадженні тощо).

2.1.4. Кримінально-правова кваліфікація

2.1.4.1. **Кримінально-правова кваліфікація** (від лат. *qualis* – якість, *qualificare* – визначати якість, домагатися якості) полягає у визначенні того, чи передбачене вчинене особою діяння КК та якою саме його статтею (статтями) або частиною статті (частинами статей), і чи не вчинене воно за обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння або кримінальну відповідальність особи.

Отже, кримінально-правова кваліфікація, з одного боку, коли ми говоримо про неї як про діяльність, – це процес оціночно-пізнавальної діяльності відповідних суб'єктів (у кримінальному процесі), а з іншого, коли ми говоримо про правильну чи неправильну кримінально-правову кваліфікацію як про підсумок оціночно-пізнавальної діяльності, – це результат (у кримінальному праві).

Значення правильної кримінально-правової кваліфікації полягає у тому, що:

а) вона гарантує дотримання кримінально-правових принципів законності, юридичної визначеності, рівності громадян перед законом, вини;

б) забезпечуючи правильне застосування кримінального закону, водночас вона є умовою правильного застосування кримінального процесуального, кримінально-виконавчого та деяких інших законів (про амністію тощо);

в) без неї неможливе призначення законного і справедливого покарання, тобто вона є однією з умов дотримання принципів справедливості, індивідуалізації покарання і гуманізму;

г) вона дає можливість точно відобразити стан, структуру та інші показники щодо к.пр. у статистичних даних, зробити правильні висновки при узагальненні судової практики, грамотно підготувати програми протидії злочинності та іншим правопорушенням.

На відміну від поняття «кримінально-правова кваліфікація» поняття «кваліфікація к.пр.», яке є більш вузьким, означає лише визначення того, якою саме статтею (статтями) або частиною статті (частинами статей) КК передбачене вчинене особою діяння.

2.1.4.2. В теорії існують різноманітні критерії поділу кримінально-правової кваліфікації та її відповідні **види**: за стадією здійснення (первинна, попередня і остаточна) і за стадією к.пр., яке оцінюється (кваліфікація готування до злочину, замаху на злочин і закінченого злочину), залежно від виду співучасника, діяння якого кваліфікується (кваліфікація дій виконавця, організатора, підбурювача і пособника), тощо. Але не всі класифікації мають велике практичне значення. Тому розглянемо лише дві з них.

Залежно від **правильності** кримінально-правової кваліфікації вона може бути:

1) правильна – ознаки складу конкретного к.пр. повністю збігаються з юридичними ознаками складу відповідного к.пр. (як складні вирізи на бородці дубліката ключа, виготовленого в майстерні, повністю збігаються з вирізами на бородці зразка ключа, і ці, й інші підходять до замка);

2) неправильна – з відповідними юридичними ознаками не збігається хоча б одна ознака складу конкретного к.пр.

Наприклад, зразок – теоретична модель юридичного складу «опір представникові влади під час виконання ним службових обов'язків» (ч. 1 ст. 342 КК) вимагає сукупності таких ознак, зокрема: об'єкт (суспільні відносини, що охороняються законом про кримінальну відповідальність), потерпілий (представник влади), дія (опір – активна фізична протидія), час (під час виконання службових обов'язків). Але слідчий, неправильно оцінивши фактичні дані (скажімо, голова сільради, перебуваючи у нетверезому стані, почав бити громадянина кулаками за те, що той займався риболовлю біля приватного ставка, у відповідь на що і виникла активна фізична протидія – як необхідна оборона), здійснив неправильну кримінально-правову кваліфікацію.

За **суб'єктом** її здійснення слід розрізняти:

1) попередню офіційну кваліфікацію – здійснюється у кримінальному провадженні уповноваженими на те державою особами (слідчим, керів-

ником органу досудового розслідування, прокурором, слідчим суддею). Її результати закріплюються в процесуальних документах (клопотаннях, постановвах слідчого, прокурора, письмовому повідомленні про підозру, обвинувальному акті, а також ухвалах слідчого судді), вносяться до Єдиного реєстру досудових розслідувань і згідно з КПК мають обов'язковий характер для усіх чи окремих учасників кримінального провадження. Так, відповідно до КПК повинні здійснювати правову кваліфікацію к.пр. за законом про кримінальну відповідальність такі суб'єкти:

– слідчий, прокурор при: внесенні відомостей про к.пр. до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ст. 214); зверненні до слідчого судді з клопотанням про застосування запобіжних та інших заходів забезпечення кримінального провадження (розділ II), проведення обшуку (ст. 234), звільнення від кримінальної відповідальності (ст. 287), продовження строку досудового розслідування (ст. 295); складанні письмового повідомлення про підозру та внесенні відповідних даних до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ст.ст. 277–278); складанні обвинувального акта (ст. 291); укладенні угоди про визнання винуватості (ст. 472); складанні запиту про міжнародну правову допомогу (ст. 552);

– захисник – при зверненні до слідчого судді з клопотанням про залучення експерта (ст. 244);

– слідчий, прокурор або захисник – при зверненні до слідчого судді з клопотанням про надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії (ст. 248);

2) остаточну офіційну кваліфікацію – здійснюється у кримінальному провадженні судом. Її результати закріплюються у вирокі, ухвалах і згідно з КПК мають обов'язковий характер (зокрема: вирок або ухвала суду, які набрали законної сили, – для осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, а також для усіх фізичних та юридичних осіб, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх службових осіб; ухвала касаційного суду – для суду першої чи апеляційної інстанції при новому розгляді; ухвала ВС – для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності відповідну норму закону, та для всіх судів України).

3) напівофіційну – може здійснюватися у кримінальному провадженні за дорученням судді-доповідача ВС відповідними фахівцями науково-консультативної ради при ВС, закріплюється в науковому висновку щодо норми закону про кримінальну відповідальність, яка неоднаково застосована судом касаційної інстанції щодо подібних суспільно небезпечних діянь, і може бути врахована при перегляді відповідного судового рішення ВС (ст. 452 КПК);

4) неофіційну – здійснюється науковцями та іншими особами, які з різних причин вважають себе фахівцями у галузі кримінального права, в наукових чи публіцистичних статтях, монографіях, підручниках, навчальних посібниках, усних виступах тощо. Така кваліфікація не має

обов'язкового характеру, відображає лише позицію автора, але може бути правильною і враховуватись суб'єктами напівофіційної та офіційної кваліфікації.

2.1.4.3. Кримінально-правова кваліфікація як оціночно-пізнавальний процес відбувається не блискавично і має певні стадії (етапи). Їх послідовне проходження чи пропуск окремих з них залежить від складності предмету кримінально-правової кваліфікації. Одна справа – створити засідку і зловити з поличним браконьєра – у цьому випадку кваліфікація його дій не буде викликати значних сумнівів. Інша справа – кримінально-правова кваліфікація численних пов'язаних між собою діянь, що полягали в контрабанді наркотичних засобів з наступним їх перевезенням, збутом і використанням здобутих від цього коштів.

Найчастіше **стадіями** кримінально-правової кваліфікації є встановлення:

- 1) факту правопорушення і відмежування його від правомірної поведінки, зловживання правом та об'єктивно протиправної поведінки;
- 2) факту, що це правопорушення є кримінальним, – шляхом поступового виключення можливості його оцінки як адміністративного, дисциплінарного, цивільно-правового, трудового тощо;
- 3) групи кримінально-правових норм, які містять схожі за змістом ознаки (у разі сукупності правопорушень – відразу двох чи кількох таких груп);
- 4) можливої наявності обставин, які можуть виключити кваліфікацію діяння як к.пр. (наприклад, необхідної оборони, малозначності тощо);
- 5) конкретної статті (частини статті, її пункту), яка – з урахуванням відповідних інших положень КК, зокрема його Загальної частини, – містить юридичний склад к.пр., ознаки якого повністю збігаються із фактичними обставинами правопорушення, як вони встановлені під час кримінального провадження, а у разі сукупності правопорушень – відразу двох чи кількох таких статей (частин статей, їх пунктів).

2.1.4.4. В обвинувальному акті, вироку, ухвалі суду, інших документах, що складаються за результатами кримінально-правової кваліфікації, насамперед офіційної, висновки останньої закріплюються за допомогою так званої формули кваліфікації (ФК).

Формула кваліфікації – це наближена до математичної сукупність цифрових та буквених позначок, скорочене умовне визначення статей, частин і пунктів статей Загальної та Особливої частин КК, якими передбачена відповідальність за вчинене діяння. Зазвичай спочатку, якщо це потрібно (зокрема, коли йдеться про замах на к.пр. або про співучасть в ньому) вказуються пункти, частини відповідної статті Загальної частини, а після них – пункти, частини відповідної статті (у разі сукупності к.пр. – статей) Особливої частини КК.

Щодо кожного співучасника к.пр., якщо вони вчинювались у співучасті, формулу кваліфікації слід записувати окремо.

Із лаконічного запису такої формули кваліфікації: ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 187, ч. 2 ст. 263, ч. 3 ст. 342 КК, – навіть не знаючи обставин справи, юрист зрозуміє, що особу засуджено за те, що вона, по-перше, виконала усі дії, які вважала необхідними для здійснення такого, що супроводжувався проникненням в житло чи інше приміщення, нападу з метою заволодіння чужим майном, поєданого з небезпечним насильством чи погрозою застосування такого насильства, але з причин, які не залежали від її волі, цей напад не був здійсненим (скоріше за все – була затримана на місці вчинення злочину); по-друге, напевно, саме під час затримання вчинила опір працівникам правоохоронних органів та примушувала їх шляхом насильства чи погрози застосування насильства до виконання явно незаконних дій (скоріше за все – вимагала не затримувати її); по-третє, вона певний час незаконно носила при собі кинджал чи іншу холодну зброю (напевно, нею і погрожувала під час здійснення опору). Отже, картина злочину ніби намальована цифрами.

2.1.4.5. Кримінально-правова кваліфікація має не лише ознаки, види, стадії, а й *принципи, правила* тощо. Вона вивчається як окрема юридична дисципліна, при цьому поділяється на десятки тем і параграфів і містить сотні наукових і практичних нюансів. Судова та інша юридична практика, наукова доктрина постійно ставлять нові й нові питання перед кримінально-правовою кваліфікацією і самі вчать правильно відповідати на них. Кримінально-правовій кваліфікації, з огляду на її неоціненне значення, присвячено чимало монографій, підручників, наукових статей.

Незважаючи на те, що кваліфікація діяння є центральною частиною процесу застосування закону про кримінальну відповідальність, до сьогодні правила кваліфікації існують в Україні здебільшого у вигляді теоретичних положень і у КК не визначені. У деяких статтях КК (ст.ст. 9, 29, 33, 35, 66, 67) лише згадується термін «кваліфікація», але що стосується власне правил кваліфікації, до них можна віднести лише одне: за сукупності злочинів кожен з них підлягає кваліфікації за відповідною статтею або частиною статті Особливої частини цього Кодексу (ч. 2 ст. 33).

Між тим, світовий досвід подає й інші приклади. Так, досить чітко правила кваліфікації злочинів визначені у КК Білорусі (ст.ст. 13, 14, 42), Молдови (глава XII Загальної частини), Грузії (ст.ст. 16, 18, 19), Казахстану (ст.ст. 11, 12, 24, 25, 29), Польщі (ст. 11), Іспанії (ст. 8). Стаття 113 КК Молдови дає таке поняття кваліфікації злочину: визначення і юридичне встановлення точної відповідності ознак вчиненого шкідливого діяння ознакам злочину, передбаченого кримінально-правовою нормою, – а у ст.ст. 114–118 цього Кодексу містяться детальні правила кваліфікації злочинів: за сукупності злочинів і при конкуренції кримінально-правових норм.

У КК України необхідно було б визначити принаймні таке. Якщо одне к.пр. передбачене одночасно двома чи більше статтями (частинами статей) (конкуренція кримінально-правових норм), то вибір тієї з них, яка підлягає застосуванню, здійснюється відповідно до таких **правил кримінально-правової кваліфікації**:

1) кваліфікація при конкуренції загальної і спеціальної норм (спеціальною є норма, яка передбачає відповідальність за те саме діяння, що і загальна, але містить додаткові ознаки складу к.пр., яких не містить загальна норма) та конкуренції цілого і частини:

– якщо діяння передбачене статтями (частинами статей), що містять одночасно і загальну, і спеціальну норми, то застосовується тільки стаття (частина статті), що містить спеціальну норму (наприклад, стаття про знищення особливого виду майна, а не про знищення майна взагалі);

– стаття (частина статті), що містить норму, яка охоплює вчинене діяння в цілому, має перевагу у застосуванні перед статтею (частиною статті), що містить норму, яка охоплює частину вчиненого діяння. Таку перевагу має, зокрема, норма про закінчений злочин над нормою про незакінчений злочин, норма про виконання к.пр. над нормою про співучасть у ньому організатора, підбурювача чи пособника, норма про складене к.пр. (враховану законодавцем сукупність к.пр.) над нормою, що передбачає складову такого правопорушення;

2) кваліфікація при конкуренції двох спеціальних норм:

– стаття (частина статті), що передбачає спеціальну норму про к.пр. з пом'якшуючими ознаками, має перевагу у застосуванні перед статтею, що передбачає спеціальну норму про к.пр. з обтяжуючими (кваліфікуючими) ознаками;

– з кількох статей (частин статей), що містять спеціальні норми з пом'якшуючими ознаками, перевага у застосуванні надається статті (частині статті), що передбачає найм'якше покарання;

– з кількох статей (частин статей), що містять спеціальні норми з обтяжуючими (кваліфікуючими) ознаками, перевага у застосуванні надається статті (частині статті), яка передбачає найбільш суворе покарання;

– в інших випадках при конкуренції двох спеціальних норм застосовується норма, яка передбачає менш сувору відповідальність, чи застосування якої іншим чином поліпшує становище особи.

Нормативне закріплення правил кримінально-правової кваліфікації допомогло б уникнути багатьох помилок при такій кваліфікації, сприяло б уніфікації слідчо-прокурорської і судової практики, дозволило б уникнути зайвих наукових спорів і звільнило б час і сили науковців і практиків для вирішення більш важливих завдань щодо запобігання і протидії злочинності.

Автор цього підрозділу, який у 2014 р. був запрошений як іноземний експерт для розробки нового КК Киргизької Республіки, сформулював у проекті цього КК три спеціальних правила кримінально-правової кваліфікації, які були прийняті киргизькими фахівцями. Так, у випадку, коли:

1) в результаті вчиненого особою умисного або необережного злочину настали особливо тяжкі наслідки (ними визнаються смерть особи, у т.ч. в результаті самогубства, а також смерть двох чи більше людей), якщо вони прямо не зазначені як ознака складу злочину, кваліфікація здійснюється за статтею (частиною статті) Особливої частини КК, що передбачає вчинене особою діяння, і за відповідною статтею (частиною статті) КК, що передбачає відповідальність за вбивство або заподіяння смерті з необережності, доведення до самогубства або підбурювання до самогубства;

2) діяння вчинене особою у складі або в інтересах організованої групи чи злочинної організації, кваліфікація здійснюється за статтею (частиною статті) Особливої частини КК, що передбачає вчинене особою діяння, і за відповідною статтею (частиною статті), що передбачає відповідальність за створення організованої групи або злочинної організації, керівництво ними чи участь у них. Це положення не застосовується у випадках притягнення особи до кримінальної відповідальності за організацію (створення) банди, збройного формування, іншої організованої групи чи злочинної організації зі спеціальними ознаками, а також за керівництво ними або участь у них;

3) діяння вчинене службовою особою з використанням свого службового становища, кваліфікація здійснюється за статтею (частиною статті) Особливої частини КК, що передбачає вчинене особою діяння, і за відповідною статтею (частиною статті), що передбачає відповідальність за зловживання владою чи службовим становищем. Це положення не застосовується у випадках, коли вчинення злочину службовою особою як спеціальним суб'єктом прямо зазначене як ознака складу злочину.

Це дозволило виключити із десятків статей Особливої частини КК повторення одних і тих самих кваліфікуючих ознак і уніфікувати положення КК відповідно до принципів рівності усіх перед законом та справедливості. При цьому в усіх трьох випадках покарання має призначатися з урахуванням правил призначення покарання за сукупністю злочинів.

Література

- Кривоченко Л.М. Класифікація злочинів у кримінальному праві України. – Харків: Право, 2010. – 129 с.
- Марцев А. Состав преступления: структура и виды // Уголовное право. – 2005. – № 2. – С. 47–49.
- Кваліфікація злочинів: Навч. посібн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – К.: Істина, 2010. – 430 с.

Запитання і завдання

1. Поясніть, чим матеріальне поняття к.пр. відрізняється від формального?
2. Як ви розумієте суспільну небезпечність? Які дві ознаки вона має?
3. Вивчіть напам'ять елементи і ознаки складу к.пр. Без цього ви не зможете просуватися далі у вивченні кримінального права. Які з цих ознак вважаються обов'язковими, а які – факультативними?
4. Розкрийте і поясніть таку формулу кваліфікації: ч. 3 ст. 15, ст. 116, ч. 1 ст. 263 КК України.

Рекомендуємо прочитати

- Ольга Кобилянська «Земля».
- Антон Чехов «Шведський сірник».
- Валентин Распутін «Уроки французької».
- Рей Бредбері «Спогади про вбивство».
- Джек Лондон «Вбити людину».

Радимо подивитись

- Актентат: Осіннє вбивство в Мюнхені (Україна, 1995, режисер Олесь Янчук).
- Пожнеш бурю (США, 1960, режисер Стенлі Крамер).
- Бандитський Йоганнесбург (ПАР, 2008, режисер Ральф Зіман).
- Кримінальне читиво (США, 1994, режисер Квентін Тарантіно).

2.2. Суб'єкт кримінального правопорушення

2.2.1. Особа як суб'єкт кримінального правопорушення

2.2.1.1. **Суб'єкт кримінального правопорушення** – це елемент складу к.пр., що характеризується сукупністю відповідних ознак, за наявності яких особа може нести кримінальну відповідальність за вчинене нею кримінально протиправне суспільно небезпечне винне діяння (дію або бездіяльність).

Відповідно до частин 1 і 2 ст. 18 КК суб'єктом к.пр. взагалі є фізична осудна особа, яка вчинила к.пр. у віці, з якого відповідно до цього Кодексу може наставати кримінальна відповідальність, а спеціальним суб'єктом – така сама особа, яка вчинила к.пр., суб'єктом якого може бути лише певна особа.

Отже, визначеними законом загальними обов'язковими ознаками суб'єкта к.пр. є:

- 1) належність до фізичних осіб, тобто людей;
- 2) осудність;
- 3) досягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність.

Їхня обов'язковість означає, що відсутність однієї з них тягне відсутність у діянні особи складу к.пр. Загальні ознаки суб'єкта к.пр. не згадуються в диспозиціях норм Особливої частини КК, оскільки є обов'язковими для всіх складів к.пр.

2.2.1.2. Обмеження кола можливих суб'єктів к.пр. **фізичними особами** означає, що його суб'єктом за КК не можуть бути:

– люди, які фізично більше не існують (тобто померлі, які перед тим вчинили к.пр.);

– юридичні особи. За діяння, що мали місце у процесі діяльності юридичної особи (наприклад, за рішення, прийняті її керівником, його заступником, іншими особами, які уповноважені виступати від її імені), несе кримінальну відповідальність винна фізична особа, яка вчинила такі діяння. До юридичних осіб, починаючи з 1 вересня 2014 р. будуть застосовуватися заходи кримінально-правового характеру, однак вони не є кримінальною відповідальністю, а юридична особа не визнається ані суб'єктом к.пр., ані суб'єктом кримінальної відповідальності. Це випливає зокрема з того, що одночасно із встановленням заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб законодавець не згадав про них у ст. 18 КК. Проте юридичні особи є суб'єктом адміністративних, цивільних, фінансових, інших правопорушень і суб'єктом відповідних видів юридичної відповідальності (докладніше про кримінальну відповідальність юридичних осіб – в підрозділі 3.4 цього посібника);

– тварини, предмети чи сили природи.

Так було не завжди. Наприклад, у Франції в 1457 р. за вбивство дитини була повішена свиня, а в Англії у 1662 р. за скотолозство разом з людиною на ім'я Поттер страчені корова, дві телиці, три вівці і дві свині. У франко-британській художній кінострічці «Година свині» режисера Леслі Меґахі, заснованій на реальних подіях, показано: в архівах судів Франції є понад 90 записів про суди над тваринами, які мали місце в 1403–1596 рр.; у більшості випадків обвинувачені тварини були страчені, хоча в деяких випадках захисники домоглися їх виправдання.

Суб'єктом к.пр. можуть бути будь-які фізичні особи – громадяни України, особи без громадянства (апатриди) та іноземці. Питання про кримінальну відповідальність дипломатичних представників іноземних держав та інших громадян, які відповідно до міжнародних угод і чинного законодавства не підлягають юрисдикції українського суду, розв'язуються дипломатичним шляхом. Але це не виключає останніх з кола суб'єктів к.пр.

2.2.1.3. Слід розрізняти поняття «суб'єкт к.пр.» та «особа кримінального правопорушника». Останнє є міжгалузевим, тобто предметом як кримінального права, так і кримінології (в її вузькому розумінні), а також кримінально-виконавчого права, судової психології тощо. У кримінальному праві проблема особи кримінального правопорушника має значення для індивідуалізації кримінального покарання, вирішення питань звільнення від кримінальної відповідальності та покарання. У багатьох статтях КК вказується на необхідність враховувати особу винного, її біологічні, соціально-демографічні, морально-психологічні, психофізичні та інші властивості: індивідуальні особливості, взаємовідносини з іншими людьми, систему соціальних пріоритетів, поведінку до і після вчинення к.пр. (зокрема, це ст.ст. 65, 66, 67, 69, 45–48, ч. 4 ст. 74, ст.ст. 75–79, 81).

Уявлення про осіб, які засуджені за вчинення злочинів у 2013 р., можна скласти, ознайомившись зі статистичними даними ДСА.

Отже, із засуджених в 2013 р. судами України 122973 осіб: 1407 (1,1%) – іноземці; 15505 (12,6%) – жінки. 18,3% осіб вчинили злочини у співучасті: 21973 – у складі групи осіб, 556 – організованої групи і 31 – злочинної організації. 29490 осіб вчинили злочини у стані алкогольного і 448 – у стані наркотичного сп'яніння (разом – чверть усіх засуджених).

На момент вчинення злочину вік засуджених: 54340 – від 30 до 50 років; 26243 – від 18 до 25 років; 24448 – від 25 до 30 років; 10985 – від 50 до 65 років; 4217 – від 16 до 18 років; 1694 – від 14 до 16 років; 1046 – від 65 років і старше. Отже, 85,4% – це особи віком від 18 до 50 років.

Заняття засуджених: 85321 – працездатні, які не працювали і не навчалися, 5720 – безробітні і ще 4113 – пенсіонери, у т.ч. інваліди (разом – це 77,4%); 12172 – робітники; 3905 – учні шкіл; 2032 – студенти; 1816 – приватні підприємці; 1054 – державні службовці; 422 – особи, які утримувалися в установі виконання покарань, під вартою; 251 – військовослужбовці; 192 – лікарі, фармацевти; 186 – вчителі, викладачі.

Освіта засуджених: 52443 – повна і 27673 – базова загальна середня (разом – 65,1%); 27960 – професійно-технічна; 2799 – базова вища; 2730 – початкова загальна; 8692 – повна вища; 676 – без освіти.

Кількість засуджених, які мають незняту і непогашену судимість: 34365, із них дві судимості – 6146, три і більше судимостей – 8788 осіб. Раніше вчинили злочин, але були звільнені від кримінальної відповідальності – 657 осіб, судилися, але визнані такими, що не мають судимості, – 6473 особи, судилися, але судимість погашена чи знята, – 12861 особа. Загалом осіб, які раніше вчиняли злочини, – 44,2%.

Таким чином, середній портрет українського злочинця: це громадянин України, чоловік віком близько 34 років, з середньою освітою, який з тих чи інших причин не працює. З цього можна зробити висновок, що суттєво зменшити злочинність можна за рахунок підвищення престижу освіти, створення нових робочих місць і стимулювання людей до праці.

2.2.2. Осудність та неосудність.

Вік, з якого настає кримінальна відповідальність

2.2.2.1. Суб'єктом к.пр. може бути лише осудна особа, тобто яка під час його вчинення могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними (ч. 1 ст. 19 КК). Неосудні особи позбавлені такої здатності і тому не можуть бути суб'єктом к.пр.

Питання про осудність особи виникає лише при вчиненні нею к.пр. і визначенні інтелектуального та вольового моментів її вини. В інших правових відносинах значення має дієздатність особи. Так, цивільно дієздатною є особа, яка усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними; фізична особа може бути визнана судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу нездатна усвідомлювати значення своїх дій та/або керувати ними (ч. 1 ст. 30, ч. 1 ст. 39 ЦК).

Осудність характеризується двома **критеріями**:

1) медичний (біологічний) – стан психіки, який дозволяє характеризувати особу як людину зі здоровою психікою, яка здатна правильно, адекватно оцінювати (усвідомлювати) різноманітні обставини та з різних варіантів за власним розсудом вільно обирати відповідний варіант поведінки;

2) юридичний (психологічний) – здатність особи повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) (їх фактичний зміст і суспільну небезпеку) та керувати ними під час вчинення к.пр.

Закон «Про психіатричну допомогу» передбачає, що кожна особа вважається такою, яка не має психічного розладу, доки інше не буде встановлено на підставах та в порядку, передбачених законом (презумпція психічного здоров'я). У зв'язку з цим питання про встановлення осудності виникає лише за наявності у суду сумнівів щодо психічного стану особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене КК. Якщо їх немає, то осудність презюмується.

2.2.2.2. Протилежність осудності – **неосудність**. Вона характеризує психічний стан особи під час вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого законом про кримінальну відповідальність, як такий, за якого вона нездатна усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки. Відповідно до ч. 2 ст. 19 КК не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка під час вчинення зазначеного діяння перебувала в стані неосудності.

Кількість людей з хворобливим станом психіки серед населення становить, за різними оцінками, від 2 до 5%. При цьому такий стан психіки значно частіше діагностують в осіб з протиправною поведінкою. З названих цифр можна приблизно судити про те, для якого відсотку осіб, що притягуються до кримінальної відповідальності, мають значення чіткі визначення понять неосудності, а також умови і порядок застосування медичних заходів примусового характеру.*

Зрозуміло, що застосування покарання до неосудних осіб є несправедливим і недоцільним через неможливість досягнути у такий спосіб визначених законом цілей покарання. До таких осіб за рішенням суду можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру (їх перелік визначено у розділі XIV Загальної частини КК). Їх цілями, на відміну від покарання, якраз і є лікування зазначених осіб, а також запобігання вчиненню ними суспільно небезпечних діянь.

* Коротченко А. Специфіка юридичного захисту психічно хворих // Український журнал про права людини. – 2005. – № 1 (1). – С. 37.

Неосудність, так само, як і осудність, характеризується двома **критеріями**, але зміст їх протилежний:

1) медичний критерій – характеризує особу як людину з хронічним психічним захворюванням, тимчасовим розладом психічної діяльності, недоумством або іншим хворобливим станом психіки. Конкретні види цих хворобливих станів вивчаються психіатрією і встановлюються за допомогою судово-психіатричної експертизи, яка відповідно до ч. 2 ст. 242 КПК є обов'язковою за наявності відомостей, які викликають сумнів щодо осудності, обмеженої осудності підозрюваного. Визнання особи неосудною є прерогативою суду;

2) юридичний – визначає нездатність особи усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними під час вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК.

2.2.2.3. Обмежена осудність – проміжний стан між осудністю і неосудністю, але все ж ближчий до осудності, різновид осудності. Необхідність законодавчого закріплення обмеженої осудності визначена зокрема тим, що: межа між осудністю і неосудністю не є певною, з математичною точністю прокресленою; майже половина осудних осіб із числа підданих судово-психіатричній експертизі виявляють ознаки психічних порушень не психотичного рівня, які обмежують здатність особи усвідомлювати свої дії та/або керувати ними, але не позбавляють такої здатності повністю; наявність таких психічних аномалій не може не враховуватись при призначенні покарання, бо інше суперечило б принципу індивідуалізації кримінальної відповідальності.

Згідно зі ст. 20 КК обмежено осудною визнається особа, яка під час вчинення к.пр. через наявний у неї психічний розлад не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та/або керувати ними.

Критерії обмеженої осудності ті самі:

1) медичний – характеризує особу як людину з психічним розладом, який не є хворобливим станом психіки. Такий розлад встановлюється за допомогою судово-психіатричної експертизи. Але визнання особи обмежено осудною є прерогативою суду, а не експерта (між тим звернення до Єдиного державного реєстру судових рішень показує, що суди часто помилково вказують у вироках, що обмежено осудним підсудного нібито визнано судово-психіатричною експертизою і навіть не вказують вид психічного розладу);

2) юридичний – нездатність особи повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та/або керувати ними під час вчинення к.пр.

До особи, визнаної обмежено осудною, яка вчинила к.пр., за необхідності суд може застосувати примусові заходи медичного характеру (ст. 93 КК). У багатьох випадках – з урахуванням характеру психічного розладу – в цьому немає потреби (наприклад, розумова відсталість у

дорослих осіб в Україні не лікується). Вчинення к.пр. обмежено осудною особою суди іноді визнають обставиною, що пом'якшує покарання (ч. 2 ст. 66 КК), або враховують іншим чином при призначенні покарання.

9 лютого 2011 р. Старокостянтинівський районний суд Хмельницької області засудив С. за ч. 3 ст. 185, ч. 2 ст. 297 КК до позбавлення волі строком на 3 роки і звільнив його від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком на один рік. За обставинами справи він 18 жовтня 2009 р. таємно викрав із меморіалу загиблих у Великій Вітчизняній Війні радянських воїнів два металевих ланцюги – елементи огорожі меморіалу, вартістю 135 грн., а 10 лютого 2010 р. за попередньою змовою групою осіб, з проникненням в житло, таємно викрав металеві вироби на суму 98 грн. У вирокі суд зазначив, що відповідно до висновку стаціонарної судово-психіатричної експертизи від 18 травня 2010 р. С. на період інкримінованого йому злочину на психічне захворювання не страждав і на теперішній час не страждає, але виявляв і виявляє легку розумову відсталість, внаслідок чого не міг та не може повною мірою усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними, тобто щодо вчиненого і на теперішній час його можна вважати обмежено осудним.*

Той факт, що правові наслідки визнання особи обмежено осудною фактично не відрізняються від її визнання осудною, дозволяє окремим фахівцям говорити про те, що виділення в законі про кримінальну відповідальність обмеженої осудності є зайвим.

У цьому зв'язку важливо згадати про досвід інших держав. Наприклад, у КК Латвії (ст. 14) медичним критерієм обмеженої осудності, крім психічного розладу, прямо названа розумова відсталість, у КК Італії (ч. 1 ст. 96) – глухонімота. Що ж до правових наслідків обмеженої осудності, то КК інших держав однакові: покарання має бути пом'якшене. Відмінність лише у тому, що КК, наприклад, Швейцарії, Франції, Іспанії, Італії, Швеції дозволяють суду пом'якшити його на свій розсуд, а ФРН, Польщі, Сан-Марино і Фінляндії визначають певні правила пом'якшення покарання для цього випадку.

2.2.2.4. Відповідно до ст. 21 КК особа, яка вчинила к.пр. у стані сп'яніння внаслідок вживання алкоголю, наркотичних засобів або інших одурманюючих речовин, підлягає кримінальній відповідальності. Тут має місце юридична фікція – ніби стан сп'яніння не впливає на здатність особи усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та керувати ними під час вчинення к.пр.

Насправді алкоголь й інші одурманюючі речовини впливають на центральну нервову систему людини, вражають її свідомість і волю, внаслідок чого більшою чи меншою мірою порушується мислення, послаблюється самоконтроль поведінки. Проте визнання цього факту законодавцем вимагало б визнати стан сп'яніння тимчасовим психічним

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 14037765 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

розладом. Це спричинило б ситуацію, за якої стан сп'яніння (реальний чи удаваний) використовувався б особами, що вчинили к.пр., як виправдання своїх дій з метою пом'якшення кримінальної відповідальності і покарання за них.

Така ситуація є неприйнятною для суспільства, в якому пияцтво та алкоголізм є однією зі значних умов злочинності. Маловідомий факт: після запровадження «сухого закону» у 1985–1987 рр. в СРСР злочинність скоротилася на 70%, майже зникла загибель людей від гострих отруень алкоголем і різко скоротилась смертність.*

Саме з названих причин законодавці деяких інших держав, не бажаючи застосовувати вказану юридичну фікцію, оскільки це нагадує лицемірство, пішли іншими шляхами.

У Загальній частині КК ФРН це питання не розглядається взагалі. Водночас відповідно до § 323-а той, хто умисно чи необережно за допомогою алкогольних напоїв чи інших одурманюючих речовин доводить себе до стану сп'яніння, якщо у такому стані він вчинив протиправне діяння і не може бути покараний за нього тільки тому, що внаслідок сп'яніння діяв без вини або це неможливо виключити, карається позбавленням волі на строк до п'яти років або штрафом (у будь-якому випадку покарання не може перевищувати те, що передбачене за діяння, яке особа вчинила у стані сп'яніння).

КК Італії виключає або зменшує покарання для осіб, які через непередбачений випадок чи непереборну силу перебували в стані сп'яніння. Але особа притягується до осудної, якщо вона власноруч призвела себе у стан «нездатності усвідомлювати і бажати» з метою вчинення к.пр. або приготувати собі виправдання. У цих випадках, а також якщо к.пр. вчинене у стані звичного сп'яніння, стан сп'яніння підвищує покарання (ст.ст. 87, 92–94).

Згідно зі ст. 67 КК вчинення к.пр. особою, що перебуває у стані алкогольного сп'яніння або у стані, викликаному вживанням наркотичних або інших одурманюючих засобів, є обставиною, яка обтяжує покарання; але суд має право, залежно від характеру вчиненого к.пр., не визнати цю обставину такою, що обтяжує покарання (наприклад, коли відсутній зв'язок стану сп'яніння з характером вчиненого особою к.пр.).

2.2.2.5. У ст. 21 КК йдеться про фізіологічне алкогольне, наркотичне (зумовлюється вживанням наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів) і токсичне (зумовлюється вживанням інших одурманюючих засобів, наприклад, вдихання клею, лаку, фарби) сп'яніння.

Утім існує нюанс: від фізіологічного треба відрізнати патологічне сп'яніння, яке є тимчасовим розладом психічної діяльності. Такий розлад може виникнути під впливом прийому навіть невеликої дози алкоголю. Епілептоїдна форма патологічного сп'яніння характеризується суїцидним розладом психіки з різко вираженим афектом страху, триво-

* К чему привел сухой закон 1985–1989 годов // <http://www.libo.ru/libo8194.html>

ги і супроводжується немотивованою агресією щодо оточуючих. Його параноїдна форма характеризується раптовим виникненням галюцинаторно-параноїдних проявів, що зумовлюють спотворене сприйняття навколишнього світу і також відповідні агресивні дії, спрямовані на знешкодження уявних ворогів та перешкод.

На ґрунті систематичного зловживання алкоголем можуть розвинути такі хворобливі розлади психіки, як алкогольний делірій (біла гарячка), алкогольний галюциноз тощо. Вчинення при таких розладах суспільно небезпечного діяння виключає кримінальну відповідальність у зв'язку з наявністю обох критеріїв неосудності.

2.2.2.6. У психічно здорової людини здатність усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними виникає лише при досягненні певного віку. Звичайно, що у немовля такої здатності немає. Умовно вважається, що цієї здатності в людини немає аж до досягнення нею 14-річного віку. Це – чергова вимушена юридична фікція. Саме тому КК встановлює конкретний **вік, з якого особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності**. Кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення к.пр. виповнилося 16 років, а особи віком від 14 до 16 років можуть бути суб'єктом к.пр. лише у разі вчинення ними правопорушень, перелічених у ч. 2 ст. 22 КК (їдеться, зокрема, про умисне вбивство, умисне тяжке тілесне ушкодження, бандитизм, зґвалтування, деякі види крадіжок, грабіж, розбій, вимагання, хуліганство). Діти до 14 років взагалі не підлягають кримінальній відповідальності.

Так було не завжди. Відповідно до постанови Центрального виконавчого комітету і Ради народних комісарів Союзу РСР від 7 квітня 1935 р. «з метою якнайшвидшої ліквідації злочинності серед неповнолітніх» було постановлено притягувати до кримінальної відповідальності «із застосуванням всіх заходів кримінального покарання» неповнолітніх, починаючи з 12-річного віку, спійманих на крадіжках, заподіянні насильства, тілесних ушкоджень, вбивств чи замаху на вбивство. До того часу, відповідно до ст. 18 КК Української РСР 1922 р. і ст. 11 КК Української РСР 1927 р., покарання до малолітніх до 14 років взагалі не застосовувалось, а до неповнолітніх віком від 14 до 16 років, як правило, замість покарання застосовувались заходи медико-педагогічного впливу.

У випадках, коли діти віком від 14 до 16 років разом з особами, які досягли 16-річного віку, вчинювали діяння, не визначені у наведеному в ч. 2 ст. 22 КК переліку (наприклад, брали активну участь у масових заворушеннях або нарузі над могилою), вони можуть бути притягнені до кримінальної відповідальності за ті дії, які, як вважає законодавець, вони усвідомлювали і якими могли керувати (скажімо, не за насильство над особою під час масових заворушень, а за умисне тяжке чи середньої тяжкості тілесне ушкодження, не за незаконне заволодіння предметами, що знаходяться в могилі, а за звичайну крадіжку).

До особи, яка у віці від 14 до 18 років вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, а також до особи, яка у період від 11 років до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність (14 або 16 років), вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК, можуть застосовуватися примусові заходи виховного характеру (ст.ст. 97, 105 КК, ст. 498 КПК).

3 липня 2009 р. Вознесенський міськрайонний суд Миколаївської області, заклавши справу стосовно Х., учениці 7 класу Вознесенської загальноосвітньої школи, яка у віці від 11 до 14 років вчинила діяння, передбачене ст. 297 КК, застосував до неї примусові заходи виховного характеру у вигляді застереження з обмеженням дозвілля та встановленням особливих вимог до поведінки малолітньої у виді заборони перебування її поза домівкою за місцем проживання в період з 20 год. 00 хв. до 06 год. 00 хв. та заборони виїжджати в іншу місцевість, тобто за адміністративні межі міста Вознесенська Миколаївської області без згоди органу, який буде здійснювати за нею нагляд, на строк 24 місяці.*

Уважне порівняння між собою положень ч. 2 ст. 97 КК і ст. 498 КПК показує, що вони є суперечливими: якщо у другому з них йдеться про можливість застосування зазначених заходів до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого КК, після досягнення 11-річного віку і до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, то перше дозволяє застосувати ці заходи до будь-якої особи, яка вчинила вказане діяння «до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність». Тобто – і до 10-річної, і до 5-річної, і до 2-річної дитини.

Український законодавець не є послідовним і при визначенні віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. По-перше, за вчинення крадіжки, грабежу, розбою та вимагання, передбачених іншими, крім вказаних у ч. 2 ст. 22 КК, статтями Особливої частини (зокрема, ст.ст. 312, 313, 357), відповідальність настає з 16 років. По-друге, суб'єктом навіть одного і того самого к.пр. у різних його формах є різні за віком особи. Так, суб'єктом к.пр., передбаченого ст. 262 і ст. 308 у формі грабежу і вимагання, а так само крадіжки, передбаченої ч. 2 цих статей, є особа, яка досягла 14 років, а у формі крадіжки, передбаченої ч. 1 ст.ст. 262 і 308 – 16 років. Кримінальну відповідальність за вимагання, передбачене ст.ст. 189, 262 і 308, особа несе з 14 років, а за вимагання, передбачене ст. 312 і ст. 313 – з 16 років. По-третє, серед злочинів, перелічених у ч. 2 ст. 22 КК, є як тяжкі та особливо тяжкі, так і злочин невеликої тяжкості (ч. 1 ст. 296), за який відповідно до ч. 1 ст. 97 КК кримінальна відповідальність неповнолітнього, як правило, не повинна наставати.

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 4059422 // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/4059422>

2.2.2.7. Звичайно, вік, з якого особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності, не однаковий в різних державах. За законодавством Польщі, Фінляндії, Швеції покарання може бути призначене тільки особі, яка досягла віку 15 років, Франції, Естонії – 13, Голландії – 12, Ізраїлю – 9, а в Єгипті, Ірландії кримінальна відповідальність може настати і з 7. Це питання має практичний характер, оскільки не раз бували випадки, коли семирічні діти вчиняли вбивство кількох осіб, зокрема з хуліганських мотивів. Залишати такі дії без будь-якої правової реакції було б неправильно.

Найбільш обґрунтованим видається підхід, застосований в деяких державах (зокрема Росії, Білорусі), за яким здатність дитини усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними встановлюється в кожному конкретному випадку за допомогою судово-психіатричної експертизи. Утім, і в цьому випадку мінімальний вік кримінальної відповідальності повинен бути визначений законом на основі наукових даних. Останні спроможні з математичною точністю визначити найменший вік, з досягненням якого дитина повинна усвідомлювати існування певних табу, насамперед тих, що стосуються життя і здоров'я інших людей, і керувати своєю поведінкою, щоб ці табу не порушити. У п. 4.1 Мінімальних стандартних правил ООН стосовно відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила», 1985 р.) зазначається, що нижня межа віку кримінальної відповідальності не повинна встановлюватись на надто низькому віковому рівні, враховуючи аспекти емоційної, духовної та інтелектуальної зрілості.

2.2.2.8. Встановлення загального віку кримінальної відповідальності з 16 років не означає, що саме з цього віку настає кримінальна відповідальність за будь-яке к.пр. Суб'єктами окремих з них, як впливає з конкретних положень КК, можуть бути особи більш старшого віку.

Наприклад, до кримінальної відповідальності за втягнення неповнолітніх у вчинення к.пр., пияцтво, заняття жебрацтвом, азартними іграми, застосування допінгу, вживання одурманюючих речовин тощо (ст. 304, ч. 2 ст. 317, ст.ст. 323, 324 КК) можуть бути притягнуті лише повнолітні особи. Суб'єктом багатьох військових злочинів практично не може бути особа, яка не досягла 18-річного віку.

2.2.3. Спеціальний суб'єкт кримінального правопорушення

2.2.3.1. У ряді випадків закон передбачає відповідальність осіб, наділених, крім загальних ознак суб'єкта, додатковими ознаками. Останні характеризують відповідну особу як **спеціального суб'єкта** – тільки він може вчинити те або інше к.пр.

Зазначені додаткові ознаки конкретного складу к.пр. із спеціальним суб'єктом можуть бути прямо названі чи визначені в диспозиції відповідної норми КК (зокрема, у ст. 117 названа мати-породілля), або в

спеціальній нормі (зокрема, в пунктах 1 і 2 примітки до ст. 364 визначено поняття службової особи), або визначені шляхом тлумачення відповідної норми КК (наприклад, тільки шляхом тлумачення норми ст. 335 КК можна встановити, що суб'єктом ухилення від призову на строкову військову службу є громадянин України, який підлягає черговому призову на таку службу і якому не надано відстрочку). Часто спеціальний суб'єкт є ознакою кваліфікованого чи особливо кваліфікованого складу к.пр. (зокрема, як зазначено у ч. 2 ст. 155, – «ті самі дії, вчинені батьком, матір'ю, вітчимом...»).

Якщо з'ясується, що особа не володіє цими додатковими ознаками, то вчинене нею діяння або не є к.пр. взагалі (скажімо, за ухилення від призову на строкову військову службу не несе відповідальність особа, яка досягла 25-річного віку), або є іншим к.пр. – із загальним суб'єктом (наприклад, не умисним вбивством матір'ю своєї новонародженої дитини – п. 2 ч. 2 ст. 117, а умисним вбивством малолітньої дитини – п. 2 ч. 2 ст. 115).

За своїм змістом усі ознаки спеціального суб'єкта можна поділити на чотири великих групи, за допомогою чого визначити види таких суб'єктів. Це ознаки, що характеризують:

1) фізичні властивості суб'єкта (вік, стан здоров'я тощо). Залежно від цього виділяються такі види спеціального суб'єкта, як: повнолітня особа, особа, яка досягла 16-річного віку і статевої зрілості, особа, хвора на венеричну хворобу;

2) його правовий і соціальний статус (громадянство, професія, вид діяльності, характер виконуваної роботи, участь у кримінальному провадженні, наявність судимості тощо). За цією ознакою можна виділити: громадянина України або іноземця, медичного чи фармацевтичного працівника, військовослужбовця чи особу, яка підлягає призову за мобілізацією, службову особу, фізичну особу-підприємця, свідка, слідчого та суддю, особу, яка раніше була засуджена за певний злочин, тощо);

3) взаємовідносини суб'єкта з потерпілим та іншими особами – родинні (батько, мати, опікун тощо), службові (підлеглий, начальник) або інші (наприклад, особа, від якої потерпілий залежить матеріально, тощо);

4) роль у злочинній діяльності (організатор, співвиконавець, пособник, підбурювач, активний учасник тощо).

2.2.3.2. Найбільш поширеною у КК України ознакою спеціального суб'єкта (вона зустрічається понад 50 разів) є ознака **«службова особа»**. З огляду на це у частинах 3 і 4 ст. 18 законодавець спеціально помістив визначення службових осіб, яке стосується усіх статей КК, крім ст.ст. 364, 365, 368, 368-2, 369 (для цих статей визначення службових осіб публічної сфери подано у пунктах 1 і 2 примітки до ст. 364). Ці два визначення дослівно збігаються, за винятком того, що у ч. 3 ст. 18 йдеться про будь-які підприємства, установи чи організації, а у п. 1 примітки до ст. 364 – про державні чи комунальні підприємства,

установи, організації. Це означає, що суб'єктом злочинів, передбачених ст.ст. 364, 365, 368, 368-2, 369, не можуть бути службові особи, які працюють в юридичних особах приватного права.

В окремих випадках за певними ознаками із категорії спеціального суб'єкта виділяють, так би мовити, ще більш спеціального. Скажімо, у ч. 1 ст. 134 із категорії медичних працівників виділяються такі, які не мають спеціальної медичної освіти, необхідної для проведення абортів, у п. 2 примітки до ст. 368 із категорії публічних службових осіб – службові особи, які займають відповідальне й особливо відповідальне становище.

У ст. 401 КК наведено ознаки суб'єкта військових злочинів.

Як правило, інші види спеціальних суб'єктів в КК не визначаються. Тому, кого саме слід розуміти під представником влади, близьким родичем, підлеглим тощо, можна встановити лише шляхом тлумачення. Іноді і тлумачення допомогти не в силах. Наприклад, із ст. 150-1 КК неможливо з'ясувати, кого саме законодавець мав на увазі під «сторонніми особами» – осіб, сторонніх для дитини чи для батьків, а також для кого дитина є «чужою» – для всіх, крім батьків та осіб, які їх замінюють, чи також крім її близьких родичів. Усе це суперечить принципу юридичної визначеності, оскільки часто не дає можливості відповідним особам заздалегідь узгодити свою поведінку із встановленими законом заборонами.

У КК багатьох інших держав спеціальні «термінологічні» розділи, глави чи статті розкривають поняття «найманець» (КК Росії), «громадянин», «представники влади», «представники громадськості», «начальник» (КК Білорусі), «воїн», «призовник» (КК Литви), «медичний працівник» (КК Іспанії), «суддя», «підприємець», «капітан судна», «екіпаж» (КК Голландії) тощо.

Отже, в інших державах існує розуміння того, що певна особа є спеціальним суб'єктом не тільки к.пр., а й спеціальним суб'єктом кримінального покарання чи інших примусових заходів кримінально-правового впливу: якщо вона вчинила к.пр. з використанням свого особливого правового статусу, то покарання для неї, а також інші кримінально-правові заходи мають це враховувати. Саме тому передбачені, наприклад: вислання за межі держави для іноземців, які вчинили діяння проти інтересів держави, яка їх прихистила; заборона займатися виховною діяльністю для осіб, які вчинили к.пр. стосовно дітей; додаткові засоби контролю за рецидивістами; особливі види покарання та інших заходів стосовно неповнолітніх, військовослужбовців тощо.

2.2.4. Опосередковане виконання кримінального правопорушення

2.2.4.1. Опосередковане виконання (або «посереднє» виконання) – це виконання фізичною осудною особою, яка досягла віку кримінальної відповідальності, об'єктивної сторони к.пр. зусиллями:

– особи, яка не досягла віку кримінальної відповідальності;

- неосудної особи. При цьому вчинення злочину з використанням малолітнього або особи, що страждає на психічне захворювання чи недоумство, є обставиною, яка обтяжує покарання (п. 9 ч. 1 ст. 67 КК);
- особи, щодо якої застосовано безпосередній непереборний фізичний примус, внаслідок якого особа не могла керувати своїми вчинками;
- особи, щодо якої застосовано безпосередній психічний примус, внаслідок чого ця особа перебувала у стані крайньої необхідності;
- «невинуватого агента» – особи, яка будучи введеною в оману щодо дійсного характеру діяння, безпосередньо виконує дії, що становлять його об'єктивну сторону;
- необережно діючої особи або
- через тварину (наприклад, собаку, змію) чи рослину (зокрема отруйну).

Відповідні особа, тварина чи рослина є знаряддями вчинення к.пр. Його виконавцем згідно з правилом «продовженої руки злочинця» є та особа, що залучила їх до вчинення к.пр*. Треба мати на увазі, що інститут опосередкованого виконання прямо стосується не лише суб'єкта, а й спеціальних форм к.пр. (див. підрозділ 2.6 посібника).

Література

- Лень В.В. Осудність у кримінальному праві і законодавстві: Монографія – Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2008. – 180 с.
- Терентьев В.И. Уголовная ответственность специального субъекта преступления по уголовному праву Украины: Монография. – Николаев: Дизайн и полиграфия, 2004. – 190 с.
- Бирюков П.Н. Вопросы уголовной ответственности юридических лиц в Бельгии / Уголовное право и криминология: Современное состояние и перспективы развития: Сб. науч. трудов. – Вып. 3. – Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2007. – 288 с.

Запитання і завдання

1. Назвіть аргументи за і проти кримінальної відповідальності юридичних осіб. Чи доцільно встановити таку відповідальність в Україні, зокрема за деякі господарські й екологічні к.пр.?
2. Назвіть критерії неосудності. Чим вони за своїм змістом відрізняються від критеріїв осудності?
3. Чи є суб'єктом катування особа віком 15 років? Кваліфікуйте дії такої особи, яка шляхом тривалого мучення іншої дитини з метою отримати від неї певні відомості заподіяла їй середньої тяжкості тілесне ушкодження.

* Гришук В.К. Кримінальне право України: Загальна частина: Навч. посібн. для студентів юрид. фак. вищ. навч. закл. – К.: Ін Юре, 2006. – С. 229, 271.

4. Знайдіть в Особливій частині КК України по 3 статті (частини статті), в яких наводяться: фізичні властивості суб'єкта; його правовий і соціальний статус; взаємовідносини суб'єкта з потерпілим.

Рекомендуємо прочитати

- Іван Франко «Для домашнього огнища», «На дні», «Основи суспільності», «Перехресні стежки», «Борислав сміється», «В тюремнім шпиталі», «Петрії і Довбущуки».
- Еміль Золя «Людина-звір».
- Сідні Шелдон «Млини богів».
- Трумен Капоте «Холоднокрівне вбивство».
- Теодор Драйзер «Американська трагедія».

Радимо подивитись

- Людина, яка судилась з Богом (Австралія, 2001, М. Джофф).
- Година свині (Франція, Велика Британія, 1993, режисер Леслі Мерхі).
- Насильство / Compulsion (США, 1959, режисер Річард Флайшер).
- Злодії в законі: життя вдалось (Німеччина, Ізраїль та ін., 2010, режисер Олександр Гентелев).
- Глава 27 (Канада, США, 2007, режисер Дж. П. Шефер).

2.3. Об'єкт кримінального правопорушення

2.3.1. Поняття об'єкта кримінального правопорушення. Його види

2.3.1.1. Об'єкт (від лат. *objektum* – те, на що спрямоване діяння людини та її пізнання) к.пр. – це те, що знаходиться під охороною кримінального закону, те, чому воно заподіює шкоду. Саме в об'єкт (і ні у що інше) як своєрідну мішень влучає особа, вчиняючи (намагаючись вчинити) к.пр., хоч це і заборонено під загрозою покарання.

Незважаючи на велику кількість праць, присвячених об'єктові к.пр., питання про те, що саме необхідно під ним розуміти, є одним із найбільш дискусійних у кримінально-правовій доктрині. Розроблено чимало концепцій об'єкта к.пр., у 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.

Так, знаний дореволюційний вчений М.С. Таганцев, визначаючи об'єкт злочину як норму права в її реальному бутті, вважав, що об'єктом крадіжки – викрадення чужого рухомого майна виступає права

норма, яка регулює майнові відносини між людьми і захищає недоторканність власності.

Різноманітні концепції об'єкта к.пр. ґрунтовно проаналізовані у вітчизняній кримінально-правовій літературі*. Складність і багатогранність розгляданого поняття вочевидь унеможливорює створення універсальної концепції, придатної для точного визначення об'єкта будь-якого к.пр. – від державної зради до зґвалтування і від пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства до піратства. Тому слушно є думка (її висловлювали, зокрема, П.П. Андрушко, Л.П. Брич, Д.О. Калмиков, В.О. Навроцький), згідно з якою раціональне зерно можна відшукати у кожній з існуючих концепцій, і жодну з них не варто визнавати однозначно неприйнятною і, тим більш, помилковою.

Вважаємо перебільшеною конфронтацію щодо визначення об'єкта к.пр., яка спостерігається серед представників різних підходів, адже розглянувши різні концепції, можемо побачити, що вони мають спільні риси. Показово, наприклад, що у монографії Є.В. Фесенка як одного з послідовних прибічників концепції «цінності – об'єкт к.пр.» можна (поряд із критикою положення про суспільні відносини як об'єкт к.пр.) відшукати і слова про те, що «висловлені критичні зауваження щодо концепції, яка визнає об'єктом злочину тільки суспільні відносин, не означають, що такі відносини зовсім не мають значення для моделювання складу злочину. Навпаки, функції суспільних відносин у вказаному аспекті дуже важливі**». А один із критиків концепції «об'єкт к.пр. – суспільні відносини» А.В. Наумов зазначає, що в багатьох випадках тлумачення 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 власності***.

Цікаво, що у німецькій кримінально-правовій доктрині розрізняють, з одного боку, охоронюване правове благо та, з іншого, об'єкт злочинного діяння. Якщо під першим розуміють відображену у свідомості людини

* 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: Підручн. / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гусласького, 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; Калмиков Д.О. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей: Монографія / Наук. ред. М.І. Хавронюк. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 16–27.

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

*** 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.

цінність, охоронювані кримінальним законом інтереси, об'єкти, що роблять можливою самореалізацію людини, тощо, то під другим – те, що предметно протистоїть предмету, те, що є метою його активності, необхідної для здійснення складу діяння*. Очевидно, що наведене визначення об'єкта, якщо брати до уваги усталені у нашій юридичній літературі підходи, є співзвучним з поняттям не об'єкта к.пр., а його предмета.

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

- 1) предмет (матеріальний або ідеальний), тобто те, з приводу чого або у зв'язку з чим виникають певні суспільні відносини;
- 2) суб'єкти (учасники конкретних відносин);
- 3) 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 випадку вчинення к.пр. 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 заподіяння шкоди і самим суспільним відносинам як цілісній системі.

Так, у випадку вчинення умисного вбивства предметом охоронюваних відносин виступає життя людини як найважливіше благо, яке дарується кожному із нас природою та яке визнається будь-яким цивілізованим суспільством найвищою соціальною цінністю. Елементом відносин, який перш за все усувається особою, яка вчиняє умисне вбивство, є суб'єкт – людина як біологічна істота, частка суспільства і суб'єкт правових відносин, який володіє невід'ємним природним і конституційно гарантованим правом на життя. Навіть коли йдеться про таку цінність, як людське життя, к.пр. та його об'єкт не втрачають свого суспільного характеру, оскільки захист недоторканності цієї цінності є не лише суб'єктивним правом індивіда, а й обов'язком суспільства в особі держави. Стаття 27 Конституції України проголошує невід'ємне право кожної людини на життя, вказуючи, що ніхто не може бути свавільно позбавлений життя, і що захист життя людини є обов'язком держави. Кримінальний закон захищає людину і як суспільну, і як живу біологічну істоту, однак якщо визнавати об'єктом злочину людину як біологічну істоту, а не особу як сукупність певних відносин, існуючих у суспільстві, то складно буде пояснити правомірність позбавлення життя людини, наприклад, під час необхідної оборони або крайньої необхідності (М.Й. Коржанський).

* Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М.: Велби, Проспект, 2004. – С. 141–143.

Якщо виходити з того, що суспільні відносини – це відносини між людьми як членами суспільства у різних сферах їх життєдіяльності, то нічого «крамольного» – соціалістичного чи марксистського – ми у 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 к.пр.» більше відповідає загальноприйнятому розумінню к.пр. 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 к.пр., прибічники яких стверджують, що пропонувані ними на роль об'єкта к.пр. явища є набагато конкретнішими за суспільні відносини, «розмивають» специфіку к.пр. порівняно з іншими протиправними актами людської поведінки, спрямованими проти конкретних осіб, а не проти суспільства в цілому.

Те, що законодавець у ст. 1 КК вказує на такі найвищі цінності, як права і свободи людини і громадянина, у жодному разі не свідчить про те, що вони охороняються кримінальним правом поза межами суспільних відносин, адже відомо, що цінність життя та здоров'я людини, власності тощо забезпечується лише їх існуванням у суспільстві; поза його межами будь-яке регулювання та охорона втрачають сенс*.

Водночас конструктивною видається позиція, згідно з якою об'єктом к.пр. є охоронювані кримінальним законом правовідносини. Ця концепція враховує відомі переваги домінуючої теорії «об'єкт к.пр. – суспільні відносини» (у т.ч. усталену структуру останніх), є похідною від неї і водночас бере до уваги ту обставину, що кримінальним законом захищаються не всі відносини, які складаються у суспільстві і регулюються, наприклад, нормами моралі чи релігії, а лише ті, які в інтересах суспільства піддані з боку держави правовому регулюванню. Так, під кримінально-правовою охороною перебувають лише ті економічні відносини власності, що врегульовані правом.

Суспільні відносини підлягають нормативному регулюванню; більш того – вони його потребують. Правопорядок – форма існування суспільних відносин, установлене в інтересах всього суспільства та охоронюване законом від суспільно небезпечних посягань нормальне функціонування соціальних відносин, яке виражається у можливості вільної реалізації прав і свобод їх суб'єктів. Якщо вбачати у правовій оболонці не

* Правова доктрина України: У 5 т. – Т. 5: Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку / За заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова. – Харків: Право, 2013. – С. 166.

щось зовнішнє, механічно надягнуте на суспільні відносини, а їх субстанційний прояв, то правопорушення і порушення суспільних відносин – синоніми*. Інша точка зору полягає у тому, що деякі злочини (передбачені, наприклад, ст.ст. 297, 299, 302, 303, 304 КК) завдають шкоди суспільним відносинам, які регулюються нормами моралі, а не нормами права. У зв'язку з цим зміст об'єкта к.пр. повинен бути відображений у більш широкій категорії, ніж правовідносини, – у суспільних відносинах**.

Таким чином, об'єктом к.пр. пропонуємо визнавати ті охоронювані кримінальним законом правовідносини, на які посягають кримінально протиправні діяння та яким в результаті цього заподіюється шкода.

Вказівка на охоронюваність кримінальним законом у наведеному визначенні означає, що в чинному КК міститься вичерпний перелік кримінально караних діянь. Відносини, не вказані у кримінально-правових нормах, можуть бути об'єктами інших правопорушень (адміністративних проступків, цивільно-правових деліктів тощо). Разом з тим слід враховувати, що одні і ті самі відносини можуть охоронятись нормами різних галузей права. Наприклад, це стосується відносин власності, незаконні посягання на які залежно від обставин вчиненого можуть визнаватись к.пр., адміністративними проступками або цивільно-правовими деліктами.

В юридичній літературі традиційно вважається, що визначивши об'єкт к.пр., ми можемо правильно оцінити його соціально-політичний зміст і суспільну небезпеку, правильно кваліфікувати діяння, відмежувати його від суміжних складів к.пр., а також від суспільно небезпечних посягань, що не можуть бути визнані кримінально караними. Так, вважається, що передусім за об'єктом треба розмежовувати злочини, складовою яких виступає винне заподіяння смерті іншій людині, і відповідальність за вчинення яких передбачена не лише розділом II, а й іншими розділами Особливої частини КК, присвяченими, зокрема, злочинам проти довкілля, громадської безпеки, безпеки виробництва, безпеки руху та експлуатації транспорту***.

* Уголовное право России: Общая часть: Учебн. / 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. Н.А. Лопашенко. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2011. – С. 278.

** Лашук Є.В. Поняття і структура об'єкта злочину / Проблеми пенітенціарної теорії і практики: Щорічний бюлетень / За заг. ред. 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; Правова доктрина України: У 5 т. – Т. 5: Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку / За заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова. – Харків: Право, 2013. – С. 168.

*** Скептично налаштована щодо розмежувальних властивостей об'єкта злочину Л.П. Брич. На її думку, родовий та безпосередній об'єкти, безсумнівно відрізняючись у різних складах злочинів, все ж таки через свою неочевидність, прихованість не можуть слугувати маркером для відмежування одного складу від іншого. Натомість чіткими розмежувальними ознаками (за умови однозначності відповідних формулювань у законі) виступають предмет злочину і потерпілий від злочину (див.: Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – С. 387–412).

2.3.1.2. Загальновизнаним в юридичній літературі є **поділ об'єктів кримінального правопорушення «по вертикалі»** – на: 1) загальний; 2) родовий і 3) безпосередній. Цей поділ ґрунтується на використанні таких філософських категорій, як загальне, особливе та окреме. Критерієм вказаної тричленної класифікації об'єктів виступає кількісний показник – коло відносин, охоронюваних кримінальним законом.

Загальний об'єкт к.пр. охоплює усі правовідносини, охоронювані КК. У його ч. 1 ст. 1, де йдеться про завдання Кримінального кодексу, названі найбільш значущі відносини, що стосуються загального об'єкта. Це – права і свободи людини та громадянина, власність, громадський порядок та громадська безпека, довкілля, конститутційний устрій України, мир і безпека людства. Однак для визначення всього кола відносин, що підлягають кримінально-правовій охороні, необхідно звернутись до Особливої частини КК, яка, як вже зазначалося, містить вичерпний перелік к.пр. Загальний їх об'єкт 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.

Дещо відмінний від викладеного вище підхід полягає у тому, що загальний об'єкт – це вся сукупність охоронюваних кримінальним законом відносин, вся система об'єктів кримінально-правової охорони, яка, відповідно, не може бути об'єктом як елементом складу злочину (П.С. Матишевський, Є.В. Фесенко, В.В. Кузнецов та ін.).

Родовий об'єкт – це групи відносин, на які посягають однорідні к.пр. В.Я. Тацій визначає родовий об'єкт як об'єкт, яким охоплюється певне коло тотожних чи однорідних за своєю соціальною і економічною суттю суспільних відносин, які через це повинні охоронятися єдиним комплексом взаємозалежних кримінально-правових норм*.

Родовий об'єкт дозволяє здійснити класифікацію к.пр. і має значення для кодифікації, оскільки законодавець розміщує кримінально-правові заборони за певною системою, суть якої полягає у тому, що критерієм об'єднання окремих к.пр. у групи (окремі розділи Особливої частини КК), як правило, є саме родовий об'єкт.

Назви розділів Особливої частини КК, 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, у назві яких використовується зворот «злочини у сфері...» (наприклад, «Злочини у сфері господарської діяльності»).

* Кримінальне право України: Загальна частина: Підручн. для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Стахиса, В.Я. Тація. – 4-е вид., переробл. і допов. – Харків: Право, 2010. – С. 105.

Можна сказати і так: кримінально-правові заборони групуються в розділі 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 к.пр. і корегуючись із назвою того чи іншого розділу Особливої частини КК, з'являється, як правило, лише тоді, коли законодавець об'єднує кілька кримінально-правових заборон у межах однієї структурної одиниці Особливої частини КК.

Так, родовим об'єктом злочинів, описаних ст.ст. 109–114 КК, є основи національної безпеки України, як про це зазначено в назві відповідного розділу. А родовим об'єктом злочинів проти власності, передбачених розділом VI Особливої частини КК, треба вважати врегульовані законом відносини власності як економічної категорії, яка надає власникові або законному володільцеві права на майно, які він здійснює відповідно до закону на власний розсуд і у своїх інтересах незалежно від волі інших осіб, і які виникають з приводу права власності як сукупності повноважень щодо володіння, користування та розпорядження майном або інших речових чи зобов'язальних прав, передбачених законодавством.

Виходячи з послідовності закріплення родових об'єктів злочинів можна судити про пріоритети кримінально-правової політики у певній державі, про ієрархію охоронюваних нею благ, усталену у тому чи іншому суспільстві, про рівень правосвідомості законодавця (див. про це підрозділ 1.1).

Безпосередній об'єкт, будучи обов'язковим елементом будь-якого складу конкретного к.пр., може бути визначений як правовідносини, на які посягає конкретне к.пр. Безпосередній об'єкт носить індивідуальний характер і є частиною відповідного родового об'єкта.

Законодавець доволі рідко вказує на безпосередній об'єкт того чи іншого к.пр. у тексті КК. Як приклад такої вказівки можна навести ст. 111 КК («Державна зрада»), з якої однозначно випливає, що цей злочин шкодить суверенітетові, територіальній цілісності і недоторканності, обороноздатності, державній, економічній та інформаційній безпеці.

З урахуванням правил законодавчої техніки та інтересів словесної економії законодавець у диспозиціях кримінально-правових норм зазвичай позначає безпосередній об'єкт к.пр. опосередковано – через вказівку на суспільно небезпечні наслідки, предмет, суб'єктивні права та юридичні обов'язки, положення регулятивного законодавства, потерпілого або місце вчинення діяння. Тому, за загальним правилом, безпосередній об'єкт певного к.пр. встановлюється шляхом тлумачення закону і є результатом аналізу складу цього к.пр. У цьому сенсі є підстави говорити про складність безпосереднього об'єкта для сприйняття, його залежність від інших ознак складу к.пр.

2.3.1.3. Суть класифікації об'єктів к.пр. «по горизонталі» полягає у тому, що на рівні безпосереднього об'єкта виділяють основний і додатковий об'єкти. Саме основний об'єкт, означаючи ті правовідноси-

ни, яким к.пр. завдається найбільша шкода (відносини, які насамперед намагається захистити законодавець, ставлячи їх під кримінально-правову охорону), визначають місце тієї чи іншої кримінально-правової заборони у системі Особливої частини КК. Класичний приклад: розбій віднесено законодавцем до злочинів проти власності на тій підставі, що його основним безпосереднім об'єктом вважаються відносини власності, а не життя і здоров'я особи, яким при вчиненні цього злочину заподіюється шкода. Саме основний безпосередній об'єкт визначає те, заради чого створена кримінально-правова норма, відображає основний зміст і суспільну небезпеку передбаченого нею к.пр.

Додатковим безпосереднім об'єктом к.пр. 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.

Наприклад, якщо основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 3 ст. 204 КК (незаконне виготовлення товарів із недоброякісної сировини, що становить загрозу для життя і здоров'я людей та призвело до тяжких наслідків), є система оподаткування, то його додатковим безпосереднім об'єктом є життя і здоров'я споживачів недоброякісної підкацизної продукції.

Додатковий безпосередній об'єкт, кримінально-правова охорона якого здійснюється не самостійно, а в нерозривному зв'язку з основним об'єктом, може бути двох видів: а) додатковий обов'язковий об'єкт – це такий об'єкт, що в певному складі к.пр. страждає завжди, у будь-якому випадку вчинення певного к.пр.; б) додатковий факультативний об'єкт – при вчиненні певного к.пр. він може існувати поряд з основним, а може бути відсутнім*. Таким об'єктом виступають відносини, які досить часто пов'язані з основним об'єктом.

Наприклад, додатковим факультативним об'єктом хуліганства є відносини власності, а згвалтування – здоров'я особи. Заподіяння шкоди додатковому факультативному об'єкту, який не входить у структуру складу к.пр. і наявність якого не є обов'язковою для інкримінування цього складу, як показник тяжкості вчиненого діяння враховується при призначенні покарання.

2.3.1.4. Крім загального, родового і безпосереднього об'єктів к.пр., у літературі виділяють і **видовий об'єкт**. Це – об'єкт виду (підгрупи) близьких за характером к.пр. Займаючи проміжне становище між ро-

* Кримінальне право України: Загальна частина: Підручн. для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Стахиса, В.Я. Тація. – 4-е вид., переробл. і допов. – Харків: Право, 2010. – С. 108.

довим і безпосереднім об'єктами, будучи частиною родового об'єкта і знаходячись з останнім у співвідношенні «вид» – «рід», видовий об'єкт дає змогу виокремити відносно невеликі, специфічні групи посягань на близькі, взаємопов'язані правовідносини. Видовий об'єкт – це відносини одного виду, які захищені групою тісно взаємопов'язаних між собою норм Особливої частини КК.

Наприклад, у межах розділу II Особливої частини КК «Злочини проти життя та здоров'я особи» можна виокремити такі видові об'єкти к.пр., як життя людини, здоров'я людини тощо. У підрозділі 5.2 посібника наводиться класифікація к.пр. у сфері господарської та пов'язаної з нею діяльності, в основу якої покладено саме видовий об'єкт.

Виділення видових об'єктів видається продуктивним з огляду на те, що це дозволяє показати схожість певних к.пр., полегшує встановлення наскрізних ознак складів злочинів, спрощує аналіз законодавчого матеріалу, надає класифікаціям к.пр. більшої стрункості.

2.3.1.5. У кримінальному праві існує і таке явище, яке можна позначити як **багатооб'єктність**. Під нею варто розуміти поєднання в одній статті КК посягань на кілька різних основних об'єктів, що при розкритті кримінально-правової характеристики того чи іншого к.пр. зобов'язує робити відповідні застереження, а при здійсненні класифікації к.пр. – фактично надавати перевагу одному з таких об'єктів.

Наприклад, система оподаткування є лише одним з основних безпосередніх об'єктів караного за ст. 222 КК шахрайства з фінансовими ресурсами. Тому неточним є твердження про те, що кожній статті КК відповідає «свій» безпосередній об'єкт.

2.3.2. Предмет кримінального правопорушення

2.3.2.1. Предмет к.пр., за загальним правилом, є факультативною ознакою його складу. Однак якщо предмет безпосередньо вказаний у диспозиції норми Особливої частини КК або однозначно впливає з неї, то він стає обов'язковою ознакою складу конкретного к.пр. Якщо цього немає, к.пр. вважається «безпредметним».

Задля справедливості слід вказати на існування наукової 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 зґвалтування. Наведена позиція, вочевидь, ґрунтується на безпідставному ототожненні таких різних понять, як предмет злочину і предмет охоронюваних кримінальним законом відносин.

Можна навести такі приклади, коли законодавець прямо зазначає предмет к.пр. у диспозиціях норм Особливої частини КК: майно (ст. 185); культурні цінності, отруйні, сильнотоксичні, вибухові речовини, радіоактивні матеріали, зброя та боєприпаси (ст. 201); алкогольні напої, тютюнові вироби

та інші підакцизні товари (ст. 204); дерева і чагарники (ст. 246); дикі звірі і птахи (ст. 248); органи або тканини людини (ст. 143); ідентифікаційний номер транспортного засобу (ст. 290); наркотичні засоби, психотропні речовини та їх аналоги (ст. 309); надра і корисні копалини (ст. 240); снотворний мак чи коноплі (ст. 310).

Предметом к.пр. у кримінальному праві традиційно визнавалась річ матеріального світу, із властивостями якої законодавець пов'язує наявність у діянні особи складу певного к.пр., і впливаючи на яку, винний посягає на об'єкт к.пр.

Кримінальне правопорушення, ознакою складу якого є предмет, означає вплив на цей предмет – його викрадення, знищення, зміну, зберігання, переміщення тощо, тобто при вчиненні к.пр. його предмету не завжди заподіюється шкода. Останнє притаманне, наприклад, для крадіжки, контрабанди, незаконного заволодіння транспортним засобом.

Сучасний підхід до визначення предмета к.пр. полягає у тому, що це – факультативна ознака об'єкта, яка знаходить свій прояв у матеріальних цінностях (які людина може сприймати органами чуття чи фіксувати спеціальними технічними засобами), з приводу яких та/або шляхом безпосереднього впливу на які вчинюється діяння*.

Наведене визначення дає змогу визнавати предметом к.пр. і ті цінності (феномени, субстанції), матеріальність яких раніше заперечувалась (скажімо, інформація, підвладна людині електрична та теплова енергія, органи та тканини людини). Отже, йдеться про розширення поняття предмета к.пр. з тим, щоб воно охоплювало не лише речі, а й 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 к.пр. може бути здійснено завдяки вчиненню діяння щодо будь-яких матеріальних утворень, в тому числі речі та інформацію.

Так, визнання інформації предметом к.пр. вважається правильним на тій підставі, що вона завжди передається за допомогою відповідних носіїв, її можна побачити, почути, відчутти на дотик (це, наприклад, голос людини або інший звук, певне зображення); інформацію можна змінити, знищити, заблокувати, спотворити, скопіювати, заволодіти, поширити тощо. Речами (відповідно до ст. 179 ЦК – це предмети матеріального світу, щодо яких можуть виникати цивільні права та обов'язки) повинні визнаватись у т.ч. різні види енергії, підвладної людині (електрична, теплова тощо). Спростовуючи у жартівливій формі тезу про невизнання електричної енергії предметом матеріального світу – предметом к.пр., передбаченого ст. 188-1 КК,

* Музика А.А., Лашук Є.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: Монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – С. 110–111.

опоненти цієї точки зору інколи пропонують її прихильникам потриматись за високовольтну лінію електропередачі з тим, щоб переконатись у матеріальності електричної енергії.

Інколи вирішення проблеми предмета злочину вбачається у новому підході до визначення поняття «річ» з урахуванням охоплення цим поняттям речей тілесних і безтілесних*. Нагадаємо, що поділ речей на тілесні і безтілесні був відомий ще римському цивільному праву. У черговий раз переконаємося: нове – добре забуте старе.

Предметом к.пр. не визнаються цінності, позбавлені матеріальності, – життя, здоров'я, авторитет, статева недоторканість, честь, гідність, права, ідеї тощо, а так само певні процеси, дії, функції, стани, тобто ті цінності або явища, які людина може лише усвідомлювати та які не піддаються фізичному впливу. У зв'язку з цим важко погодитись із ПВС, який у п. 2 постанови від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» до предметів злочинів проти власності відніс у т.ч. право на майно та дії майнового характеру.

Предмет к.пр. і потерпілий від нього відрізняються від об'єкта к.пр. тим, що і предмет, і потерпілий – матеріальні субстрати, у той час як об'єкт – соціальна категорія, в якій немає нічого матеріального.

Предмет к.пр. може бути охарактеризований за допомогою трьох основних ознак: фізична – характеризує фізичний стан предмета, тобто його матеріальність, кількість, якість, форму, стан (наприклад, предметом злочину, передбаченого ст. 241 КК, є атмосферне повітря), структуру; соціальна – відображає значення предмета к.пр. 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 к.пр. у кримінально-правовому аспекті (форма законодавчого визначення, мета впливу на бажаний для винного предмет тощо).

Так, розкриваючи фізичну ознаку предмета к.пр., слід сказати, що останній може бути передбачений у КК у вигляді продуктів діяльності людини; інформації, біологічних організмів та органів, хімічних речовин, фізичних утворень навколишнього середовища тощо.

2.3.2.2. Окремі вітчизняні дослідники (наприклад, М.Й. Коржанський, В.М. Куц, А.М. Орлеан, В.М. Смітєнко, П.Л. Фріс) пропонують визнавати предметом к.пр. і людину, шляхом впливу на тіло якої вчиняється к.пр. Згідно з цим підходом потерпілий – «олюднений» предмет

* Демидова Л.М. Проблеми кримінально-правової відповідальності за заподіяння майнової шкоди в Україні (майнова шкода як злочинний наслідок): теорія, закон, практика: Монографія. – Харків: Право, 2013. – С. 259.

к.пр. Автори цих рядків, однак, приєднуються до точки зору, згідно з якою людину як носія охоронюваних КК відносин, незважаючи на її біологічну складову, варто охоплювати кримінально-правовим поняттям не предмета к.пр., а потерпілого.

Людину не можна визнати річчю, адже вона є живою та наділеною інтелектом біосоціальною істотою. При визнанні людини предметом злочину соціальне і біологічне у людині протиставляється й отримує різну інтерпретацію. Між тим наука кримінального права вивчає соціальні процеси і закономірності, а біологічні явища розглядає передусім в аспекті розкриття цих процесів і закономірностей*. Інакше кажучи, визнання людини предметом к.пр. виглядає не лише неетичним, а і нелогічним. Взагалі має рацію В.О. Навроцький, який називає дискусію із означеного питання схоластичною і такою, що не стосується вирішення будь-яких кримінально-правових питань. Адже так чи інакше ознаки того, проти кого спрямоване посягання і хто підлягає кримінально-правовій охороні, мають бути встановлені незалежно від того, як його називати – предметом к.пр. або потерпілим від нього**.

2.3.2.3. У сучасній кримінально-правовій доктрині не склався єдиний підхід у питанні про місце у структурі складу к.пр. так званих антиблаг – негативних цінностей (предметів із негативними властивостями) на кшталт підроблених грошей, небезпечної продукції, порнографічних предметів, неправомірної вигоди.

Підтримувана нами точка зору (Н.О. Гуророва, Є.В. Лащук, А.А. Музика, М.І. Панов та ін.) 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 к.пр. Матеріальні антиблага не можна розглядати окремо від об'єкта к.пр., хоч вони і не належать до охоронюваних КК відносин. Вважається, що при вчиненні ряду к.пр. шкода об'єкту заподіюється шляхом безпосереднього впливу не на предмет, а на соціальний зв'язок як елемент охоронюваних кримінальним законом відносин. У деяких випадках не лише наявність, а і відсутність предмета к.пр., знаходження його у статичному стані або додержання щодо нього особливого правового режиму визнається свідченням нормального функціонування зазначених відносин. При вчиненні к.пр., предметом якого є матеріальне антиблаго, особа не виконує покладеного на неї обов'язку і тим самим розриває (або ускладнює) зв'язок з іншими учас-

* Панов М.І. Вибрані праці з проблем правознавства / Передмова В.П. Тихого. – К.: Ін Юре, 2010. – С. 297–298; Калмиков Д.О. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей: Монографія / Наук. ред. М.І. Хавронюк. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 47.

** Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 176.

никами суспільних відносин. Стає зрозумілим, що предмет к.пр. не завжди може визнаватись матеріальним вираженням охоронюваних кримінальним законом відносин.

Інша наукова позиція (зокрема, Н.О. Антонюк, В.І. Борисов, Ю.О. Кукчер, 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 к.пр., треба визнавати засобом його вчинення. Якщо сприйняти таку позицію, то, наприклад, споруди і будівлі, самовільно збудовані на самовільно зайнятій земельній ділянці, як матеріальні утворення, які не можна віднести до охоронюваних законом відносин, не повинні розглядатись як предмет злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК. Предметом цього злочину, як і злочину, караного за ч. 1 (ч. 2) ст. 197-1 КК, виступає земельна ділянка.

За умови його однозначного формулювання у кримінальному законі предмет к.пр. може відігравати роль чіткої розмежувальної ознаки. Предмет злочину є критерієм розмежування як суміжних складів злочинів (передбачених, наприклад, ст. 111 і ст. 330, ст. 176 і ст. 177, ст. 199 і ст. 224 КК), так і складів злочинів і складів інших правопорушень (передбачених, наприклад, ст. 204 КК і ст. 164-16 КАП).

2.3.3. Потерпілий від кримінального правопорушення

2.3.3.1. У сучасній правовій доктрині розрізняють кримінально-правове, кримінологічне і кримінально-процесуальне поняття потерпілого: кримінально-правове – потерпілий від к.пр. (цьому поняттю присвячені монографічні роботи таких українських дослідників, як Ю.В. Баулін, В.С. Батиргареева, В.І. Борисов, Є.В. Лашук, А.А. Музика, Т.І. Присяжнюк, М.В. Сенаторов та ін.), кримінологічне – жертва к.пр. і кримінально-процесуальне – потерпілий у кримінальному провадженні. Тобто вчення про потерпілого носить міждисциплінарний характер.

У чинному КК слово «потерпілий» вживається понад 80 разів, не кажучи про терміни, що позначають різновиди потерпілого, – неповнолітній, хворий, особа, яка виконує службовий або громадський обов'язок, суддя, народний засідатель, присяжний, працівник правоохоронного органу, новонароджена дитина тощо.

При цьому законодавче визначення потерпілого наводиться не у кримінальному, а в кримінальному процесуальному законодавстві (ст. 55 КПК 2012 р.).

Потерпілий у кримінальному процесуальному розумінні – це фізична особа, якій к.пр. завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій к.пр. завдано майнової шкоди. Права та обов'язки потерпілого виникають в особи з моменту подання заяви про вчинення щодо неї к.пр. або про залучення її до провадження як потерпілого.

Проте закріплена у КПК дефініція потерпілого не повністю відповідає потребам кримінального права.

Кримінально-правове поняття потерпілого необхідне для вирішення питань, пов'язаних із криміналізацією, кваліфікацією, диференціацією кримінальної відповідальності, звільненням від кримінальної відповідальності. Інакше кажучи, для багатьох к.пр. потерпілий має таке саме серйозне кримінально-правове значення, як для інших к.пр. їх предмет.

Наприклад, такий злочин із привілейованим складом, як умисне вбивство, вчинене у стані сильного душевного хвилювання (ст. 116 КК), передбачає, що цей стан винного виник унаслідок протизаконного насильства, систематичного знуцання або тяжкої образи з боку потерпілого. Відповідальність за зґвалтування диференційовано у т.ч. залежно від того, чи є неповнолітніми або малолітніми особи, потерпілі від цього найбільш поширеного злочину проти статевої свободи людини. До обставин, що пом'якшують покарання, віднесено, зокрема, вчинення злочину під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними або аморальними діями потерпілого (п. 7 ч. 1 ст. 66 КК).

Кримінальне правопорушення, обов'язковою ознакою складу якого є потерпілий, полягає у впливі на потерпілого – його вбивстві, заподіянні тілесних ушкоджень, незаконному поміщенні до психіатричної лікарні тощо.

Особа стає потерпілою у кримінально-правовому сенсі з моменту вчинення щодо неї к.пр. незалежно від того, чи розпочалось у зв'язку з цим кримінальне провадження, чи зафіксовано факт вчинення к.пр. щодо особи у процесуальному порядку.

Оскільки юридичним фактом, з яким пов'язується поява потерпілого у кримінально-правовому значенні, є вчинення закінченого або незакінченого к.пр., не визнаються потерпілими ті суб'єкти, шкоду яким заподіяно відмінними від к.пр. діями, передбаченими кримінальним законом: малозначним діями; поведінкою без вини; діями неосудного або особи, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність; діями, вчиненими за обставин, що виключають їх кримінальну протиправність.

Відповідно до ч. 6 ст. 55 КПК, якщо внаслідок к.пр. сталася смерть особи (наприклад, це може бути вбивство через необережність, передбачене ч. 1 ст. 119 КК, або каране за ст. 118 КК умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони), права потерпілого можуть мати близькі родичі чи члени сім'ї такої особи. Однак зазначені особи не охоплюються кримінально-правовим поняттям потерпілого від к.пр.: цим поняттям мають позначатись лише такі особи, яким шкода внаслідок вчинення злочину заподіюється безпосередньо.

Тому, наприклад, не розглядаються як потерпілі особи, які є близькими зґвалтованій жінці, хоч і такі особи можуть зазнати унаслідок вчинення злочину, передбаченого ст. 152 КК, моральних страждань і матеріальних витрат.

2.3.3.2. Визначаючи місце потерпілого у структурі складу к.пр., ми приєднуємось до пануючого у доктрині погляду, згідно з яким потерпілий – факультативна ознака об'єкта злочину. Ця ознака є факультативною через те, що потерпілий не є обов'язковою ознакою усіх складів конкретних к.пр., передбачених КК. Ознакою складу к.пр. потерпілий стає лише тоді, коли його наявність впливає із законодавчого визначення к.пр.

Якщо мова вже зайшла про законодавця, то варто зазначити, що він досить часто прямо не вказує на потерпілого, але передбачає його наявність, яка встановлюється шляхом тлумачення КК. Наприклад, потерпілим від умисного або необережного тяжкого тілесного ушкодження як злочину проти здоров'я особи вважається жива, що має фактичне здоров'я, людина в період від народження до смерті незалежно від наявності у неї хвороб, фізичних вад та інших індивідуальних особливостей. За таких обставин вказівка на нормативне закріплення властивостей потерпілого як на одну з ознак цього кримінально-правового поняття (наприклад, М.В. Сенаторов) навряд чи виправдана.

Іноколи можна вести мову про альтернативного потерпілого. Це має місце тоді, коли в диспозиції норми КК названі два і більше можливих потерпілих. Так, у ст. 112 КК фігурують такі потерпілі, як Президент, народний депутат, член уряду України тощо.

2.3.3.3. Залежно від кола суб'єктів, які розцінюються як потерпілі (інакше кажучи, за суб'єктивним змістом), можна виділити дві основні позиції щодо розуміння потерпілого від к.пр., які існують у вітчизняному кримінальному праві.

Перша позиція зводиться до того, що потерпілий – це факультативна ознака об'єкта к.пр., що характеризує людину (фізичну особу), з приводу якої вчинюється к.пр. та/або якій відповідно до кримінально-правової норми завдається істотна шкода (чи створюється загроза її заподіяння)*.

Викладена позиція ґрунтується на тому, що у чинному кримінальному законодавстві термін «потерпілий» і похідні від нього терміни вживаються тільки стосовно людей (фізичних осіб). До того ж етимологічно поняття потерпілого пов'язане саме з фізичною особою, а не тим чи іншим колективним утворенням.

Вказівка на загрозу заподіяння шкоди у визначенні потерпілого вважається виправданою, оскільки у випадку вчинення стосовно людини незакінченого к.пр. шкода особі фактично може бути і не за-

* Музика А.А., Лашук Є.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: Монографія. – К.: ПАЛІВОДА А.В., 2011. – С. 65, 82; Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 176.

подіяна (наприклад, людина не випила призначений для неї напій з отрутою, а вилила його). На відміну від предмета, потерпілому від к.пр. як носієві охоронюваних кримінальним законом відносин завжди заподіюється шкода – реальна або (у випадку вчинення незакінченого к.пр.) потенційна.

Потерпілий – це людина, яка відрізняється від тієї фізичної особи, яка вчиняє к.пр. Відповідно, при заподіянні шкоди самому собі потерпілий як ознака складу к.пр. відсутній. З цього приводу у п. 3 постанови ПВС від 2 липня 2004 р. № 13 «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» роз'яснюється, що не можуть бути визнані потерпілими особи, які постраждали від злочину, вчиненого ними самими.

Наприклад, це має місце тоді, коли у результаті порушення ПДР тілесні ушкодження заподіяні лише тому водію транспортного засобу, який порушив вказані Правила; відповідно, у його поведінці немає складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК.

Суть іншого, більш широкого розуміння потерпілого від к.пр. полягає у тому, що ним пропонується визнавати не лише людину, а й інших соціальних суб'єктів, скажімо юридичну особу, державу, інше соціальне утворення (зокрема, організацію, що діє без створення юридичної особи), яким заподіюється шкода (фізична, майнова, моральна, організаційна, політична тощо) або створюється загроза заподіяння такої шкоди*. Свого часу про віднесення держави до потерпілих від злочину писав вже згадуваний М.С. Таганцев. Оригінальне спростування цієї тези полягає у тому, що статус потерпілого є юридично зайвим для держави – потужного суб'єкта кримінально-правових відносин, що може застосовувати від власного імені примус**.

У будь-якому разі потерпілими від к.пр. не визнаються тварини, речі або явища, а також суспільство. Так, у випадку вчинення вбивства чи крадіжки немає потреби визнавати потерпілим усе суспільство – потерпілим визнаватиметься конкретна особа. Якщо вважати потерпілим суспільство у цілому, то к.пр. без потерпілого просто не існуватиме.

* Сенаторов М.В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві / За наук. ред. В.І. Борисова. – Харків: Право, 2006. – С. 60; Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / За заг. ред. Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова. – Харків: Кроссрууд, 2008. – С. 39–55; Кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гусласького, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011 – С. 297; Общая часть уголовного права: состояние законодательства и научной мысли / Под ред. Н.А. Лопашенко. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2011. – С. 286; Державна політика у сфері захисту прав потерпілих від кримінальних правопорушень в Україні: Матеріали «круглого столу», 25 квітня 2013 р. / Редкол.: В.І. Борисов (голов. ред.), Б.М. Головін (заст. голов. ред.) та ін. – Харків: Право, 2013. – С. 6.

** Сердюк П.П. Теоретичні й методологічні проблеми сучасного кримінального права: Монографія. – Запоріжжя: Акцент Інвест-Трейд, 2012. – С. 142.

Література

- Коржанський М.Й. Предмет і об'єкт злочину: Монографія. – Дніпропетровськ: Юрид. акад. Мін-ва внутр. справ; Ліра ЛТД, 2005. – 252 с.
- Музика А.А., Лашук Є.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: Монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – 192 с.
- Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / За заг. ред. Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова. – Харків: Кроссрууд, 2008. – 364 с.
- Яремко Г.З. Спільність об'єкта злочину в асоціаціях кримінально-правових норм про різні склади одного злочину // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2013. – Вип. 4 (65). – С. 188–196.

Запитання і завдання

1. Відшукайте вказівки на об'єкт к.пр. у статтях Загальної та Особливої частин КК України.
2. Які положення щодо об'єкта злочину є найбільш дискусійними в українській кримінально-правовій науці? Охарактеризуйте родовий, видовий і безпосередній об'єкти к.пр., а також його додатковий об'єкт.
3. Поясніть, чим предмет к.пр. відрізняється від об'єкта к.пр. та від його знаряддя. У чому полягають новітні підходи щодо визначення предмета к.пр.? Наведіть приклади розмежування складів к.пр. за допомогою предмета к.пр.
4. Чим кримінально-правове поняття потерпілого від к.пр. відрізняється від кримінально-процесуального поняття потерпілого, і в чому полягає необхідність виділення останнього?

Рекомендуємо прочитати

- Олександр Дюма «Три мушкетери».
- Федір Достоевський «Брати Карамазови».

Радимо подивитись

- Мій кузен Вінні (США, 1992, режисер Джонатан Лінн).
- Пожнеш бурю (США, 1960, режисер Стенлі Крамер).
- Закон Гарроу (Велика Британія, 2011, режисери Пітер Лайдон, Ешлі Пірс, Брін Хіггінс).
- Догвілл (Данія, Швеція та інші, 2003, режисер Ларс фон Трієр).
- Забутий (Росія, 2011, режисер Володимир Щегольков).

2.4. Об'єктивна сторона кримінального правопорушення

2.4.1. Поняття об'єктивної сторони кримінального правопорушення

2.4.1.1. Будучи зовнішнім проявом суспільно небезпечного діяння, що посягає на об'єкт кримінально-правової охорони, **об'єктивна сторона** визначає, у чому полягає к.пр. та які наслідки воно спричиняє, за яких умов місця, часу та обстановки це к.пр. має місце, в який спосіб і за допомогою яких засобів чи знарядь воно вчиняється.

На практиці при здійсненні кримінального переслідування насамперед, як правило, встановлюється саме об'єктивна (найбільш інформативна) сторона к.пр., 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 к.пр. зазначаються в диспозиціях норм Особливої частини КК найбільш повно.

Наприклад, згвалтування з об'єктивної сторони полягає у статевих зносінах із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи (ст. 152 КК), а шахрайство – у заволодінні чужим майном або придбанні права на майно шляхом обману чи зловживання довірою (ст. 190 КК).

Проте правильно вирішити питання про кримінальну відповідальність особи неможливо, якщо об'єктивну сторону к.пр. розглядати ізольовано від його суб'єктивної сторони. Так, випадки «тимчасового запозичення майна», хоч і нагадують із зовнішнього боку привласнення майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем, не повинні розцінюватись як к.пр., передбачене ст. 191 КК, через відсутність умислу, спрямованого на обернення чужого майна на користь винного чи інших осіб.

Значення об'єктивної сторони полягає і в тому, що вона у ряді випадків дає можливість відмежовувати одне к.пр. від іншого.

Об'єктивна сторона крадіжки полягає у таємному викраденні чужого майна, а грабежу – у відкритому викраденні чужого майна, тоді як об'єкт, суб'єкт і суб'єктивна сторона названих правопорушень проти власності збігаються.

Оскільки об'єктивна сторона значною мірою визначає характер і ступінь суспільної небезпеки к.пр., її ознаки беруться до уваги при вирішенні питань, пов'язаних із криміналізацією та пеналізацією вчинків людини. Так, при конструюванні основних і кваліфікованих складів різних к.пр. законодавець з тим, щоб наголосити на специфічних властивостях конкретного к.пр., досить часто звертається до таких загалом факультативних ознак об'єктивної сторони, як спосіб, місце, час, обстановка, ситуація, знаряддя і засоби вчинення діяння.

Навіть у тому разі, коли певна ознака, яка характеризує зовнішню сторону вчиненого, не є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу конкретного к.пр., вона може мати кримінально-правове значення, а саме впливати на призначення покарання у порядку врахування обставин, які пом'якшують або обтяжують покарання (ст.ст. 66, 67 КК).

2.4.2. Діяння (дія чи бездіяльність)

2.4.2.1. Поняття «суспільно небезпечне діяння» охоплює дві форми кримінально караного поведінки особи – активну (дія) та пасивну (бездіяльність). Переважна більшість к.пр., передбачених Особливою частиною КК, може бути вчинена лише шляхом дії. Це, наприклад, державна зрада, зґвалтування, грабіж, контрабанда, бандитизм.

Значна кількість к.пр. може вчинюватися шляхом як дії, так і бездіяльності (зокрема, порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки, порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, службова недбалість). Існують також к.пр., які можуть вчинюватися тільки шляхом бездіяльності (ненадання допомоги хворому медичним працівником, невплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат тощо). Кримінальна відповідальність настає лише за суспільно небезпечне діяння, а не за шкідливі думки, переконання, наміри або небезпечний стан особи.

Прикладом встановлення кримінальної відповідальності не за діяння, а за стан особи, неприйнятний для керівництва держави, є ч. 2 ст. 541 КК УСРР 1927 р. Ця норма передбачала застосування позбавлення виборчих прав і заслання до віддалених районів Сибіру на п'ять років для повнолітніх членів родини зрадника (військовослужбовця, який здійснив втечу або переліт за кордон), які жили спільно з ним або перебували на його утриманні, навіть якщо ці особи нічого не знали про вчинення військовослужбовцем зради.

2.4.2.2. Вчинення к.пр. шляхом дії означає активну вольову поведінку особи, яка контролюється свідомістю того, хто вчиняє к.пр. У зв'язку з цим поняттям дії у кримінально-правовому розумінні не охоплюються здійснювані мимоволі рефлекторні рухи людини. Так, не може через відсутність суспільно небезпечного діяння нести кримінальну відповідальність за заподіяння тілесного ушкодження особа, яка внаслідок раптового гальмування автобусу, що перевозить пасажирів, падає на іншу людину і калічить її.

Б., який працював сторожем магазину, повертаючись увечері додому із зарядженою рушницею, побачив, що п'яний М. намагається побити П. Щоб не допустити бійки, Б. вирішив здійснити постріл у повітря. Побачивши Б., який наближався до місця конфлікту, М. кинувся до нього і раптово вдарив його ногою в живіт. Від удару Б. впав на землю, мимоволі натиснув на спусковий гачок рушниці, від пострілу М. загинув. Калинівським районним судом Вінницької області Б. був засуджений за вбивство з необережності. Закри-

ваючи кримінальну справу за відсутністю у діях Б. складу злочину, судова колегія у кримінальних справах ВС обґрунтувала своє рішення тим, що смерть М. сталася в результаті не необережних дій Б., а несподіваного нападу на нього і неправомірних дій самого потерпілого.*

Разом з тим імпульсивні дії (зокрема, вчинювані у стані сильного душевного хвилювання) мають охоплюватися поняттям діяння у кримінально-правовому сенсі**.

Прагнучи уникнути фікції, відображеної у ст. 21 КК України, згідно з якою діяння п'яної людини завжди вважаються контрольованими її свідомістю, німецький законодавець запровадив самостійну кримінальну відповідальність особи за умисне або необережне доведення себе до стану абсолютного сп'яніння. Відповідальність за § 323а КК ФРН настає, якщо у вказаному стані особа вчиняє протиправне діяння і не може бути покарана за нього, оскільки внаслідок сп'яніння була неосудною або її неосудність не виключалась.

За своєю фізичною суттю дії як форма кримінально протиправної поведінки можуть бути різними. Як правило, це різноманітні рухи тіла людини, включаючи міміку і жести. Так, погроза застосуванням фізичного насильства при зґвалтуванні може виражатись у демонстрації зброї, а обман як спосіб вчинення шахрайства може набувати вигляду конклюдентних дій (наприклад, використання форменого одягу особами, які видають себе за працівників міліції і під виглядом обшуку вилучають у потерпілого матеріальні цінності як «речові докази»). Окремі к.пр. можуть бути вчинені шляхом виголошення або написання слів, фраз, промов. Це, наприклад, погроза вбивством, публічні заклики до вчинення терористичного акту, завідомо неправдиве показання, розголошення комерційної або банківської таємниці. За допомогою слів можуть виконувати об'єктивну сторону такі співучасники, як підбурювач, організатор та інтелектуальний пособник.

Цікаво, що американська доктрина дією, достатньою для притягнення до кримінальної відповідальності, визнає у т.ч. рухи язика. До к.пр., виражених у словесній формі, у США відносять, наприклад, змову, підбурювання, завідомо неправдиве показання, а також співучасть у к.пр.

Поняттям дії у кримінально-правовому розумінні охоплюється також свідоме використання тварин, різноманітних засобів, в тому числі зброї, виробничих процесів, фізичних явищ, сил природи (скажімо, високої і низької температури, земного тяжіння), інших людей, якщо останні не підлягають кримінальній відповідальності (опосередковане

* Практика прокурорського надзора при рассмотрении судами уголовных дел: Сб. документов. – М.: Юрид. лит., 1987. – С. 8–9.

** Бажанов М.И. Избранные труды / Сост. В.И. Тютюгин, А.А. Байда, Е.В. Харитоновна, Е.В. Шевченко; отв. ред. В.Я. Тацкий. – Харьков: Право, 2012. – С. 471–472.

вчинення к.пр.), – за умови, що зазначене використання контролюється винним. Підхід, згідно з яким суспільно небезпечна дія вбачається і тоді, коли людина безпосередньо не здійснює фізичного впливу на об'єкт кримінально-правової охорони, інколи називають правилом «продовженої руки злочинця».

2.4.2.3. Під **бездіяльністю** розуміється суспільно небезпечна вольова поведінка особи, що полягає у невиконанні належного – того обов'язку, який особа повинна була і могла виконати. Так, кримінально карана бездіяльність може полягати у відсутності належного контролю за тваринами (зокрема за собаками бійцівських порід) чи невтручанні в їхню поведінку. За наявності підстав вказана бездіяльність того, хто був зобов'язаний і міг убезпечити оточуючих від агресивної тварини, має кваліфікуватись за ст. 119 КК як вбивство через необережність або ст. 128 КК як необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження.

Властивістю розглядуваної бездіяльності визнається наявність не морального, а саме правового обов'язку особи діяти певним чином у конкретній ситуації. Цей обов'язок може впливати із: вимог чинного законодавства (наприклад, обов'язок свідка давати показання, обов'язок водія зупинити автомашину при червоному світлі світлофора, обов'язок лікаря надавати медичну допомогу); законного наказу чи розпорядження; професійних обов'язків; договору (зокрема, це стосується осіб, які на правових засадах здійснюють виховання малолітніх дітей або нагляд за ними); попередньої поведінки особи (так, у ст. 135 КК говориться про завідоме залишення без допомоги особи, яка перебуває у небезпечному для життя стані і позбавлена можливості вжити заходів до самозбереження, вчинене тим, хто сам поставив потерпілого у такий стан)*.

В американській юридичній літературі при обґрунтуванні кримінальної відповідальності за бездіяльність також наголошується на тому, що правовий обов'язок діяти (впливає з родинних стосунків, вимог закону, договору найму, створеної суб'єктом безпеки тощо) необхідно відрізняти від морального обов'язку. На відміну від підходу, який склався у кримінальному праві Франції, у США особа не нестиме кримінальну відповідальність за ненадання допомоги тому, хто перебуває у небезпеці (наприклад, за те, що не рятує дитину, яка тоне, або не попереджає сліпого, який рухається до обриву), навіть якщо це могло бути зроблено без будь-якої небезпеки чи незручності для особи.

Згідно з § 13 КК ФРН підлягає покаранню той, хто не вчиняє дій, необхідних для запобігання наслідку, передбаченого складом кримінально протиправного діяння, якщо існує його правовий обов'язок не допустити настання

* Існує, щоправда, точка зору, згідно з якою для висновку про юридичну специфіку активної і пасивної форм злочинної поведінки достатніх підстав немає. Адже особливі умови протиправності злочинного діяння встановлюються за волею законодавця залежно від цілей кримінально-правової охорони як для дії, так і для бездіяльності (див. про це: Нагаєва Т.И. *Форми и виды преступного поведения: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. – М., 2012. – С. 19–22*).

цього наслідку. У ст. 41 КК Італії зазначається, що неперешкодження результату з боку особи, на яку покладено юридичний обов'язок перешкодити цьому результату, прирівнюється до його заподіяння.

Натомість КК Франції передбачає відповідальність за найбільш грубі з точки зору моралі види бездіяльності, безкарність яких істотно зачіпала б громадську думку. Йдеться, зокрема, про: неперешкодження злочину або проступку проти тілесної недоторканності людини (ч. 1 ст. 223-6); ненадання допомоги особі, яка перебуває у небезпеці (ч. 2 ст. 223-6); неповідомлення про злочин (ст. 434-1); неповідомлення про погане поводження із неповнолітнім або іншою особою, яка не спроможна захистити себе (ст. 434-4); бездіяльність свідка, який знає про невинуватість особи, яка перебуває під вартою або засуджена за злочин чи проступок (ст. 434-11).

Як бачимо, законодавець кожної держави, виходячи із власного уявлення про співвідношення кримінально-правових норм і приписів моралі, по-різному окреслює межі кримінально протиправної бездіяльності.

Реальна можливість виконати покладений на особу правовий обов'язок як характеристика бездіяльності залежить як від об'єктивних, так і суб'єктивних чинників. У деяких випадках у КК встановлені спеціальні обмеження щодо поведінки особи, які повинні братись до уваги при вирішенні питання про кримінальну відповідальність особи за бездіяльність. Так, капітан судна нестиме відповідальність на підставі ст. 284 за ненадання допомоги іншому судну та особам, які на водному шляху зазнали лиха, лише у разі, коли він мав можливість надати таку допомогу без серйозної небезпеки для свого судна, його екіпажу і пасажирів. Відповідальність за ст. 139 виключається, якщо надати допомогу хворому медичному працівнику завадили різноманітні життєві обставини, позначені у цій нормі КК як поважні причини. Зроблені у ст.ст. 139, 284, 135, 136 та інших застереження видаються зайвими (надмірними), демонструють непослідовність законодавця, оскільки зрозуміло, що і в інших випадках кримінальна відповідальність за бездіяльність повинна наставати лише за наявності в особи можливості діяти належним чином.

Виправдовуючи за відсутністю складу злочину заступника директора сланцехімічного заводу із кадрів і побуту Р, засудженого за халатність, Судова колегія у кримінальних справах ВС СРСР мотивувала свою позицію тим, що у цієї службової особи була відсутня можливість виконати належним чином покладені на неї обов'язки. Р. не зміг забезпечити пропускний режим на підприємстві та охорону складу метанолу, викраденого місцевими жителями (19 із них внаслідок вживання метанолу загинули), через незавершеність процесу будівництва та, як наслідок, відсутність споруд і пристроїв, необхідних для унеможливлення проникнення сторонніх осіб на територію заводу.*

* Бюллетень Верховного Суда СРСР. – 1987. – № 4. – С. 26–27.

2.4.2.4. Кримінальна відповідальність не настає за дії **непереборної сили**, під якою розуміється дія стихійних сил природи (землетруси, поєви, пожежі тощо), людей (страйки, демонстрації, блокади, громадські безпорядки, воєнні дії тощо), звірів, інших надзвичайних або невідворотних факторів (наприклад, техногенна катастрофа, фізіологічні процеси), через які особа позбавлена реальної можливості виконати покладений на неї правовий обов'язок. Вважається, що непереборна сила, спеціальна регламентація якої у чинному КК відсутня, повністю перешкоджає людині здійснити вчинок, який виражає її волю. Так, медичний працівник не повинен нести кримінальну відповідальність за ненадання хворому допомоги, якщо він не зміг потрапити до хворого внаслідок поєви.

Закриваючи за відсутністю складу злочину кримінальну справу, порушену щодо посадових осіб, військовослужбовців і працівників ЗС та МО, слідчий виходив з того, що влучення 20 квітня 2000 р. тактичної ракети класу «земля-земля» «Точка-У» у житловий будинок у м. Бровари і загибель внаслідок руйнування будинку трьох людей стала результатом дії непереборної сили. Внаслідок вибуху порохового акумулятора ракети під час польоту відбулося руйнування ракети, що призвело до виходу з ладу системи керування нею. Оскільки двигун продовжував працювати, а механізму самолівідації ракети передбачено не було, це потягло зміну траєкторії руху ракети і потрапляння її у житловий будинок.*

2.4.2.5. Природа фізичного примусу та непереборної сили різна. Якщо фізичний примус може застосовуватися тільки людиною, то непереборна сила може виникати і з інших обставин. Фізичний примус полягає як у безпосередньому фізичному впливі на організм людини (в тому числі застосуванні отруйних, сильнодіючих та інших речовин і засобів), так і в обмеженні свободи пересування у просторі без контакту з тілом людини.

Особа не несе кримінальної відповідальності, якщо вона заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам під безпосереднім впливом **фізичного примусу**, внаслідок якого її воля була повністю пригнічена, й особа не могла керувати своїми вчинками (ч. 1 ст. 40 КК).

Так, сторож не може нести відповідальність за порушення обов'язків щодо охорони майна (ст. 197 КК), якщо при нападi на об'єкт, який він охороняє, його було зв'язано чи йому було спричинено тяжкі тілесні ушкодження і тим самим позбавлено можливості виконувати свій обов'язок щодо охорони об'єкта. Не може відповідати за вчинення вбивства особа, якщо кілька осіб застосовують до неї фізичне насильство, тримаючи її, дають заряджений пістолет їй у руку і всупереч волі цієї особи натискають її пальцем на спусковий гачок пістолета з метою вбивства іншої людини.

* Вибух у Броварах: фінал // Юридичний вісник України. – 2000. – № 51.

Психічний примус, тобто вплив на свідомість людини з метою змусити її вчинити к.пр. за допомогою погроз (вбивством, зґвалтуванням, заподіянням тілесних ушкоджень, знищенням майна, погрози-шантажу тощо), та фізичний примус, внаслідок якого особа зберігала можливість керувати своїми діями, виключають кримінальну відповідальність за заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, лише якщо особа, яка зазнала такого впливу, перебувала у стані крайньої необхідності (ч. 2 ст. 40 КК).

Касир не повинен нести кримінальну відповідальність за те, що віддав гроші злочинцям, які погрожували йому вбивством.

Особа, яка шляхом переборного фізичного примусу або психічного примусу змушує іншу особу вчинити к.пр., повинна визнаватись підбурювачем злочину. Той, хто вчинив к.пр. під впливом вказаного примусу, має розглядатись як його виконавець. Особа, яка застосовує непереборний фізичний примус, виступає як виконавець відповідного к.пр.

У ситуаціях, які не охоплюються поняттям крайньої необхідності, переборний фізичний примус і психічний примус як чинники, що повністю волю людини не паралізують і лише ускладнюють вибір того чи іншого варіанту поведінки, враховуються як обставина, що пом'якшує покарання (п. 6 ч. 1 ст. 66 КК).

Подібним чином вирішується розглядувана проблема у КК Франції. Згідно зі ст. 122-2 цього Кодексу не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка діяла під впливом тієї чи іншої сили або примусу, яким вона не могла протистояти. Кримінальне законодавство держав – колишніх французьких колоній (Алжир, Мадагаскар, Марокко, Сенегал) і деяких інших держав, які зазнали французького впливу (Бельгія, Мальта, Нідерланди, Еквадор), також виключає кримінальну відповідальність у випадку примусу силою, якій неможливо було протистояти. Судова практика у названих державах, за загальним правилом, розглядає це формулювання як таке, що включає не лише фізичний, а і психічний примус.

Вельми точно визначення погрози при психічному примусі можна відшукати у кримінальному законодавстві держав – колишніх британських колоній (Індії, Камеруну, Канади, Малайзії, Сінгапуру тощо), а також деяких держав Латинської Америки (Аргентини, Коста-Ріки, Нікарагуа). Зазвичай у цьому разі йдеться про погрозу негайного заподіяння смерті або тяжкого тілесного ушкодження, неминучої тяжкої шкоди. При цьому законодавець чітко називає ті діяння, вчинення яких не може бути виправдане тим, що особа діяла під впливом психічного примусу (зокрема, умисне вбивство, зґвалтування, державна зрада). За кримінальним правом Англії посилання на погрозу не впливає на злочинний характер поведінки активних членів злочинних організацій, оскільки ці особи досить часто виправдовуються тим, що діяли під впливом погроз інших членів таких організацій.*

* Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право: Общая часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2009. – С. 237–240.

Способом психічного примусу до вчинення к.пр. може бути і гіпноз, який по-різному впливає на психіку людини залежно від техніки й інтенсивності гіпнотичного навіювання та індивідуальної сприйнятливості гіпнотизованого. Стан гіпнотичного трансу може бути як переборним, коли особа зберігає здатність певною мірою контролювати ситуацію і опиратись вимогам гіпнотизера, так і непереборним, таким, що повністю пригнічує волевиявлення людини і робить її таким собі сліпим знаряддям у руках гіпнотизера.

Існують держави, кримінальне законодавство яких прямо визнає гіпноз засобом психічного примусу (наприклад, Ізраїль, Македонія, Словенія, Хорватія, Таїланд, Ефіопія). Так, ст. 34 Закону Ізраїлю про кримінальне право проголошує, що особа не підлягатиме кримінальній відповідальності за вчинене нею діяння, якщо вона не могла обрати між його вчиненням та утриманням від нього через неможливість керувати рухами свого тіла. Під таким діянням розуміється, зокрема, діяння, вчинене під впливом гіпнозу.

Оскільки поведінка загіпнотизованої особи фактично може бути позбавлена вольового характеру, а в ст. 40 КК України йдеться лише про переборний психічний примус, за якого особа зберігає хоча б мінімальну можливість керувати своєю поведінкою, вітчизняний кримінальний закон варто доповнити положенням про непереборний психічний примус. При цьому місце такого положення, як і норми про непереборний фізичний примус (ч. 1 ст. 40), – не у розділі VIII Загальної частини, оскільки у цих випадках йдеться не про виключення кримінальної протиправності діяння, а про відсутність як такого діяння у кримінально-правовому розумінні, тобто у розділі III Загальної частини КК.

2.4.3. Суспільно небезпечні наслідки та причиновий зв'язок

2.4.3.1. Будь-яке к.пр. спричиняє негативні зміни у реальній дійсності, тягне **суспільно небезпечні наслідки**, які полягають у заподіянні шкоди об'єкту кримінально-правової охорони. За своїм змістом заподіяна шкода може бути, зокрема:

- фізичною (при вбивстві, тілесному ушкодженні тощо);
- майновою (зокрема, при грабежі, знищенні або пошкодженні майна, ухиленні від сплати податків і зборів);
- моральною (при незаконному позбавленні волі або викраденні людини, нарузі над могилою, з'валтуванні тощо);
- політичною (при посяганні на територіальну цілісність і недоторканність України);
- організаційною (її спричиняють, зокрема, злочини у сфері службової діяльності);
- екологічною (притаманна передусім для злочинів проти довкілля);
- комплексною (поєднання двох чи більше видів шкоди, зокрема фізичної і моральної).

Але не будь-яка шкода, заподіявана к.пр., вважається суспільно небезпечними наслідками як ознакою складу такого правопорушення.

Особливість вказаних наслідків полягає у тому, що вони піддаються більш-менш точному встановленню у порядку, закріпленому КПК. Так, тяжкість заподіяних особі тілесних ушкоджень визначається на підставі висновку судово-медичної експертизи. Водночас проблематично з'ясувати обсяг організаційної і моральної шкоди, заподіяної правомірному функціонуванню управлінської сфери фактом одержання неправомірної вигоди. Різниця у характері шкоди, спричинюваної об'єктам кримінально-правової охорони, враховується законодавцем (поряд з іншими чинниками) при конструюванні складів к.пр.

Залежно від того, обов'язковими чи необов'язковими ознаками об'єктивної сторони є суспільно небезпечні наслідки, тобто залежно від законодавчої конструкції, к.пр. поділяються на правопорушення з формальним і матеріальним складом.

Для порівняння: у кримінально-правовій доктрині США злочинні посягання поділяються на «злочини поведінки» і «злочини результату». У визначенні перших злочинні наслідки не вказуються, а тому кримінальну відповідальність тягне здійснення забороненої поведінки (наприклад, керування автомобілем у стані алкогольного сп'яніння, що не спричинило жодної реальної шкоди). У визначенні злочинів другого виду, навпаки, вказується на результат, настання якого і дає підставу для притягнення особи до кримінальної відповідальності. Цілком очевидно, що за різниці у термінології наведений поділ злочинів фактично збігається з ustalеним у нашому кримінальному праві поділом кримінально караних діянь на правопорушення з формальним і матеріальним складом.

Кримінальні правопорушення з формальним складом – це к.пр., для визнання яких закінченими достатньо самого факту вчинення суспільно небезпечного діяння (державна зрада, підміна чужої дитини, одержання неправомірної вигоди тощо). Наслідки у цьому разі в об'єктивну сторону не включені; вони можуть враховуватись при призначенні покарання як обтяжуюча обставина або (за наявності підстав) отримувати самостійну кримінально-правову оцінку за іншими нормами Особливої частини КК.

За ч. 1 ст. 366 КК як службове підроблення кваліфікував суд першої інстанції дії П., яка, працюючи головою районної спілки споживчих товариств, склала завідомо неправдиві документи – довідки про перебування С. на посаді менеджера товарного відділу райспоживспілки і про те, що Г.М. працював вантажником оптової бази вказаної спілки. Визнаючи правильною таку кримінально-правову оцінку дій П. і спростовуючи наведені в касаційній скарі аргументи засудженої, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС у своїй ухвалі зазначила, що злочин, передбачений ч. 1 ст. 366 КК, визнається закінченим з моменту вчинення однієї із вказаних у цій нормі дій незалежно від того, чи був використаний підроблений документ і чи спричинили такі дії які-небудь наслідки.*

* Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 8. – С. 17.

У к.пр. із матеріальним складом суспільно небезпечні наслідки, на-
впаки, передбачені як обов'язкова ознака об'єктивної сторони складу
к.пр. (основного або кваліфікованого). Такі наслідки зафіксовані у дис-
позиції норми Особливої частини КК або впливають з неї і становлять
собою заподіяну об'єкту кримінально-правової охорони шкоду, визна-
чену у кількісному та/або якісному відношенні.

Якщо передбачений у законі наслідок не настав, к.пр. із матеріаль-
ним складом вважається незакінченим, і кваліфікація вчиненого за
наявності підстав повинна здійснюватись із посиланням на відповідну
частину ст. 15 КК (наприклад, закінчений замах на вбивство). Не ви-
ключається ще один варіант кримінально-правової оцінки вчиненого –
констатація відсутності як такого складу к.пр.

*Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС визнала, що Но-
вокаховський міський суд Херсонської області припустився помилки, коли
кваліфікував у т.ч. за ст. 166 КК дії Р, яка перебуваючи у стані сп'яніння, на
три години залишила у лісосмузі свою чотиримісячну доньку. Відповідно до
диспозиції ст. 166 КК злісне невиконання батьками обов'язків по догляду за
дитиною утворює склад цього злочину лише в тому разі, якщо воно спри-
чинило тяжкі наслідки. Стан здоров'я знайденої дитини виявився задовіль-
ним; жодних хронічних чи інших захворювань під час огляду дитини вста-
новлено не було. Тому ухвалою колегії суддів з вироку, винесеного стосовно
Р, виключено вказівку на кваліфікацію її дій за ст. 166 КК і на призначення їй
покарання за сукупністю злочинів*.*

У КК суспільно небезпечні наслідки як обов'язкова ознака об'єктив-
ної сторони складу конкретного к.пр. позначаються по-різному:

1) зустрічаються диспозиції норм КК, в яких суспільно небезпечне
діяння та його наслідок описуються одним і тим же поняттям. Так, у
ст. 194 і ст. 196 КК йдеться про знищення або пошкодження майна;
вбивство з об'єктивної сторони – це згідно з ч. 1 ст. 115 КК протиправне
заподіяння смерті іншій людині;

2) іноді у тексті КК для позначення суспільно небезпечних наслідків
використовується термінологія, яка вживається у техніці, медицині, ін-
ших сферах життєдіяльності людини. Так, у ч. 2 ст. 134 КК фігурує та-
кий наслідок незаконного проведення абортів, як безплідність, а в ч. 2
ст. 277 КК – такий наслідок пошкодження шляхів сполучення і транс-
спортних засобів, як аварія поїзда або судна. Ознаки тілесних ушко-
джень, названі у ст.ст. 121–125, 128 КК, знаходять детальну конкрети-
зацію у затверджених МОЗ Правилах судово-медичного визначення
ступеня тяжкості тілесних ушкоджень;

3) не рідкістю є використання оціночних понять (зокрема у ч. 4 ст. 152
КК вказується на особливо тяжкі наслідки згвалтування, а в ч. 3 ст. 204

* Рішення у кримінальних справах. – 2008. – Вип. 1. – С. 109–110.

КК – на отруєння людей), які наповнюються конкретним змістом у порядку доктринального і судового тлумачення кримінально-правової норми. Інколи труднощі встановлення оціночних ознак, які позначають суспільно небезпечні наслідки, спонукають законодавця здійснювати їх тлумачення. Так, у примітці до ст. 248 КК роз'яснюється, що слід розуміти під істотною шкодою як ознакою об'єктивної сторони незаконного полювання.

Скасовуючи судові рішення, якими Т. було визнано винним у службовій недбалості, і направляючи справу на новий судовий розгляд, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС у своїй ухвалі зазначила, що суд першої інстанції фактично не вказав, у чому полягає істотна шкода як наслідок неналежного виконання Т. своїх службових обов'язків, хоч це є обов'язковою ознакою складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 367 КК. Таким чином, були проігноровані як вимоги КК, так і роз'яснення ПВС, наведене у п. 6 постанови від 26 грудня 2003 р. № 15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», згідно з яким якщо шкода полягає у заподіянні суспільно небезпечних наслідків нематеріального характеру, питання про її істотність вирішується з урахуванням конкретних обставин справи. Оскільки істотна шкода у цьому випадку є поняттям оціночним, суд мав зазначити у вироку, на якій підставі шкода, заподіяна поведінкою Т., була визнана такою. Крім цього, суд у вироку не спростував висновки органу досудового слідства про те, що Т., укладаючи і виконуючи як керівник підприємства договори підряду, в результаті умисного порушення вимог нормативно-правових актів і локальних документів завдав очолюваному ним підприємству матеріальних збитків у розмірі 750 тис. грн.;*

4) своєрідним суспільно небезпечним наслідком є підстави вважати саму по собі реальну можливість настання тяжких наслідків, яка передбачена у деяких нормах чинного КК як ознака закінченого складу злочину (зокрема, ст.ст. 239, 240, 267, 272–277, 326 КК). Йдеться про так звані делікти поставлення у небезпеку («делікти створення небезпеки»), які спричиняють об'єкту кримінально-правової охорони принаймні організаційну шкоду. Законодавець, криміналізуючи делікти поставлення у небезпеку, не обмежується у таких випадках вказівкою на порушення спеціальних правил вочевидь із тим, щоб уникнути формального підходу при кримінально-правовій оцінці вказаних порушень без урахування ступеню небезпеки, створеної ними для охоронюваних законом відносин**.

Так, злочин, передбачений ч. 1 ст. 239 КК, визнається закінченим з того моменту, коли забруднення або псування земель створило небезпеку для життя, здоров'я людей або для довкілля. Загроза заподіяння

* Рішення Верховного Суду України. – 2009. – Вип. 2 (19). – С. 110–116.

** Про аргументи на користь цієї наукової позиції див.: Бажанов М.И. Избранные труды / Сост. В.И. Тютюгин, А.А. Байда, Е.В. Харитоновна, Е.В. Шевченко; отв. ред. В.Я. Тацкий. – Харьков: Право, 2012. – С. 473–475.

шкоди має бути реальною, очевидною, а негативні наслідки (загибель хоча б однієї людини або зараження її епідемічним чи інфекційним захворюванням, зниження тривалості життя або імунного захисту людей, відхилення у розвитку людей тощо) не настають лише завдяки своєчасно вжитим заходам або в силу інших обставин, які не залежать від волі винної особи.

Аналогом відомих КК України деліктів поставлення у небезпеку є передбачене ст. 227-1 КК Франції залишення неповнолітньої особи у віці до 15 років у будь-якому місці, за винятком випадків, коли обставини залишення дозволяли забезпечити здоров'я і безпеку особи. Показово, що цей злочин розцінюється французькою доктриною як матеріальний на тій підставі, що наслідком, з яким пов'язується кримінальна відповідальність винного, тут виступає створення загрози заподіяння шкоди особі неповнолітнього.*

2.4.3.2. Причиновий зв'язок між діянням і суспільно небезпечними наслідками – обов'язкова ознака об'єктивної сторони у к.пр. із матеріальним складом. Якщо відсутній такий зв'язок, кримінальна відповідальність за настання суспільно небезпечних наслідків виключається. У КК відсутнє нормативне визначення поняття причинового зв'язку, тому вирішення цього питання віддається на розсуд суду, а в теоретичному аспекті розробляється наукою кримінального права. Остання зазвичай розглядає причиновий зв'язок між суспільно небезпечним діянням і суспільно небезпечним наслідком з позиції філософії. При цьому питання про методологічні засади кримінально-правового вчення про причиновий зв'язок належить до числа дискусійних.

Причина у філософії – це різновид детермінації, таке явище, яке закономірно (генетично), із внутрішньою необхідністю породжує (викликає до життя) інше явище – наслідок. Причина – це об'єктивний зв'язок між фактом матеріального світу й наслідком цього факту. Існуючи об'єктивно, поза нашою свідомістю, причиновий зв'язок може бути пізнаний людиною. Причиновий зв'язок, який належить об'єктивному світу, не може бути ототожнений із судженням про нього навіть дуже проникливого спостерігача.

Теорією кримінального права були розроблені такі основні концепції причинового зв'язку: еквівалентності; нерівноцінних умов; найближчої причини; адекватної причиновості; необхідного спричинення; реальної можливості; вірогідної причиновості. Оригінальне висловлювання А.А. Піонтковського про те, що з приводу причинового зв'язку у правовій науці існує цілий «парламент думок», зберігає свою актуальність для сучасної кримінально-правової доктрини, і не лише української.

* Уголовное право зарубежных стран: Общая и Особенная части: Учебн. / Под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 330.

Насамперед звернімо увагу на те, що причиновий зв'язок – це процес, що протікає в часі. Суспільно небезпечна поведінка особи може бути визнана причиною суспільно небезпечного наслідку лише у разі, якщо вона у часі передувала його настанню: спочатку має бути вчинене діяння, а згодом – настати наслідок. Важливо, однак, щоб діяння породжувало наслідок, адже зовнішня послідовність подій не завжди свідчить про наявність причинового зв'язку. Проілюструємо логічну помилку «після того – отже, внаслідок того» на прикладі.

Пішохід, який переходив вулицю, раптово впав, потім його переїхав автомобіль. Було доведено, що пішохід перед автомобілем з'явився і впав несподівано; водій, який перевищив встановлену швидкість, хоч і застосував негайне гальмування, наїзду на потерпілого уникнути не зміг. Судово-медична експертиза встановила, що смерть пішохода настала від вогнепального поранення в серце ще до наїзду на нього автомобілем. Отже, причинового зв'язку між протиправною поведінкою водія і смертю пішохода немає.

У кримінально-правовому розумінні причиновий зв'язок означає, що суспільно небезпечний наслідок був породжений певним діянням, а не поведінкою третіх осіб (у т.ч. потерпілого) чи будь-яких інших зовнішніх сил (втручання сил природи, технічних процесів тощо). Інакше кажучи, якби не було діяння, суспільно небезпечний наслідок не став би. Тобто теорія еквівалентності (або рівноцінних умов), піддана загалом справедливій критиці за надмірне розширення меж кримінальної відповідальності, має і раціональне зерно – правило уявного виключення. Фактично це правило (згідно з ним треба встановлювати, чи було досліджуване діяння тією умовою, без якої наслідки не настали) використовується прибічниками різних підходів вирішення проблеми причинового зв'язку у кримінальному праві.

Треба розрізняти такі детермінуючі фактори, як причина та умови. Останні, на відміну від причини, хоч і відіграють певну роль у розвитку причинового зв'язку (можуть його прискорювати або, навпаки, гальмувати), самі по собі не спроможні у конкретній обстановці породжувати ті чи інші наслідки. Натомість причина слугує вирішальним і визначальним фактором настання наслідків. Так, умовою, а не причиною настання смерті пасажира, який несподівано вистрибнув з кузова і загинув під колесами зустрічного транспорту, є діяння водія автомобіля, який у порушення встановлених правил дозволив пасажиру їхати в кузові.

У різних к.пр. розвиток причинового зв'язку відбувається по-різному. Так, у вбивствах причиновий зв'язок, як правило, є коротким і безпосереднім. Разом із тим, якщо винний діяв з умислом на вбивство, тривалість часу, що минув з моменту заподіяння ушкоджень до настання смерті потерпілого, для кваліфікації злочину як умисного вбивства значення не має (п. 22 постанови ПВС від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи»).

Одеський обласний суд за умисне вбивство з хуліганських мотивів засудив М., який завдав шість ударів ножем у життєво важливі органи С. Незважаючи на надану медичну допомогу, потерпілий помер через 37 днів внаслідок заподіяних йому ушкоджень кишечника і великих кровоносних судин. Залишаючи без задоволення касаційну скаргу адвоката М., в якій ставилось питання про перекваліфікацію дій засудженого з п. «б» ст. 93 на ч. 3 ст. 101 КК 1960 р., судова колегія у кримінальних справах ВС в своїй ухвалі зазначила, що смерть потерпілого перебуває у безпосередньому причиновому зв'язку із заподіяним йому ушкодженням, а значний проміжок часу між нанесенням поранень і смертю С. сам по собі не може свідчити про відсутність умислу на вбивство.*

Традиційно в літературі виділяють опосередкований причиновий зв'язок, коли у заподіяння суспільно небезпечного результату втручається поведінка третіх осіб або зовнішніх сил. Наприклад, порушення обов'язків щодо охорони чужого майна створює необхідне підґрунтя для настання тяжких наслідків (ст. 197 КК), які фактично викликаються (зумовлюються) або поведінкою осіб, які вчиняють посягання на майно (наприклад, викрадають його), або дією стихійних сил природи. Багатоступінчастий розвиток причинового зв'язку притаманний і для злочинів, передбачених, зокрема, ст.ст. 264, 287, 320 КК.

До орієнтованих на юристів критеріїв встановлення причинового зв'язку у необережних к.пр. можуть бути віднесені такі моменти: 1) чи було діяння особи у вигляді порушення правила безпеки необхідною умовою створення аварійної ситуації; 2) чи належать шкідливі наслідки, що настали в об'єкті кримінально-правової охорони, до тієї категорії наслідків, на запобігання яким розраховане відповідне правило безпеки, порушене суб'єктом; 3) чи відповідає об'єктивний механізм заподіяння шкоди тій послідовності настання наслідків, на запобігання яким розраховане відповідне правило безпеки.

На практиці однією з найбільш проблемних щодо встановлення причинового зв'язку є ситуація спільного заподіяння наслідку необережною поведінкою кількох осіб, коли необхідно враховувати ступінь участі кожного із суб'єктів у заподіянні єдиного злочинного результату. З цього приводу у п. 7 постанови ПВС від 23 грудня 2005 р. № 14 «Про практику застосування судами законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті» роз'яснюється, що у випадках, коли передбачені ст. 286 КК суспільно небезпечні наслідки настали через порушення правил безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту двома або більше водіями транспортних засобів, суди повинні з'ясовувати характер порушень, які допустив ко-

* Судебная практика. Убийства, изнасилования и другие преступления против личности: Сб. судебных решений по уголовным делам. – К.: Знание, 1993. – С. 4–7.

жен із них, а також чи не було причиною порушення зазначених правил одним водієм їх недодержання іншим і чи мав перший можливість уникнути дорожньо-транспортної події та її наслідків. Ще однією особливістю причинового зв'язку у к.пр. проти безпеки руху або експлуатації транспорту є поширена ускладненість цього зв'язку поведінкою самого потерпілого. Якщо така поведінка була неправомірною, вона пом'якшує кримінальну відповідальність суб'єкта.

До речі, КК Італії спеціально регулює питання про причиновий зв'язок у випадку, якщо злочинний результат став наслідком кількох причин. Згідно зі ст. 41 цього КК збіг раніше існуючих або одночасних, або тих, що з'явилися пізніше, причин, навіть якщо вони не залежали від дії або бездіяльності винного, не виключає відносини причиновості. Причини, які з'явилися пізніше, виключають відносини причиновості лише у тому разі, коли вони самі по собі були спроможні викликати результат.

2.4.3.3. У кримінально-правовій доктрині дискусійним є питання про можливість причинового зв'язку між бездіяльністю і суспільно небезпечними наслідками. Однак більшість науковців такий причиновий зв'язок визнають, виходячи з вольового характеру бездіяльності і того, що у соціальному світі (на відміну від світу фізичного) відсутність дії, яку особа могла і повинна була виконати, спроможна породити настання суспільно небезпечних наслідків. Розвиваючи це положення, А.О. Пінаєв наводить традиційний приклад із матір'ю, яка не годує свою новонароджену дитину з метою позбавити її життя. З точки зору фізичного світу смерть дитини настає від виснаження організму, викликаного відповідними біологічними процесами; у соціальному сенсі смерть дитини настає від бездіяльності матері, яка не дає їжу при тому, що повинна була і могла це зробити*. Інакше інтерпретує цей приклад Н.М. Ярмиш, яка пише, що в реальному житті смерть дитини настає не від бездіяльності, а від дій матері, яка, позбавляючись дитини, залишає її в місцях, де дитину тривалий час не можуть знайти і де вона помирає від голоду і холоду**.

Так само вирішується розглядувана проблема і вітчизняним законодавцем. До к.пр., які вчиняються шляхом бездіяльності і спричиняють суспільно небезпечні наслідки, можуть бути віднесені, наприклад: залишення в небезпеці, якщо внаслідок цієї бездіяльності настала смерть потерпілого або інші тяжкі наслідки (ч. 3 ст. 135); ненадання допомоги особі, яка перебуває у небезпечному для життя стані, якщо це спричинило тяжкі тілесні ушкодження або смерть потерпілого (від-

* Пінаєв А.А.: Курс лекцій по Общей части уголовного права. Книга первая «О преступлении». – Харьков: Харьков юридический, 2001. – С. 86.

** Ярмиш Н.Н. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве. Философско-правовой анализ: Монография. – Харьков: Право, 2003. – С. 415–420.

повідно, ч. 1 або ч. 3 ст. 136); ненадання медичним працівником допомоги хворому, що спричинило смерть хворого або інші тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 139).

Порушивши ряд нормативно-правових актів, заступник директора ТОВ з експлуатації атракціонів та охорони праці Г. не забезпечив технічно правильну експлуатацію атракціону (не здійснив належний контроль надійності кріплення всіх збірних одиниць, не забезпечив утримання атракціонної техніки у справному стані та безпечні умови її роботи шляхом організації належного обслуговування і ремонту, не брав участі у щоденному огляді атракціону), що призвело до заподіяння потерпілим тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості. Обґрунтованість засудження Г. за службову небалість, передбачену ч. 1 ст. 367 КК, було підтверджено ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВС.*

Визнання законодавцем можливості причинового зв'язку у к.пр., вчинюваних шляхом бездіяльності, впливає із легальних визначень, по-перше, прямого і непрямого умислу як форми вини (у ст. 24 КК йдеться про передбачення суспільно небезпечних наслідків як дії, так і бездіяльності), по-друге, замаху на злочин (ним відповідно до ст. 15 КК може бути і бездіяльність).

При юридично пасивній формі протиправної поведінки особа дозволяє іншим особам, механізмам, тваринам тощо викликати наслідки, у той час як на неї покладался правовий обов'язок не допускати цього. Не бездіяльність усіх, а лише тих, чие становище у суспільному механізмі вимагало втручання, набуває значення необхідної передумови, яка створює реальну можливість настання вказаних у кримінальному законі суспільно небезпечних наслідків. Каузальні потенції у дії і бездіяльності однакові**.

З точки зору теорії необхідного спричинення, яка тривалий час була пануючою на теренах колишнього СРСР, ґрунтується на взаємодії філософських категорій «необхідність» і «випадковість» і яка фактично сприймається (звичайно, з деякими уточненнями) значною кількістю вітчизняних криміналістів і сьогодні, значення має наявність законмірного (необхідного) причинового зв'язку між діянням і наслідком, а не випадкового зв'язку, коли наслідки є результатом випадкового збігу обставин, а не внутрішнього розвитку діяння.

Судова колегія у кримінальних справах ВС зробила висновок про відсутність причинового зв'язку між діями П., який на ґрунті неприяних стосунків двічі вдарив молотком по голові свою тещу, заповдявши їй відкриту черепно-мозкову травму, і смертю потерпілої С., яка настала через 25 днів після заповдяння тілесних ушкоджень. Було з'ясовано, що смерть С. стала

* Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 2. – С. 19.

** Уголовное право России: Общая часть: Учебн. / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб.: Издат. дом С.-Петербур. гос. ун-та, изд-во юрид. ф-та С.-Петербур. гос. ун-та, 2006. – С. 435.

результатом не травми голови, а гнійного запалення легенів, чому сприяло тривале пасивне положення тіла потерпілої під час перебування її у лікарні у зв'язку з травмою голови, а також патологічні зміни у серцево-судинній системі С. За таких обставин П. не міг нести кримінальну відповідальність за закінчене вбивство, однак з урахуванням спрямованості його умислу мав відповідати за замах на вбивство, у зв'язку з чим його дії були перекваліфіковані зі ст. 94 на ст. 17 і ст. 94 КК 1960 р..*

Як бачимо, серцевиною теорії необхідного спричинення є положення про те, що підставою кримінальної відповідальності є лише необхідний причинний зв'язок, а наявність «випадкового причинного зв'язку» таку відповідальність виключає. Критика цього підходу зводиться до того, що для кримінального права не має значення те, чи є відповідні наслідки необхідними або випадковими. Як свідчить аналіз законодавства і судової практики, в багатьох умисних і в більшості необережних к.пр. наслідки носять саме випадковий характер, тобто не є неминучим (закономірним) результатом вчиненого діяння, оскільки залежать від численних ситуативних факторів. Необхідність як антипод випадковості взагалі не може бути характеристикою причинного зв'язку.

З цього приводу Н.М. Ярмиш зауважує, що причинний зв'язок об'єктивний у тому сенсі, що він існує незалежно від того, чи робила людина певні вчинки спеціально, щоб домогтися певного результату, чи заподіяння тієї чи іншої шкоди стало побічним або навіть зовсім непередбачуваним результатом її поведінки. Ні випадковість, ні необхідність для визначення причинного зв'язку як онтологічної категорії використовуватися не можуть. Одне з цих понять (випадковість) належить до процесу утворення самих причин, інше (необхідність) є способом формування уявлень про причиновість**.

Таким чином, дослідження причинного зв'язку доцільно здійснювати у такій послідовності: 1) перша ланка причиновості – конкретна суспільно небезпечна протиправна дія чи бездіяльність суб'єкта к.пр.; 2) за часом таке діяння має передувати настанню суспільно небезпечного наслідку; 3) діяння повинне відігравати у ланцюгу детермінації роль необхідної передумови настання суспільно небезпечного наслідку (подумки виключивши із зазначеного ланцюга певне діяння, треба переконатись у тому, що без нього наслідок не настав би); 4) діяння має бути визнане причиною настання суспільно небезпечного наслідку у конкретній ситуації; 5) спочатку потрібно встановлювати причинний зв'язок, який носить об'єктивний характер, а далі – можливість його передбачення суб'єктом. Тобто питання про причинний зв'язок вирішується незалежно, окремо від встановлення вини.

* Судебная практика. Убийства, изнасилования и другие преступления против личности: Сб. судебных решений по уголовным делам. – К.: Знання, 1993. – С. 3–4.

** Ярмиш Н.Н. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве. Философско-правовой анализ: Монография. – Харьков: Право, 2003. – С. 14–15, 18.

2.4.4. Інші, крім наслідків і причинового зв'язку, факультативні ознаки об'єктивної сторони кримінального правопорушення

2.4.4.1. Будь-яке к.пр. як подія реального світу завжди здійснюється у певний час, певному місці і певній обстановці, з обранням винним того чи іншого способу, знаряддя чи засобу для досягнення бажаного результату. Однак за волею законодавця юридична значущість вказаних обставин не є однаковою. За винятком суспільно небезпечного діяння – обов'язкової ознаки будь-якого складу к.пр., – усі інші ознаки, які структурно складають об'єктивну сторону, вважаються факультативними. Якщо відповідна ознака, належна, за загальним правилом, до факультативних ознак, прямо передбачена тією чи іншою нормою Особливої частини КК, вона стає обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу конкретного к.пр. і враховується при кваліфікації.

2.4.4.2. **Спосіб** – це форма прояву кримінально караного діяння, інакше кажучи, послідовність прийомів і методів, які використовує винний для вчинення умисного к.пр. (насильство, обман, зловживання довірою, використання безпорадного стану потерпілого, використання службового становища тощо).

Нерідко спосіб виступає як обов'язкова ознака об'єктивної сторони основного складу конкретного к.пр. Так, посягання на власність, що характеризуються протиправним корисливим оберненням на свою користь або користь інших осіб чужого майна (ст.ст. 185–191), значною мірою відрізняються один від одного за способом посягання. Відповідно до ст. 201 КК способами вчинення контрабанди є переміщення відповідних предметів через митний кордон поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю.

Якщо в нормі Особливої частини КК міститься вичерпний перелік способів вчинення того чи іншого к.пр., то вчинення певних дій в інший спосіб не тягне кримінальної відповідальності. Так, дії того, хто домогся згоди особи на статеві зносини з нею не за допомогою вказаних у ст. 152 КК способів – фізичного чи психічного насильства або використання безпорадного стану потерпілого, а іншим шляхом (це може бути, зокрема, обман), не утворюють складу злочину «зґвалтування».

Інколи у диспозиціях норм КК наводиться не вичерпний (як у згаданій ст. 152 КК), а приблизний перелік способів вчинення к.пр. Наприклад, у ст. 188-1 КК вказано, що викрадення електричної або теплової енергії може бути здійснене шляхом її самовільного використання без приладів обліку, шляхом умисного пошкодження таких приладів чи у будь-який інший спосіб.

Здатність способу вчинення к.пр. впливати на його суспільну небезпеку нерідко враховується законодавцем при конструюванні кваліфікованих складів. Наприклад, кваліфікованим видом умисного знищен-

ня або пошкодження майна (ч. 2 ст. 194 КК) є вчинення цього злочину шляхом підпалу, вибуху або іншим загальнонебезпечним способом. Спосіб протиправного заподіяння смерті іншій людині, за загальним правилом, не є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони умисного вбивства і лише у двох випадках набуває кваліфікуючого значення – вчинення цього злочину з особливою жорстокістю і способом, небезпечним для життя багатьох осіб (відповідно, п. 4 і п. 5 ч. 2 ст. 115 КК).

2.4.4.3. **Місце** – це певна територія, на якій вчиняється передбачене КК діяння. Зв'язок кримінально караного діяння із місцем його вчинення може бути таким: 1) діяння вчиняється у певному місці; 2) діяння полягає у залишенні того чи іншого місця; 3) діяння посягає на певне місце.

Місцем як обов'язковою ознакою об'єктивної сторони контрабанди є митний кордон України (ст. 201), незаконної порубки лісу – ліси, захисні та інші лісові насадження, заповідники, території та об'єкти природно-заповідного фонду, інші особливо охоронювані ліси (ст. 246), дій, що дезорганізують роботу виправних установ, – виправні установи (ст. 392), незаконного носіння символіки Червоного Хреста і Червоного Півмісяця – район воєнних дій (ст. 435 КК) тощо.

При цьому не місцем, а предметом (чи засобом вчинення) відповідного к.пр. треба визнати, зокрема: житло чи інше володіння особи (ст. 162); території, взяті під охорону держави, та об'єкти природно-заповідного фонду (ст. 252); місце поховання (ст. 297); місце розпусти (ст. 302); місце або приміщення для незаконного вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 317 КК).

Час – певний часовий період, протягом якого вчинюється к.пр. Ця ознака впливає на кваліфікацію лише у тих досить рідких випадках, коли вона передбачена у диспозиції відповідної норми Особливої частини КК. Так, часом вчинення к.пр., передбаченого ст. 272 КК, є час виконання робіт із підвищеною небезпекою, часом самовільного залишення поля бою або відмови діяти зброєю – час бою (ст. 429), часом вчинення опору представникові влади – час виконання ним службових обов'язків (ч. 1 ст. 342). Кримінально каране порушення правил полювання може полягати у т.ч. у здійсненні полювання у заборонений час (ст. 248 КК).

2.4.4.4. **Знаряддями і засобами** є предмети матеріального світу, які за своїми об'єктивними властивостями можуть бути використані для вчинення к.пр. незалежно від того, мали вони такі властивості з самого початку чи були відповідним чином пристосовані винною особою. Ці предмети можуть бути призначені тільки для реалізації протиправного наміру або використовуватись і для досягнення інших цілей (зокрема наркотичні засоби, призначені для лікування хворих, можуть використовуватися винним для тимчасового «відключення» свідомості потерпілого і протиправного заволодіння його майном).

В спеціальній літературі збрарддя визначаються як факультативна ознака об'єктивної сторони складу к.пр., що характеризує матеріальні цінності, які використовуються винним для безпосереднього впливу на потерпілого та/або предмет к.пр. і при цьому мають «первинний» контакт з ними, посилюють фізичні можливості суб'єкта к.пр. під час вчинення суспільно небезпечної дії (в окремих випадках їх відсутність унеможлиблює таке досягання)*. Натомість засоби вчинення к.пр. не призначені для безпосереднього впливу на потерпілого та/або предмет к.пр. У межах цього підходу, наприклад, зброя або предмети господарсько-побутового призначення, якими заподіюються смерть чи тілесне ушкодження потерпілому, мають визнаватись не засобом, а збрарддям вчинення к.пр.

Збрарддя і засоби є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу к.пр., якщо вони вказані у диспозиції норми Особливої частини КК або однозначно впливають з неї.

Наприклад, зброя є обов'язковою ознакою бандитизму (ст. 257), спеціальні засоби, призначені для негласного зняття інформації, – ознакою кваліфікованого порушення таємниці листування, телефонних розмов, телефонної чи іншої кореспонденції (ч. 2 ст. 163), а вогнепальна або холодна зброя чи інші предмети, спеціально пристосовані або заздалегідь заготовлені для нанесення тілесних ушкоджень, – ознакою особливо кваліфікованого хуліганства (ч. 4 ст. 296 КК).

Наукою кримінального права розроблені такі правила відмежування збрарддя і засобів від предмета к.пр., які мають застосовуватись у сукупності (див. табл. 7).

Таблиця 7. **Відмежування збрарддя і засобів від предмета кримінального правопорушення**

Збрарддя і засоби кримінального правопорушення	Предмет кримінального правопорушення
Є «активними» ознаками злочину, тобто завжди використовуються злочинцем для досягнення певного результату	Є «пасивним» – на нього спрямоване діяння
Властивості збрарддя і засобів завжди використовуються під час вчинення к.пр.	Властивості предмета, як правило, передбачається використовувати у більш-менш віддаленому майбутньому
Характеризують дії правопорушника і не перебувають у взаємозв'язку з охоронюваними КК відносинами	Вказує на охоронювані кримінальним законом відносини, а також характеризується впливом на нього у вигляді діяння
Залежать від наявності предмета або потерпілого від злочину	Не залежить від наявності тих чи інших збрарддя і засобів
Виділяються лише у складах умисних к.пр.	Виділяється у складах к.пр. з будь-якою формою вини

* Музика А.А., Лашук Є.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: Монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – С. 149.

Одні і ті саме предмети матеріального світу при вчиненні різних к.пр. можуть виступати або як предмети, або як засоби чи знаряддя. Наприклад, вогнепальна зброя, будучи знаряддям вчинення вбивства, є предметом караного за ст. 262 КК викрадення вогнепальної зброї.

2.4.4.5. **Обстановка** – це сукупність передбачених законом або таких, що випливають із нього, обставин, які становлять собою зовнішнє оточення к.пр. і характеризуються наявністю людей або певних подій.

Наприклад, опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків і бездіяльність військової влади можуть бути вчинені в бойовій обстановці (ч. 3 ст. 404, ч. 3 ст. 426), неповідомлення капітаном назви свого судна – при зіткненні суден (ст. 285), зловживання прапорами чи знаками Червоного Хреста і Червоного Півмісяця – в умовах воєнного стану (ст. 435). Заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади можуть кваліфікуватись за ч. 2 ст. 109 за умови, що вони були публічними. Для застосування ст. 316 КК необхідно встановити, що незаконне вживання наркотичних засобів було публічним.

Обстановка привілейованого вбивства, відповідальність за яке передбачена ст. 118 КК, описується словами «при перевищенні меж необхідної оборони» та «у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця». У деяких нормах КК вказується на специфічні умови, в яких перебуває потерпілий. Так, у ст. 135 і ст. 136 такі умови позначені як небезпечний для життя особи стан.

З'ясування вказаних вище факультативних ознак об'єктивної сторони є важливим не тільки тоді, коли вони є обов'язковими ознаками складу конкретного к.пр. і, як наслідок, впливають на кваліфікацію вчиненого, а й тоді, коли вони не передбачені в нормі Особливої частини КК. Адже ці ознаки можуть впливати на призначення покарання. Наприклад, відповідно до пунктів 10–12 ч. 1 ст. 67 КК до обставин, які обтяжують покарання, належать вчинення злочину з особливою жорстокістю, із використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій, а також вчинення злочину загальнонебезпечним способом.

Література

- Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – С. 413–502.
- Музыка А.А., Багиров С.Р. О проблеме каузальности в уголовном праве (в аспекте изучения *sensu stricto*) // Российский ежегодник уголовного права. – 2012. – № 6 / Под ред. А.И. Бойцова. – СПб., 2013. – С. 497–514.
- Ярмыш Н.Н. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве. Философско-правовой анализ: Монография. – Харьков: Право, 2003. – 512 с.

Запитання і завдання

1. Поясніть, у чому полягають особливості дії як форми злочинної поведінки людини, та який вплив на кримінальну відповідальність за суспільно небезпечне діяння мають непереборна сила, фізичний і психічний примус.

2. В якій послідовності має здійснюватись з'ясування причинового зв'язку як ознаки об'єктивної сторони злочину?

3. Що таке спосіб, місце, час, знаряддя і засоби, обстановка вчинення к.пр., та яке кримінально-правове значення мають ці ознаки об'єктивної сторони злочину? Чому ці ознаки називаються факультативними?

4. Відшукайте в Особливій частині КК України приклади к.пр. із формальними і матеріальними складами, покажіть відмінність між ними та аргументуйте доцільність саме такої законодавчої конструкції у тому чи іншому випадку.

5. Підготуйте наукове повідомлення на тему «Кримінально-правове значення гіпнозу».

Рекомендуємо прочитати

- Вільям Шекспір «Гамлет».
- Артур Конан Дойл «Собака Баскервілей», «Строката стрічка».
- Майн Рід «Оцеола – вождь семинолів».
- Оноре де Бальзак «Людська комедія».
- Микола Гоголь «Мертві душі».
- Кіріно Нацуо «Аут».

Радимо подивитись

- Пастка (США, 2007, режисер Джо Оттінг).
- Гангстери і філантропи (Польща, 1962, режисери Ежі Гоффман, Едвард Скужевський).

2.5. Суб'єктивна сторона кримінального правопорушення

2.5.1. Поняття суб'єктивної сторони кримінального правопорушення

2.5.1.1. **Суб'єктивна сторона** – це внутрішня сторона к.пр., яка відображає психічні процеси, що відбуваються у свідомості суб'єкта з приводу вчиненого ним діяння, та яка складається з певних ознак. Останні поділяються на обов'язкові та факультативні. До обов'язкових ознак належить вина, яка згідно зі ст. 23 КК 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 діяння.

Мотив і мета набувають значення обов'язкових ознак і впливають на кваліфікацію лише у тому разі, коли вони зазначені в диспозиції кримінально-правової норми як ознаки основного або кваліфікованого складу к.пр. Наприклад, одним з кваліфікованих різновидів умисного вбивства є вбивство, вчинене з метою приховати інший злочин або полегшити його вчинення (п. 9 ч. 2 ст. 115 КК). Мета збуту є ознакою складу злочину, передбаченого ст. 307 КК («Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів»), а мета заподіяння шкоди інтересам держави – ознакою складу злочину, передбаченого ст. 332-1 КК («Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї»).

Важливою психологічною характеристикою к.пр. є емоції – внутрішні переживання людини, які супроводжують процеси підготовки та вчинення к.пр. Слід зазначити, що з усього спектру емоційних проявів людини безпосереднє кримінально-правове значення закон надає тільки фізіологічному афекту. Науковці дискутують з приводу того, що характеризують емоції – психічну діяльність винного чи його психічний стан, а отже, яке місце займають емоції у структурі складу к.пр. Окремі автори до суб'єктивної сторони к.пр. відносять емоційний стан особи*. Але така точка зору не є усталеною. Так, на думку одного із найбільш авторитетних дослідників розглядуваної проблематики на теренах СНД О.І. Рарога, емоції виражають більше соціальну, ніж юридичну характеристику к.пр., і відносяться до суб'єкта к.пр., підкреслюючи особливості його психічного стану. Зокрема, це стосується фізіологічного афекту, який свідчить про понижені інтелектуальні і вольові можливості людини**.

У законодавстві емоційний стан особи визнається обов'язковою ознакою лише двох складів злочинів – це умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання (ст. 116 КК), та умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне в стані сильного душевного хвилювання (ст. 123 КК).

Очевидно, що згадана розбіжність у думках викликана тим, що емоційний стан особи можна розглядати у двох аспектах. Якщо розглядати емоційний стан як чинник, що впливає на здатність винного усвідомлювати характер своїх дій і керувати ними, такий емоційний стан буде

* Шеховцова Л.І. Емоційний стан особи, яка вчинила злочин, за кримінальним законодавством України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2007. – С. 8, 10, 23, 36–39.

** Рарог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 61.

стосуватися категорії осудності – ознаки суб'єкта к.пр. Якщо йдеться про емоційний стан, який не впливає на здатність винної особи усвідомлювати характер своїх дій і керувати ними, емоції стосуються суб'єктивної сторони як відображення певних психічних процесів суб'єкта к.пр., що виражають його потреби і здатні дати відповідь на питання про фактори, які спонукали винного вчинити к.пр.

Таким чином, саме вина – основна та обов'язкова ознака будь-якого к.пр. Від неї треба відрізнити винність; основним змістом цього кримінально-процесуального за своїм характером поняття є констатація того, що саме ця особа вчинила відповідне діяння, яке містить склад певного к.пр. Полісемія (багатозначність) у вживанні терміна «вина», яка спостерігається у законодавстві, є невинправданою і підлягає усуненню (С.Д. Шапченко, Р.В. Вереша). Так, потребує уточнення законодавче визначення презумпції невинуватості, у зв'язку з чим у ст. 62 Конституції України і ч. 2 ст. 2 КК замість вини мова повинна йти про винність особи.

2.5.1.2. У законодавстві зарубіжних держав спостерігаються різні підходи стосовно регламентації вини. Лише КК деяких держав, що раніше входили до складу СРСР, містять визначення вини (крім КК України, можна назвати ст. 21 КК Білорусі). Законодавець переважної більшості держав не дає визначення вини, послуговуючись, щоправда, поняттями умислу та необережності. У Данії, Іспанії, Нідерландах, ФРН, Швеції на законодавчому рівні закріплені форми і види вини, але їх зміст не розкривається. Наприклад, у § 15 КК ФРН йдеться про те, що карається лише умисна дія, якщо закон чітко не передбачає покарання за необережну дію. У кримінальному законодавстві багатьох держав містяться більш або менш детальні дефініції певних різновидів вини. У кримінальному законодавстві держав загального права для позначення психічної складової к.пр. використовується інша, відмінна від усталеної у нас термінологія.*

Згідно зі ст. 23 КК 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. Найбільших труднощів прибічники такого розуміння вини зазнають, коли треба пояснити наявність вини у діяннях, вчинюваних через недбалість**.

* Докладніше див.: Есаков Г.А. Mens rea в уголовном праве США: историко-правовое исследование. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 553 с.; Старовойтова Ю.Г. Загальна частина кримінального права Англії та США: Навч. посібн. – К.: Атіка, 2012. – С. 19–28, 68–74; Яценко С.С. Основні питання Загальної частини кримінального права іноземних держав: Навч. посібн. – К.: Дакор, 2013 – С. 44–45, 50–56.

** Докладний аналіз кримінально-правових концепцій вини див. у: Вереша Р.В. Поняття вини як елементу змісту кримінального права України. – К.: Атіка, 2005. – С. 6–57.

Неможливість відмови від караності зазначених діянь, що було обумовлено поширеністю на початку ХХ століття джерел підвищеної небезпеки, розвитком транспорту і промисловості, призвела до появи **нормативної (оціночної) теорії вини**. Появу останньої пов'язують з опублікуванням у 1907 р. праці німецького криміналіста Р. Франка «Про побудову поняття вини», в якій зазначалось, що вина – це збірне поняття, яке включає умисел і необережність, але головне у ньому – докір. Суть оціночної теорії вини зводиться до того, що вина є оціночною категорією, яка виражає негативну оцінку особі суб'єкта. Суд докоряє порушнику кримінально-правової заборони за те, що той вчинив протиправно, хоч мав можливість повести себе правомірно. Вважається, що нормативна теорія вини, яка поширена, наприклад, у сучасній кримінально-правовій доктрині і судовій практиці ФРН*, усуває умисел і необережність як форми вини, надаючи їм значення лише психологічних фактів, захищає занадто широкий суддівський розсуд, не охоплює особистісне ставлення суб'єкта до вчиненого ним к.пр.

Відкидаючи загалом нормативну (оціночну) теорію вини, слід водночас зауважити, що оціночний елемент у вині як соціальній категорії, яка слугує обґрунтуванню кримінальної відповідальності, все ж має місце. Врешті-решт вина – це таке психічне ставлення особи до кримінально протиправного діяння та його суспільно небезпечних наслідків, яке оцінюється негативно і засуджується правом. Винною є поведінка суб'єкта, за яку держава в особі уповноважених органів докоряє цьому суб'єкту. Показово, що у тлумачному словнику української мови вина визначається, зокрема, як негативний вчинок або злочин, а винний – як той, хто вчинив що-небудь погане, злочин, провинився у чомусь**.

Таким чином, 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, дістає вияв негативне ставлення особи до інтересів (цінностей), охоронюваних кримінальним законом від злочинних посягань***.

2.5.1.3. Вина характеризується такими ознаками, як зміст і форма. Інколи виділяють і таку ознаку, як ступінь вини.

Зміст вини як елемента суб'єктивної сторони к.пр. складають інтелектуальний та вольовий моменти (ознаки). Стосовно різних об'єктивних обставин інтелектуальне ставлення суб'єкта може бути різним.

* Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М.: Велби, Проспект, 2004. – С. 215; Уголовное право зарубежных стран: Общая и Особенная части: Учебн. / Под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 429–430.

** Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.–Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – С. 142, 143.

*** 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. 389–391.

Одні обставини можуть бути ним усвідомлені більш повно, інші – приблизно; одні відображаються у свідомості правильно, адекватно, інші – помилково.

Вольовий момент змісту вини означає усвідомлене спрямування розумових і фізичних зусиль на досягнення певної мети чи на утримання від дій. Вольовий момент обох видів умислу полягає у позитивному (у формі бажання або свідомого припущення) ставленні до суспільно небезпечних наслідків, а вольовий момент обох видів необережності – у негативному ставленні до суспільно небезпечних наслідків, настання яких винний намагається уникнути або взагалі не передбачає.

У ст. 24 і ст. 25 КК вказані дві **форми вини** – умисел та необережність, які в свою чергу поділяються на різновиди: умисел – на прямий і непрямий, а необережність – на самовпевненість і недбалість. Кожна форма вини включає ознаки, що характеризують усвідомлення і передбачення (інтелектуальні ознаки), а також волю (вольові ознаки). Різне поєднання вказаних ознак дає різні форми вини та їх види, які слід розглядати як своєрідні законодавчі узагальнення.

Форма вини визначається закріпленим у законі співвідношенням психічних елементів (свідомість і воля), що утворюють зміст вини, тобто відмінністю в інтенсивності і визначеності інтелектуальних і вольових процесів, що відбуваються в психіці суб'єкта к.пр. Форма вини вказує на спосіб інтелектуальної і вольової взаємодії суб'єкта з об'єктивними обставинами, що становлять юридичну характеристику певного виду к.пр*.

Визначаючи умисел та необережність, законодавець виходить із психічного ставлення особи лише до діяння (дії або бездіяльності) і до його суспільно небезпечних наслідків, а не до інших ознак складу к.пр. Точним є висловлювання В.М. Кудрявцева про те, що психічне ставлення особи до окремих об'єктивних ознак складу к.пр. не слід називати «умислом» або «необережністю», оскільки закон використовує ці поняття лише для узагальненої характеристики діяння у цілому**.

Тому, наприклад, щодо неповнолітнього або малолітнього віку особи, потерпілої від зґвалтування, скоріш за все (коректніше) треба говорити не про умисел або необережність, а про знання чи усвідомлення. Використання понять умислу і необережності щодо віку потерпілої особи (і не лише у названому випадку) є умовним і доречним хіба що для зрозумілості оперування інформацією.

Якщо звернутись до законодавчих визначень умислу і необережності (ст. 24 і ст. 25 КК), цілком очевидним є те, що застосування пов'язаних із суб'єктивною стороною норм КК неминуче пов'язане із дис-

* Рарог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 67; Вереша Р.В. Поняття вини як елемент змісту кримінального права України. – К.: Атіка, 2005. – С. 129.

** Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – 2-е изд. – М.: Юристъ, 1999. – С. 152.

креційною діяльністю правозастосовних органів, яка може включати не просто суб'єктивізм, а корупційну складову (бажала особа настання суспільно небезпечних наслідків чи лише свідомо допускала їх настання; 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 к.пр. Тому досягнення істини при дослідженні суб'єктивних властивостей вчиненого 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 особливостей*.

Отже, з усіх елементів складу к.пр. саме суб'єктивна сторона є найбільш складною для встановлення. Цю тезу підтверджує і діяльність науково-консультативної ради при ВС, яка демонструє зловідомість таких «вічних» кримінально-правових проблем, пов'язаних із суб'єктивною стороною к.пр., як розмежування умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, і умисного вбивства або вбивства через необережність, відмежування вчинюваного з прямим умислом замаху на вбивство від тілесних ушкоджень певної тяжкості. Вказана проблематика – своєрідний «рекордсмен» у частині неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь як підстави для перегляду судового рішення ВС.

У чинному КК термін **«ступінь вини»** не вживається. Ступінь вини – це кількісна категорія вини, що позначає інтенсивність психічного ставлення особи до вчиненого діяння та його наслідків, виражає міру негативного, зневажливого або недостатньо уважного ставлення винної особи до охоронюваних кримінальним законом відносин. Ступінь вини, будучи одним із критеріїв індивідуалізації покарання, виявляється у формах вини та її видах, у мотивах, цілях та емоційних переживаннях особи.

Законодавчі визначення вини (ст. 23) та її форм (ст.ст. 24, 25 КК), будучи «прив'язаними» до суспільно небезпечних наслідків, доречні (прийнятні) для к.пр. із матеріальним складом. Щодо визначення змісту вини у к.пр. із формальним складом, то у науці з цього питання існують чотири різні підходи, згідно з якими вони можуть бути вчинені:

1) лише з прямим умислом або через недбалість. У межах цього підходу встановлювати психічне ставлення до суспільно небезпечних наслідків не потрібно. Психічне ставлення суб'єкта тут переноситься на саме діяння, з моменту вчинення якого к.пр. вважається закінченим, а вина

* Склярів С.В. Вина и мотивы преступного поведения. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 11.

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) лише з прямим умислом, а вчинити їх з необережності неможливо;

3) умисно або необережно, але встановити форму і вид вини у цьому разі неможливо;

4) к.пр. із формальним складом не існує. На користь того, що український законодавець формулює форми і види вини, виходячи саме з такого підходу, свідчить текст ст.ст. 23–25. Так, у ст. 23 використано єднальний сполучник «та», з чого випливає, що наслідки дії чи бездіяльності існують завжди. У ст.ст. 24, 25 КК також йдеться як про дії (бездіяльність), так і про наслідки*.

З урахуванням того, що законодавчі конструкції умислу і необережності у КК розраховані лише на к.пр. з матеріальним складом, у літературі висловлено пропозицію викласти у новій редакції ст. 24 і ст. 25 КК таким чином, щоб вони фіксували особливості змісту умислу і необережності у к.пр. із формальним складом**.

Така пропозиція, яка спонукає запозичувати відповідний зарубіжний досвід, є прийнятною за умови чіткого закріплення у нашому КК поділу к.пр. на правопорушення з матеріальним і правопорушення з формальним складом.

Щодо згаданого зарубіжного досвіду, то, наприклад, у ст. 24 КК Білорусі (назва статті – «Вина у злочині, не пов'язаному із настанням наслідків») говориться про те, що у злочині, для наявності якого не потрібне настання суспільно небезпечних наслідків, форма вини визначається за ставленням особи до суспільно небезпечного діяння. Злочин визнається вчиненим умисно, якщо особа, яка його вчинила, усвідомлювала суспільно небезпечний характер своєї дії чи бездіяльності і бажала її вчинити. Злочин визнається вчиненим із необережності, якщо особа, яка його вчинила, не усвідомлювала суспільно небезпечний характер своєї дії чи бездіяльності, хоч повинна була і могла це усвідомлювати. Згідно зі ст. 15 КК Литви злочин або проступок визнаються вчиненими з прямим умислом, якщо при їх вчиненні особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого злочинного діяння і бажала так діяти. Відповідно до ст. 9 КК Польщі заборонене діяння вчиняється умисно, якщо особа має намір його вчинити, тобто бажає його вчинити, або, передбачаючи можливість його вчинення, погоджується з цим. Не викликає сумнівів, що наведені законодавчі визначення розраховані на злочини з формальним складом.

* Докладний аналіз викладених підходів див. у: Калмиков Д., Хавронюк М. Деякі особливості змісту вини у злочинах з формальним складом // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 6. – С. 62–69.

** Вереша Р.В. Поняття вини як елемент змісту кримінального права України. – К.: Атіка, 2005. – С. 193.

2.5.1.4. За формою вини передбачені КК к.пр. можна поділити на три групи. Це к.пр., які можуть бути вчинені:

1) тільки умисно (наприклад, фальшування грошей, шахрайство, бандітизм);

2) тільки необережно (неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником, порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами, службова недбалість тощо);

3) як умисно, так і через необережність (скажімо, доведення до самогубства, проведення вибухових робіт з порушенням правил охорони рибних запасів).

Форма вини конкретного к.пр. або безпосередньо вказується у диспозиції норми Особливої частини КК (як це зроблено, скажімо, у ст.ст. 115–119, 212), або (за відсутності чіткої законодавчої вказівки) встановлюється шляхом тлумачення ознак складу конкретного к.пр., виходячи з легальних визначень умислу та необережності. Так, ніхто не сумнівається у тому, що крадіжка, грабїж і розбій – це умисні к.пр. при тому, що у диспозиціях ст.ст. 185–187 КК умисел як форма вини прямо не фігурує. Це саме стосується к.пр., що можуть бути вчинені шляхом обману, зловживання службовим становищем, к.пр., законодавче описання яких включає вказівку на мотив, мету, свідомість, завідомість або злісність. Якщо шляхом тлумачення неможливо встановити форму вини, варто допустити, що к.пр. може бути вчинене як умисно, так і через необережність.

У КК багатьох зарубіжних держав використовується відмінний від закріпленого у КК України підхід до визначення кола необережних діянь, що тягнуть кримінальну відповідальність. Йдеться про наявність у Загальній частині КК спеціального застереження, згідно з яким діяння, вчинені через необережність, караються як к.пр. лише у випадках прямої вказівки на це в Особливій частині КК (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.

Щоправда, включення до Загальної частини КК подібного законодавчого застереження зобов'язує ретельним чином переглянути всю Особливу частину КК на предмет чіткого визначення того, які саме вчинені через необережність діяння визнаватимуться к.пр. (невдалість відповідного російського досвіду полягає не лише у тому, що ч. 2 ст. 24 КК РФ допускає суперечливі тлумачення з питання про форму вини конкретного злочину, а і в тому, що Особлива частина КК РФ із цією нормою не узгоджена, і зазначена обставина породжує великі труднощі на

практиці). Інакше кажучи, прагнучи вирішити проблему встановлення меж необережності, обійтись редагуванням лише Загальної частини КК неможливо – треба змінювати й Особливу частину КК. А це в свою чергу вимагає знайти оптимальне співвідношення між, з одного боку, світовою тенденцією до збільшення кількості кримінально-правових заборон на вчинення необережних к.пр. (у т.ч. за рахунок деліктів створення небезпеки) та, з іншого, заснованою на гуманізмі ідеєю декриміналізації частини передбачених КК необережних к.пр.

2.5.1.5. У КК України (зокрема, ч. 1 ст. 11) закріплено принцип «без вини немає кримінальної відповідальності». Кримінальне право України (уточнимо – на законодавчому рівні*) не сприймає об'єктивне ставлення у вини (об'єктивне інкримінування), тобто відповідальність за суспільно небезпечні наслідки як результат діяння без встановлення вини. Згідно з КК кримінальна відповідальність ґрунтується на принципі **суб'єктивного ставлення у вини**, який означає її можливість лише за наявності умислу чи необережності та який передбачає врахування й інших ознак суб'єктивної сторони (мотиву, мети, емоційного стану особи у момент вчинення нею к.пр.).

Навпаки, традиційним інститутом англо-американської правової системи є абсолютна (сувора) відповідальність, суть якої полягає у тому, що для настання кримінальної відповідальності особи достатньо з'ясувати факт порушення нею вимог кримінального закону. Необхідності доказувати *mens rea* у формі наміру, необережності або недбалості немає. Цей підхід застосовується щодо тих діянь, встановлювати вини щодо яких складно та які полягають, зокрема, у порушенні різноманітних правил.

Згідно з § 15.10 КК штату Нью-Йорк мінімальні вимоги до кримінальної відповідальності – це здійснення особою поведінки, що включає добровільну дію або невчинення дії, яку вона в змозі фізично вчинити. Якщо така поведінка – це все, що вимагається для вчинення конкретного посягання, або якщо посягання чи якийсь його матеріальний елемент не вимагають винного психічного ставлення з боку діяча, таке к.пр. є «посяганням суворої відповідальності». У США переважна більшість злочинів суворої відповідальності – це злочини у сфері громадського порядку, суспільної моральності, обігу зброї і наркотичних засобів. Щодо Великобританії, то прикладами злочинів суворої відповідальності є деякі транспортні порушення (зокрема, керування транспортним засобом у стані сп'яніння), зґвалтування і статеві зносини з особою, яка не досягла 13-річного віку.

* Необхідність робити таке застереження обумовлена тим, що у вітчизняній судовій практиці застосування норм КК, зокрема про автотранспортні злочини, трапляються випадки засудження водіїв за невинувате заподіяння ними суспільно небезпечних наслідків.

Суворо відповідальність вважається не об'єктивним ставленням у вину, а спростовною презумпцією винуватості. Прибічники розгляданого інституту наголошують на його доцільності, адже він звільняє сторону обвинувачення від вельми нелегкого тягара доказування, прискорює кримінальне провадження і забезпечує більш ефективну боротьбу зі злочинами, які становлять значну суспільну небезпеку. До того ж власне факт ухвалення законів, що передбачають кримінальну відповідальність за злочини суворої відповідальності, може мати загальнопревентивне значення та утримувати людей від зайняття певною діяльністю або бути при її здійсненні більш уважними. Тому і не дивно, що починаючи з 1849 р. Верховний Суд США незмінно відхиляв вимоги про визнання такими, що суперечать Конституції США, норм про встановлення суворої відповідальності*. Водночас в англійській юридичній літературі існує позиція, згідно з якою злочини суворої відповідальності порушують презумпцію невинуватості**.

*В одній показовій у цьому сенсі кримінальній справі 1933 р. французженка на прізвище Ларсоньє обвинувачувалась у тому, що знаходилась на території Великобританії на порушення припису імміграційної влади цієї країни залишити її. Для засудження Ларсоньє достатньо було встановити сам факт перебування цієї жінки на відповідній території. На рішення суду визнати Ларсоньє злочинцем не вплинула та обставина, що французженка опинилась у Великобританії у наручниках, які одягнули на неї ірландські поліцейські, коли видворяли її з території Ірландії на територію Сполученого Королівства***.*

Подібні приписи застосовуються не лише у США і Великобританії. Так, у ст. 22 (алеф) Закону про кримінальне право Ізраїлю говориться, що особа нестиме сувору відповідальність за злочин, якщо у законодавчому акті вказано, що такий злочин не потребує доказування злочинного наміру або недбалості. У Франції виділяється такий різновид вини, як вина, що презюмується: за поліцейські порушення для притягнення до кримінальної відповідальності достатньо загальної вини, тобто наявності вольового діяння осудної особи. Особа вважається винною з огляду на сам факт вчинення порушення і може бути звільнена від відповідальності лише у тому разі, коли доведе, що діяла під впливом непереборної сили, або існували такі обставини, як неосудність чи недосягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Такий саме висновок робить С.С. Яценко, роз'яснюючи зміст ст. 121-3 КК Франції: «Про ту чи іншу форму вини щодо вчинення порушення ця норма не згадує – достатньо встановлення факту недотримання постанови про порушення, якщо це не зумовлено дією

* Козочкин И.Д. Строгая ответственность в уголовном праве Англии и США // Правоведение. – 2000. – № 1. – С. 146; Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право: Общая часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2009. – С. 164–165.

** Яценко С.С. Основные питання Загальної частини кримінального права іноземних держав: Навч. посібн. – К.: Дакор, 2013 – С. 54.

*** Романов А.К. Правовая система Англии: Учебн. пособ. – М.: Дело, 2000. – С. 216.

непереборної сили. Отже, на законодавчому рівні щодо порушення допускається об'єктивне інкримінування, тобто відповідальність без вини на підставі об'єктивного факту недотримання припису норми*.

2.5.1.6. Значення суб'єктивної сторона к.пр. полягає насамперед у тому, що вона дозволяє відмежувати к.пр. від діяння, яке не є таким. Адже не визнається к.пр.:

– спричинення суспільно небезпечних наслідків за відсутності вини (випадок або казус);

– необережне діяння, що карається лише за наявності умислу (наприклад, передбачене ст. 125 КК умисне спричинення легкого тілесного ушкодження або передбачене ст. 118 КК умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця);

– діяння без мети чи мотивів, вказаних у диспозиції тієї чи іншої норми КК (скажімо, виготовлення підроблених грошей без мети збуту).

Інститути незакінченого злочину і співучасті у к.пр. пов'язані тільки з умисною формою вини.

Крім цього, суб'єктивна сторона допомагає розмежувати суміжні склади к.пр., зокрема умисне вбивство (ст. 115) і вбивство через необережність (ст. 119 КК).

Ознаки суб'єктивної сторони також:

– підлягають врахуванню при призначенні покарання (зокрема, форма вини вчиненого злочину враховується при визначенні рівня безпеки установи відбування покарання);

– впливають на можливість звільнення від кримінальної відповідальності (так, згідно зі ст.ст. 45, 46, 97 КК звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка вчинила не будь-який злочин середньої тяжкості, а саме необережний злочин);

– беруться до уваги при застосуванні умовно-дostroкового звільнення від відбуття покарання і заміни невідбутої частини покарання більш м'яким (зокрема, ст. 81 КК диференціює строк фактичного відбуття покарання, необхідний для умовно-дostroкового звільнення, у т.ч. залежно від форми вини вчиненого к.пр.).

2.5.2. Умисел і необережність

2.5.2.1. Відповідно до ч. 1 ст. 24 КК **умисел** поділяється на прямий і непрямий. Законодавчі визначення прямого і непрямого умислу містять три ознаки, які характеризують психічне ставлення особи до вчиненого нею діяння та його наслідків:

1) усвідомлення особою суспільної небезпеки свого діяння;

* Яценко С.С. Основні питання Загальної частини кримінального права іноземних держав: Навч. посібн. – К.: Дакор, 2013 – С. 49.

- 2) передбачення його суспільно небезпечних наслідків;
- 3) бажання настання таких наслідків або свідоме припущення їх настання.

Перші дві ознаки (усвідомлення і передбачення) характеризують процеси, які відбуваються у психіці суб'єкта і становлять інтелектуальний момент умислу. Третя ознака (бажання чи свідоме припущення настання наслідків) характеризує вольову сферу особи та утворює вольовий момент умислу.

Прямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання. Непрямим (евентуальним) визнається умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажала, свідомо допускала їх настання.

Відповідно до ст. 24 КК 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 держави, 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 (суд уникає проблематичного з точки зору його виконання обов'язку з'ясувати у кожному конкретному випадку, чи розуміла особа протиправність вчиненого нею діяння) і, по-друге, традиційним (так вирішувалось питання багатьма представниками дореволюційної і радянської кримінально-правової науки).

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 цю людину викрити.

В сучасних умовах підхід, який знайшов відображення у ст. 24 КК, навряд чи може розраховувати на однозначне схвалення. І річ не лише у тому, що закріплене у ч. 1 ст. 11 КК так зване формально-матеріальне

визначення поняття к.пр. 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 непрямомо 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 к.пр., передбачених кримінально-правовими нормами з бланкетними диспозиціями.

Для складів к.пр., 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 й мови. Так, без розуміння належним суб'єктом тієї обставини, що його діяння суперечить податковому законодавству, немає достатніх підстав вести мову про те, що цей суб'єкт усвідомлював і суспільну небезпеку свого діяння, тобто усвідомлення особою у такому випадку протиправності власної поведінки виступає способом усвідомлення її суспільної небезпеки. З точки зору застосування ст. 212 КК («Ухилення від сплати податків і зборів (обов'язкових платежів)») у винної особи має бути усвідомлена можливість зіставити свої вчинки із вимогами закону – як кримінального, так і податкового*.

Під передбаченням суспільно небезпечних наслідків як ознакою умислу слід розуміти відбиття у свідомості тих подій, що відбудуться у майбутньому, уявлення винного про ту шкоду, яка буде спричинена його діянням відносною, що знаходяться під охороною кримінального закону. Так, виштовхуючи людину з потягу, що рухається, винний розуміє, що у результаті його дій потерпілому може бути спричинені смерть або тілесні ушкодження.

При цьому для наявності умислу необхідно усвідомлення не будь-яких суспільно небезпечних наслідків, а лише тих, що входять до складу об'єктивної сторони відповідного складу к.пр.

Пануючою у кримінальному праві є точка зору, згідно з якою такі поняття, як бажання настання суспільно небезпечних наслідків та усвідомлення неминучості настання суспільно небезпечних наслідків, є рівнозначними і характеризують саме прямий умисел. Наприклад,

* Докладніше див.: 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.

якщо злочинець скидає потерпілого у глибоке провалля, говорити, що вбивство вчинене з непрямим умислом, було б неправильно. Мова, звичайно, не йде про фактичну неминучість запланованих наслідків, оскільки настання або ненастання смерті залежить не тільки від дій суб'єкта, а і від інших обставин.

Предбачення наслідків означає усвідомлення суб'єктом, хоча б у загальних рисах, розвитку причинового зв'язку між діянням та наслідками. Наприклад, для визнання вбивства умисним не потрібно, щоб вбивця, здійснюючи постріл у життєво важливий орган, усвідомлював, які саме виникнуть uszkodження (внутрішня кровотеча, зупинка дихання, зупинка серця тощо).

Усвідомлення суспільно небезпечного характеру діяння при непрямому умислі не відрізняється від такого самого усвідомлення при прямому умислі. Відмінність між прямим та непрямим умислом полягає у характері усвідомлення суспільно небезпечних наслідків і вольовому моменті. На відміну від прямого умислу, при непрямому особа усвідомлює можливість настання суспільно небезпечних наслідків, а не їх неминучість. Вольовий момент непрямиго умислу полягає в тому, що особа не бажає настання суспільно небезпечних наслідків, які вона усвідомлює, але свідомо допускає їх настання, ставиться до цього байдуже.

Наприклад, злочинець, який втікає з місця вчинення злочину, стріляє з вогнепальної зброї у працівника міліції і вбиває його. У цьому разі винний, прагнучи уникнути затримання, хоч і не бажав настання наслідку у вигляді смерті, допускав, що своїми діями може позбавити працівника міліції життя або заподіяти йому тяжкі тілесні uszkodження.

Вироком Лисичанського міського суду Луганської області від 21 жовтня 2011 р. та ухвалою апеляційного суду Луганської області від 27 січня 2012 р., законність і обґрунтованість яких було підтверджено ухвалою ВСС від 11 жовтня 2012 р., за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 115 КК, був засуджений А. Посварившись з добре знайомою йому В., А. кулонним ножом завдав їй один удар в ліву частину грудної клітини, чим умисно спричинив потерпілій тяжкі тілесні uszkodження, віднесені до таких за ознакою небезпечності для життя в момент їх заподіяння.*

Усі судові інстанції, які розглядали справу щодо А., зробили висновок про спрямованість його умислу на позбавлення життя потерпілої, головним чином указуючи на використане засудженим знаряддя вчинення злочину (ніж) і локалізацію нанесеного удару (ліва частина грудної клітини). Справді, такі об'єктивні дані можуть допомогти у визначенні форми і виду вини, з якими був вчинений злочин. За таких обставин зрозумілою виглядає позиція ВСС, який у своїй ухвалі вказує на «спрямованість умислу засудженого на протиправне заподіяння смерті іншій людині». Інакше кажучи, на переконання ВСС, А. вчинив злочин (замах на умисне вбивство) з прямим умислом.

* Архів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Справа № 5-4655 км 12 за 2012 р.

Разом з тим, на нашу думку, існували підстави для аналізу дій А. під іншим кутом. ПВС в п. 22 своєї постанови від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» небезпідставно і традиційно рекомендує питання про наявність у дія особи умислу на вбивство вирішувати, виходячи із сукупності всіх обставин вчиненого діяння, враховуючи, зокрема, спосіб, знаряддя злочину, кількість, характер і локалізацію поранень та інших тілесних ушкоджень, причини припинення злочинних дій, поведінку винного і потерпілого, що передували події, їх стосунки.

У доктрині кримінального права також наголошується на необхідності вирішувати питання про зміст умислу винного з урахуванням всебічного аналізу конфліктної ситуації.

Про наявність умислу на вбивство може свідчити комплекс обставин: 1) нанесення ударів та поранень (їх локалізація) в життєво важливі органи (голову, ший, ліву сторону грудей, печінку, пах тощо); 2) застосування такого знаряддя або засобу вчинення злочину, яке здатне спричинити смерть (пістолет, кастет, сокира, важкий предмет тощо); 3) інтенсивність дій винного, яка достатня для порушення функцій або анатомічної цілісності життєво важливих органів (велика сила нанесення ударів або множинність поранень, усвідомлення їх несумісності з життям); 4) існування ворожих міжособистісних стосунків між потерпілим і винним до вчинення злочину (попередні погрози, факти бійок між винним і потерпілим тощо); 5) переривання злочинних дій не добровільно, а на вимогу інших осіб, під загрозою бути викритим чи затриманим; 6) свідоме використання обстановки, яка завідомо виключає своєчасне надання медичної допомоги; 7) негативна поведінка після вчинення злочину (наприклад, залишення потерпілого, який знепритомнів або тяжко поранений, без медичної допомоги; створення перешкод для того, щоб потерпіла особа не могла залишити місце злочину, дати собі раду сама або покликати на допомогу сусідів чи перехожих)*.

Екстраполюючи сказане на вчинене А., можна зробити висновок, що суди при кваліфікації його дій фактично врахували лише два чинники – характер знаряддя, з яким вчинювався злочин, та локалізацію удару. І зовсім проігнорованими залишилися такі фактичні дані, як кількість ударів (один), наявність близьких стосунків між потерпілою і засудженим, добровільне припинення злочинних дій, надання допомоги потерпілій після нанесеного удару, відсутність раніше висловлюваних погроз на адресу потерпілої тощо.

Здійснене судами врахування характеру знаряддя вчиненого злочину також породжує запитання. В ухвалених у справі щодо А. процесуальних документах відсутня будь-яка характеристика знаряддя вчине-

* Кваліфікація злочинів: Навч. посібн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – К.: Істина, 2010. – С. 226–227.

ного ним злочину, крім вказівки на те, що цим знаряддям є кухонний ніж. Але зрозуміло, що кухонні ножі як предмети господарсько-побутового призначення, що не є холодною зброєю, можуть бути різними, зокрема з точки зору можливостей заподіяння з їх допомогою фізичної шкоди людині.

В одній з ухвал судової колегії в кримінальних справах ВС, в якій також вирішувалось питання про зміст вини особи, яка ножем вдарила потерпілого у груди і заподіяла йому тяжке тілесне ушкодження, внаслідок чого людина померла, цілком доречно наводилась детальна характеристика знаряддя вчинення злочину. В ухвалі було зазначено, що при вчиненні своїх злочинних дій винний використав ніж кустарного виробництва довжиною 37 см із лезом довжиною 25 см і насічкою на обухові леза довжиною 7,5 см у вигляді 10 зубців. Характер знаряддя злочину, використаного для завдання удару, поряд з іншими об'єктивними обставинами дав змогу судовій колегії в кримінальних справах ВС поставити під сумнів правильність висновку суду першої інстанції про форму вини засудженого щодо смерті потерпілого і вказати на необхідність під час нового розгляду справи більш ретельно перевірити спрямованість умислу винної особи.*

Отже, якщо комплексно оцінити всі вказані вище обставини, можемо стверджувати, що А. в аналізованій ситуації, скоріш за все, діяв із непрямым умислом. При цьому у ст. 15 КК однозначно закріплено, що стадія замаху можлива лише у злочинах, вчинюваних з прямим умислом. Тому дії А., виходячи з фактично спрчинених ним наслідків, мають кваліфікуватися за ч. 1 ст. 121 КК. До речі, Лисичанський міський суд у своєму вирокі зазначив: винний, можливо, і не бажав, але свідомо допускав настання смерті. Тобто суд схилився до думки про те, що А. діяв із непрямым умислом. 31 січня 2013 р. Судова палата у кримінальних справах ВС прийняла постанову за заявою А., в якій підтримала викладену вище позицію і направила справу щодо А. на новий розгляд до суду касаційної інстанції.

В Україні на законодавчому рівні закріплено лише два **види умислу**, хоча у науці кримінального права виділяють і інші його різновиди: заздалегідь обдуманий умисел і такий, що виник раптово (різновид останнього – афектований умисел); умисел конкретизований (поділяється на простий та альтернативний) і неконкретизований. Слід зауважити, що вказані різновиди умислу позбавлені самостійного характеру і є лише деталізацією прямого та непрямого умислу.

У КК Франції виділяється такий особливий вид вини, як передумисел. Це – умисел, який сформувався до виконання дій, що означають вчинення злочину або проступку. Передумисел є обов'язковою ознакою тяжкого вбивства, кваліфікуючою ознакою катування та деяких інших злочинів.

* Рішення Верховного Суду України. – 1999. – С. 82–83.

2.5.2.2. Зростання транспортного парку, ускладнення виробничих процесів, поява нових технологій і видів енергії – ці та інші чинники призводять до збільшення у всьому світі кількості необережних к.пр. і, відповідно, кількості їхніх складів у кримінальному законодавстві. У необережних к.пр. немає притаманної умисним к.пр. пропорційності між діянням і суспільно небезпечними наслідками: груба необережність за щасливою випадковістю може закінчитись цілком благополучно і, навпаки, легка необачність, проста забудькуватість можуть потягнути дуже тяжкі наслідки, включаючи загибель людей. У зв'язку з цим суспільно небезпечні наслідки, що фактично настали, виступають тим критерієм, який дозволяє обмежити сферу кримінально каранної необережності. Без цього вказана сфера розширилася б безмежно, що неминуче зумовило б зростання латентності необережних к.пр. Особливість криміналізації останніх, відображена у ст. 25 КК, полягає у тому, що, за загальним правилом, вони описані законодавцем як к.пр. з матеріальним складом, які кваліфікуються за наслідками.

Необережність як форма вини закріплена у ст. 25 КК. З неї випливає наявність двох видів необережної форми вини – це самовпевненість і недбалість. І в першому, і в другому випадку особа, неправильно оцінюючи свою поведінку та її спричиняючі властивості, демонструє недостатню обережність (звідси і назва цієї форми вини).

Моральним підґрунтям необережності є безвідповідальне ставлення винної особи до чужих інтересів. Винний повинен і міг передбачити перебіг обставин і організувати свою поведінку таким чином, щоб уникнути небажаних наслідків*. У контексті зазначеного викликає інтерес такий приклад із судової практики.

*Нововолинським міським судом Волинської області медичну сестру міської лікарні було засуджено за вчинення необережного к.пр., передбаченого ч. 2 ст. 140 КК («Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником»). Під час проведення медичної маніпуляції із постановки очисної клізми новонародженій першого року життя медсестра використала непередбачений для проведення цієї маніпуляції катетер, грубо порушила алгоритм постановки катетера, що дістало вияв у введенні трубки катетера, змащеної гліцерином, в пряму кишку без одночасного введення в її просвіт води, що призвело до перфорації стінки кишкового тракту (її розриву), а в подальшому спричинило потерпілій перитоніт, обумовлений розривом товстого кишківника. В результаті новонароджена дитина померла**.*

Необережність є **самовпевненістю**, якщо особа передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), але легковажно розраховувала на їх відвернення (ч. 2 ст. 25 КК).

* Литвак О. Злочинність, її причини та профілактика. – К.: Україна, 1997. – С. 137–138.

** Архів Нововолинського міського суду Волинської обл. Кримінальна справа № 1-73за 2009 р.

При самовпевненості особа передбачає абстрактну можливість настання суспільно небезпечних наслідків. Винний усвідомлює, що взагалі (в аналогічних випадках) подібні дії можуть призвести до суспільно небезпечних наслідків, але виключає реалізацію небезпеки у конкретному випадку. Винний несерйозно підходить до оцінки тих обставин, які, на його думку, повинні запобігти настанню протиправного результату, але насправді виявились неспроможними протидіяти його настанню. Так, водій автомобіля, який перевищує дозволену швидкість руху, передбачає, що це може призвести до зіткнення з пішоходом або іншим транспортним засобом. Проте він виключає такий розвиток подій, оскільки сподівається, що з ним як досвідченим водієм такого не станеться.

Вольовий момент самовпевненості полягає у тому, що винна особа розраховує не на випадок, а на цілком конкретні обставини, які, на думку особи, унеможливають настання суспільно небезпечних наслідків. Однак цей розрахунок виявляється помилковим, легковажним (розрахунок без достатніх для цього підстав), і суспільно небезпечні наслідки настають. Винний, так би мовити, перебільшує можливості відвернення таких наслідків.

При непрямому умислі особа також не бажає настання шкідливих наслідків, але там це небажання є пасивним і не підкріплено жодними об'єктивними обставинами. Для самовпевненості ж, навпаки, притаманним є небажання настання наслідків, що ґрунтується на оцінці об'єктивно існуючих обставин. При цьому винний може розраховувати як на власні сили, так і на очікувану поведінку потерпілого, тварин, сили природи, дію механізмів тощо.

Так, у наведеному вище прикладі водій транспортного засобу розраховує на свою майстерність, значний досвід керування, справний технічний стан автомобіля, належний стан дорожнього покриття, обережність поведінки пішохода тощо. Або керівник підприємства порушує правила техніки безпеки, розраховуючи на свій досвід керівника і професійний досвід своїх підлеглих. Розрахунок виявляється помилковим, в результаті чого трапляється нещасний випадок на виробництві.

З огляду на сказане точніше називати розглядуваний вид необережності не самовпевненістю, а легковажністю.

Згідно з ч. 3 ст. 25 КК необережність є **недбалістю**, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачити. На відміну від самовпевненості, при недбалості винна особа не передбачає можливості настання суспільно небезпечних наслідків. У теорії кримінального права недбалість традиційно характеризується за допомогою двох критеріїв – об'єктивного і суб'єктивного. Оскільки формулювання «повинна була» і «могла» з'єднані сполучником «і», то лише їх сукупність утворює вину у вигляді недбалості.

Об'єктивний критерій – це обов'язок особи передбачити можливість настання суспільно небезпечних наслідків своєї поведінки при дотриманні обов'язкових у цьому разі заходів обережності. Вказаний обов'язок може ґрунтуватися на прямій вказівці закону, міститись у спеціальних правилах, впливати з професійних (службових) функцій винного, а також із загальнообов'язкових, елементарних правил співжиття, що складаються у суспільстві у процесі спілкування між людьми. Можна сказати і так: обов'язок передбачити настання суспільно небезпечних наслідків впливає або з юридичних приписів (носить нормативний характер), або з життєвого досвіду. Об'єктивний критерій недбалості використовується для того, що з'ясувати, яким чином мала поводити себе особа.

Учасниця симпозиуму з гутного скла наступного дня після закінчення заходу прийшла у майстерню для того, щоб знищити гіпсову форму свого виробу, оскільки художники – люди забобонні і зазвичай знищують свої заготовки, аби їх ніхто не привласнив. «Молоде обдарування» (студентка архітектурного вишу) вирішило не марнувати час на розбивання форми молотком, а просто викинуло її у відчинене вікно. Понад чотирикілограмова форма з висоти третього поверху влучила в голову людини, яка проходила попід вікнами та яка від отриманої травми померла у лікарні через кілька днів.*

*Необережне заподіяння тяжких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, за що у ст. 128 КК передбачено відповідальність, нерідко трапляється під час катання на гірських лижах і сноубордах, коли особи порушують відповідні правила (розмовляють по мобільному телефону під час руху, перебувають у зоні активного спортивного відпочинку у стані алкогольного або наркотичного сп'яніння, виїжджають на схили, які за своєю складністю не відповідають рівню їх підготовки, тощо)**.*

У західноєвропейській кримінально-правовій доктрині об'єктивний критерій необережності нерідко позначається як критерій «середньої розумної людини». Йдеться про те, що суд, вирішуючи питання про кримінальну відповідальність особи, з'ясовує, яким чином у ситуації, в якій опинилась ця особа, діяла б інша («середня розумна», розсудлива) людина.

Сама по собі наявність обов'язку передбачити можливість настання суспільно небезпечних наслідків не тягне кримінальної відповідальності. Необхідно з'ясувати, чи могла особа в обстановці, що склалась, передбачити настання шкідливих наслідків. Для вирішення цього питання використовується суб'єктивний критерій. Це – міра обачності, притаманна конкретній особі з її освітою, вихованням, досвідом, здоров'ям або фізіологічним станом на момент вчинення к.пр., тобто здатність особи в конкретній ситуації і з урахуванням її індивідуальних рис передбачити можливість настання суспільно небезпечних наслідків.

* Мельник О. Трагічне завершення мистецького симпозиуму // Урядовий кур'єр. – 2001. – № 203.

** Фріс П. Правове забезпечення активного гірськолижного відпочинку // Юридичний вісник України. – 2010. – № 9.

Відсутність одного із двох або обох названих критеріїв недбалості, означаючи відсутність складу к.пр., виключає кримінальну відповідальність.

Наочний приклад недбалості наводить у своїй монографії О.І. Парог.

Працівники одного сільськогосподарського підприємства К. і З. після розпивання спиртних напоїв, у чому брав участь і керівник цього підприємства С, вирішили викупати його в річці відповідно до існуючих у селі звичаїв. Вони штовхнули С., який на той час вже був у стані сильного сп'яніння, у річку з мосту. С. певний час плив, а згодом потонув. Врешті-решт суд визнав К. і З. винними у вбивстві, вчиненому через необережність, оскільки вони не передбачали загибель С., хоч у ситуації, що склалась, повинні були і могли передбачати такий результат своєї поведінки.*

2.5.2.3. Проблема «кримінально-протиправного невігластва», яке позначає професійну недосвідченість особи, яку суспільство не може вибачити, і яке інколи характеризується формулами «або повинен був, або міг» і «повинен був, отже був здатен», в юридичній літературі розробляється з погляду можливого вдосконалення необережності як форми вини. Йдеться про випадки, коли непередбачена належним чином особа береться за діяльність, яка пов'язана з небезпекою для оточуючих та потребує фахових знань і навичок, відсутніх у цієї особи. Основне питання може бути сформульоване таким чином: чи вписується таке вкрай негативне явище, як «невігластво», у межі самовпевненості або недбалості, визначені у ст. 25 КК?

На наш погляд, відповідна особа (невіглас), беручись за виконання певної роботи, не може не передбачати можливість настання суспільно небезпечних наслідків, хай навіть і не зовсім конкретних. Відмежовуючи у цьому разі самовпевненість від непрямого умислу, зазначимо, що ці різновиди вини подібні за інтелектуальним моментом: в обох випадках особа передбачає можливість настання суспільно небезпечних наслідків. При самовпевненості особа передбачає абстрактну можливість настання таких наслідків, усвідомлюючи, що взагалі (в аналогічних випадках) схожі діяння можуть призвести до суспільно небезпечних наслідків, але виключає їх настання у конкретному випадку.

Так, професійно непередбачений медичний працівник може розраховувати на те, що раніше у подібних випадках в його практиці все закінчувалось добре, що у разі необхідності на допомогу прийдуть його кваліфіковані колеги, організм пацієнта витримає медичне втручання тощо. Говорячи про різницю у вольовому моменті між непрямим умислом і самовпевненістю, зауважимо, що діючи самовпевнено, «невіглас» не бажає настання шкідливих наслідків і свідомо не допускає їх настання.

* Парог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 156.

Отже, позначену проблему пропонуємо вирішувати не шляхом вдосконалення законодавчого визначення необережності як форми вини і, тим більш, відмови від принципу суб'єктивного ставлення у вину, а шляхом відповідної інтерпретації (тлумачення) легальної дефініції самовпевненості як виду необережності.

2.5.3. Спеціальні питання встановлення вини

2.5.3.1. **Випадок (казус)** – це вчинення діяння, коли особа не усвідомлювала і за конкретних обставин не могла усвідомлювати суспільну небезпеку свого діяння, або коли суспільно небезпечні наслідки, що настали, перебувають у причиновому зв'язку з діянням особи, яка не передбачала та у конкретній ситуації не повинна була та/або не могла передбачити їх настання. Тобто вчиняється діяння, яке заборонене певною статтею Особливої частини КК і має всі ознаки об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єкта того чи іншого складу к.пр., проте відсутня вина.

Наприклад, це розрахунок за покупку підробними грошима, отриманими як решта у сусідньому магазині, коли покупець не знав про підроблення грошей і не мав підстав про це здогадуватись.

У сфері медичної діяльності казус може бути викликаний особливою складністю діагностики незвичної хвороби, анатомічними чи фізіологічними аномаліями організму конкретної людини, атипичним розвитком хвороби, несподіваною алергічною реакцією, побічною дією ліків, раптовою зміною показників артеріального тиску внаслідок індивідуальної психологічної реакції на оперативне втручання, відсутністю специфічної (притаманної тільки раку) симптоматики ранніх форм злоякісних новоутворень тощо.

В літературі суперечливо вирішується питання про те, чим саме вважається випадок (казус) – особливим, відмінним від вини психічним станом особи, яка діяла (або не діяла) у відповідній обстановці, що виключає суспільну небезпеку вчиненого нею, або видом психічного ставлення особи до діяння та його суспільно небезпечних наслідків. Приєднуємось до першої із згаданих точок зору, виходячи із законодавчої дефініції вини (ст. 23 КК), з якої випливає, що психічне ставлення особи до забороненого кримінальним законом діяння та його наслідків може набувати вигляду або умислу, або необережності. Третього не дано.

Звернемось до матеріалів судової практики.

Близько 2-ої години ночі С., Н., М., Р., М-ий і Ф. з метою викрадення маку, що ріс на городі особистого господарства К, підійшли до його будинку. Коли у дворі К загавкав собака, С., Н. і Р. злякались і повернули за ріг недобудованого сусіднього будинку, а М., Ф. і М-ий проникли у город К. і стали рвати мак. К., вийшовши із зарядженою мисливською рушницею на подвір'я, спостерігав за діями М., Ф. і М-го. Перебуваючи на близькій відстані від них, К. з метою припинити їх злочинні дії зробив два постріли з рушниці з таким розрахунком, щоб заряди дробу пройшли над головами викрадачів маку. При цьому один дробовий заряд влучив у голову Н., який стояв на значній відстані від К. –

біля сусіднього будинку. Від одержаного вогнепального поранення Н. помер у лікарні наступного дня.

Судова колегія у кримінальних справах ВС, скасовуючи винесені щодо К. судові рішення у зв'язку з відсутністю в його діях складу злочину, зробила висновок, що К. випадково позбавив життя Н. Як вбачається з матеріалів кримінальної справи, Н. у момент пострілу знаходився на значній відстані (близько 60 метрів) від К. У нічний час у темряві останній не міг його побачити, оскільки господарство оточене парканом і засаджено кукурудзою. К. здійснив постріли поверх голів викрадачів маку, не знаючи, що десь в іншому місці, за межами його господарства, знаходяться спільники цих правопорушників. Даних про те, що К. міг чи повинен був передбачити наявність людей за рогом сусіднього недобудованого будинку, немає^{*}.

Працюючи акушером-гінекологом пологового будинку Центру охорони матері і дитини «Лівобережжя» м. Києва, Ж. з урахуванням діагнозу, поставленого нею К., і неможливості розродження через природні пологові шляхи прийняла рішення про проведення операції «кесарів розтин». Під час операції Ж. скальпелем пошкодила дитині ліве око і шкіру, чим заподіяла їй тяжке тілесне ушкодження. В ухвалі судової колегії в кримінальних справах ВС зазначається, що Ж. в екстремальній ситуації, що склалась із розродженням К., діяла методично вірно та професійно і за відсутності можливості діагностування плода не передбачала, не повинна була і не могла передбачити наслідки, що настали, – поранення скальпелем ока дитини. Тобто у цьому разі мав місце казус (випадок), який виключає кримінальну відповідальність Ж.^{**}

Випадкове заподіяння шкоди не тягне кримінальної відповідальності через відсутність суб'єктивної сторони складу к.пр. Одну з ознак кримінально-правового поняття казусу В.О. Навроцький формулює таким чином: «...відсутня форма вини, необхідна для даного посягання, у зв'язку з чим виключається кримінальна відповідальність»^{***}. Але варто уточнити, що відсутність форми вини, яку законодавець вважає необхідною для складу конкретного к.пр., не виключає того, що вчинене зможе бути кваліфікованим за нормою КК про відповідальність за інший злочин, що виключає оцінку вчиненого як казусу.

Наприклад, необережні діяння службової особи підприємства, установи чи організації, що призвели до фактичного ненадходження до бюджетів коштів, які мали бути сплачені як податки і збори, не будучи умисним ухиленням від сплати останніх (ст. 212 КК), за наявності підстав можуть розцінюватись як службова недбалість (ст. 367 КК).

Спеціальні норми, присвячені казусу, містять кримінальні закони більшості держав – учасниць СНД, а також деяких інших, зокрема Австралії, Болгарії, Італії, КНР, Латвії, Румунії. Відсутність подібних приписів у кримінальному законодавстві інших держав можна пояснити тим,

^{*} Рішення Верховного Суду України. – 1998. – С. 85–87.

^{**} Рішення Верховного Суду України. – 2002. – С. 95–96.

^{***} Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібн. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 603.

що положення про невинувате заподіяння шкоди як обставину, що виключає кримінальну відповідальність, логічно впливає з принципу суб'єктивного інкримінування.

2.5.3.2. У більшості випадків к.пр. вчиняються з певною формою вини. Але іноді законодавець встановлює відповідальність за умисне діяння, якщо воно з необережності спричинило наслідки, яким надається значення кваліфікуючої ознаки. У цих випадках можливе паралельне існування двох різних форм вини в одному к.пр.

Чимало вітчизняних дослідників, будучи прибічниками концепції **подвійної (змішаної, складної) форми вини**, висловлюються за встановлення вини особи, яка вчинила к.пр., окремо щодо самого діяння і окремо щодо суспільно небезпечних наслідків такого діяння. У межах цього підходу зазвичай* виділяються дві групи к.пр. зі змішаною формою вини:

1) діяння, що становить собою порушення правил безпеки, саме по собі, у відриві від наслідків, є адміністративним, дисциплінарним чи іншим правопорушенням, і тільки настання суспільно небезпечних наслідків, причинно пов'язаних з діянням, робить усе вчинене кримінальним правопорушенням. Коли винний порушує правила умисно, має місце змішана форма вини: до діяння – умисел, а до наслідків – необережність; у цілому таке к.пр. розцінюється як необережне. Сказане стосується, скажімо, ст. 286 КК («Порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами»);

2) передбачене законом умисне діяння спричиняє два різних наслідки: перший (найближчий) є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони, другий (віддалений) – кваліфікуючою ознакою. Тут щодо діяння і щодо першого, обов'язкового наслідку суб'єктивна сторона виражається в умислі, а щодо іншого (кваліфікуючого) наслідку – тільки в необережності; у цілому к.пр. визнається умисним.

Класичний приклад: каране за ч. 2 ст. 121 умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого (психічне ставлення до смерті може бути лише необережним). Розмежування умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121), і вбивства через необережність (ст. 119 КК) викликає значні труднощі, зумовлені, зокрема, тим, що ці склади к.пр. мають спільну ознаку у вигляді необережного ставлення до такого суспільно небезпечного наслідку, як смерть особи. Звернімось до матеріалів судової практики.

* Необхідність робити таке застереження пояснюється тим, що у літературі висловлено думку про те, що у межах специфічного суб'єктивного змісту, притаманного деяким складам злочинів, мають місце не дві, а три різні кримінально-правові явища, визначити які можна з використанням таких термінів, як «подвійна», «складна» та «комбінована» форми вини (докладніше див.: Шевченко Є.В. До питання змісту і співвідношення понять «змішана», «подвійна» і «складна форма вини» в кримінальному праві // Проблеми законності. – 2011. – Вип. 115. – С. 104–112).

Із рішень Сакського міськрайонного суду АРК від 12 серпня 2011 р. та апеляційного суду АРК від 25 жовтня 2011 р. вбачається, що Д. був визнаний винним в умисному заподіянні потерпілому П. тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило його смерть. Незважаючи на наявність певних суперечностей, які мали місце в процесі формування доказової бази та які були пов'язані з розбіжностями у поглядах на вчинене з боку судово-медичних експертів, суди врешті-решт зробили висновок про настання смерті потерпілого від гострої серцевої недостатності, яка могла виникнути внаслідок порушення ритму серця на фоні гіпертрофічної кардіоміопатії. Основною причиною порушення ритму серця визнано удари Д., нанесені ним у проєкцію 9-10-го ребер потерпілого зліва за задньою пахвинною лінією.

Щодо кримінально-правової кваліфікації дій винного, то варто погодитися з думкою суддів про необхідність застосування ч. 2 ст. 121, а не ч. 1 ст. 119 КК. Необережне вбивство, як відомо, передбачає відсутність умислу винного на заподіяння як тяжких тілесних ушкоджень, так і смерті потерпілому. Натомість у діяв Д., виходячи з їх характеру, вбачається умисел на заподіяння П. тілесних ушкоджень. Безумовно, як і в більшості подібних ситуацій, цей умисел був невизначеним (неконкретизованим – особу влаштовує будь-який із можливих суспільно небезпечних наслідків); при цьому за правилами кваліфікації діяння, вчинене з неконкретизованим умислом, оцінюється за наслідками, які фактично настали. Таким чином, хоч у винного не було умислу на заподіяння смерті потерпілому, він діяв з неконкретизованим умислом на заподіяння тілесних ушкоджень, у т.ч. тяжких (з огляду на характер і локалізацію нанесених потерпілому ударів та на особу винного, який мав спеціальну фізичну підготовку), що виключає можливість застосування ст. 119 КК.

Конструкцію подвійної форми вини, відому вітчизняному кримінальному праву, певною мірою нагадує така специфічна форма вини, як претерінтенціональність, яка закріплена у законодавстві Італії, Андорри, деяких держав Латинської Америки. Згідно зі ст. 43 КК Італії діяння визнається претерінтенціональним, якщо дія чи бездіяльність породжує шкідливий результат, більш тяжкий, ніж той, якого бажав суб'єкт. Звертає на себе увагу відсутність у цьому разі законодавчої вказівки на те, що ставлення суб'єкта до більш тяжких наслідків має бути необережним. Вказана форма вини притаманна усього двом злочинам, відповідальність за вчинення яких передбачена КК Італії, – це претерінтенціональне вбивство (заподіяння смерті особи у результаті побоїв або тілесних ушкоджень) і претерінтенціональний аборт (небажане переривання вагітності у результаті дій, спрямованих на заподіяння тілесних ушкоджень). Положення про претерінтенціональність зазнає критики в сучасній юридичній літературі Італії на тій підставі, що претерінтенціональність становить собою змішування умислу та об'єктивного інкримінування, адже більш тяжкі наслідки ставляться особі у вини і без встановлення необережності, лише через наявність причинного зв'язку.*

* Уголовное право зарубежных стран: Общая и Особенная части: Учебн. / Под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 478–479.

Із легальних визначень умислу і необережності (ст.ст. 24, 25 КК України) випливає, що належність к.пр. до умисних або необережних визначається психічним ставленням особи до суспільно небезпечних наслідків, а не до діяння. Те, чи усвідомлювала особа факт порушення нею певних правил, тобто психічне ставлення до діяння, при вчиненні необережних к.пр. може враховуватись при призначенні покарання. Показовим у цьому сенсі є роз'яснення, наведене у п. 7 постанови ПВС від 23 грудня 2005 р. № 14 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні порушення на транспорті». Тут зазначається, що відповідальність за ст. ст. 286–288, 415 КК настає лише за умови, що винна особа внаслідок порушення певних правил спричинила з необережності потерпілому середньої тяжкості чи тяжке тілесне ушкодження або його смерть. Як бачимо, про встановлення окремого психічного ставлення до діяння у вигляді порушення правил і до спричинених суспільно небезпечних наслідків у роз'ясненні не йдеться.

З точки зору кримінального законодавства про подвійну форму вини варто вести мову лише стосовно тих діянь, які фактично становлять собою враховану законодавцем сукупність умисного і необережного к.пр. У цих діяннях необережне заподіяння суспільно небезпечних наслідків відіграє роль кваліфікуючої ознаки.

Саме так вирішується розглядувана проблема, наприклад, у ст. 27 КК РФ (назва статті – «Відповідальність за злочин, вчинений з двома формами вини»). Згідно з цією нормою якщо в результаті вчинення умисного злочину спричиняються такі наслідки, які за законом тягнуть більш суворе покарання та які не охоплювались умислом особи, кримінальна відповідальність за такі наслідки настає лише у випадку, якщо особа передбачала можливість їх настання, але без достатніх на те підстав самовпевнено розраховувала на їх відвернення, або якщо особа не передбачала, але повинна була і могла передбачити можливість настання цих наслідків. У цілому такий злочин визнається умисним.

Аналогічні положення можна відшукати у КК Болгарії, Норвегії та Польщі. Так, згідно з ч. 5 ст. 11 КК Болгарії якщо закон визначає діяння як більш тяжкий злочин внаслідок настання додаткових суспільно небезпечних наслідків, і якщо у цьому разі не вимагається умислу щодо таких наслідків, особа несе відповідальність за більш тяжкий злочин, коли стосовно цих наслідків вона діяла необережно.

До передбачених КК України к.пр. із подвійною формою вини (крім вже згаданого умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого) можуть бути віднесені, зокрема: незаконне проведення абортів, що спричинило тривалий розлад здоров'я, безплідність або смерть потерпілої (ч. 2 ст. 134); зґвалтування, що спричинило особливо тяжкі наслідки (ч. 4 ст. 152); умисне знищення або пошкодження майна, що спричинило загибель людей чи інші тяжкі на-

слідки (ч. 2 ст. 194); угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна, якщо такі дії спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки (ч. 3 ст. 278); незаконне введення в організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, якщо внаслідок таких дій настала смерть потерпілого (ч. 3 ст. 314).

Якщо в результаті вчинення умисного к.пр. особа з необережності завдає інших суспільно небезпечних наслідків, з якими законодавець пов'язує посилену кримінальну відповідальність, к.пр. у цілому вважається умисним. Фактично подвійна форма вини – це поєднання двох самостійних форм вини (умислу та необережності), які стосуються двох окремих к.пр., об'єднаних за волею законодавця в одне ціле. Складові такого цілого можуть посягати як на різні безпосередні об'єкти (зокрема життя людини при вчиненні умисного знищення або пошкодження майна), так і на один об'єкт (здоров'я особи при незаконному проведенні абортів).

Враховуючи те, що формулювання ст.ст. 23–25 КК не дають змоги однозначно визначити форму вини у тих кримінально-правових ситуаціях, в яких має місце поєднання умисного та необережного ставлення до фактичних обставин, які передбачені в межах одного юридичного складу к.пр., заслуговує на підтримку пропозиція включити до розділу V Загальної частини КК статтю під назвою «Поєднання умислу і необережності при вчиненні к.пр. (складна вина)»*. Варто хіба що уточнити, що у КК мова повинна йти не про подвійну (змішану, складну) форму вини як ще одну (третю після умислу та необережності) форму вини, а про к.пр., вчинене з двома формами вини.

Законодавче врегулювання цього питання дозволить покласти край теоретичним дискусіям з приводу суті подвійної форми вини. До того ж це дозволить чітко визначити, до якої категорії к.пр. – умисних чи необережних – слід відносити такі діяння, що потрібно для вирішення ряду конкретних кримінально-правових питань (можливість незаконного к.пр., співучасті і рецидиву к.пр., призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, умовно-дострокового звільнення тощо).

2.5.3.3. У чинному КК норми, присвячені помилці, немає, у зв'язку з чим відповідні положення розробляються теорією кримінального права і правозастосовною практикою. У загальному вигляді помилка у кримінальному праві – це специфічна форма психічного ставлення суб'єкта до діяння та його суспільно небезпечних наслідків. Помилкою визнається неправильне (хибне) уявлення особи про юридичні властивості та/або

* Вереша Р.В. Поняття вини як елемент змісту кримінального права України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів., 2004. – С. 13, 16.

юридично значущі фактичні обставини вчинюваного нею діяння. Традиційно розрізняють два види помилки – юридичну і фактичну. Такий поділ є ustalеним у кримінальному праві* і відповідає потребам практики.

Юридична помилка – це неправильне уявлення особи про юридичні властивості і правові наслідки вчиненого діяння. Ця помилка може полягати у неправильному уявленні особи щодо: 1) кримінальної протиправності діяння; 2) кваліфікації діяння; 3) покарання.

Помилка щодо кримінальної протиправності діяння може означати, що особа вважає свої дії к.пр., хоча КК їх такими не визнає (уявне к.пр.). У таких випадках відсутня обов'язкова ознака к.пр. – кримінальна протиправність (вона існує лише в уяві особи), а тому особа кримінальній відповідальності не підлягає.

Наприклад, особа купує іноземну валюту поза банківською установою, думаючи, що вчиняє к.пр., хоч насправді така дія тягне лише адміністративну відповідальність. Або особа керує автомобілем у стані сп'яніння, вважаючи, що вона вчиняє к.пр., хоч згідно з чинним законодавством таке діяння визнається адміністративним проступком.

Іноколи, навпаки, особа вважає, що її діяння не є кримінально караним, однак за законом воно визнається к.пр.

Наприклад, одна особа схиляє іншу особу передати службовій особі незаконну винагороду за виконання діяння у зв'язку з використанням службового становища, не розуміючи, що тим самим вона вчиняє к.пр. – підбурювання до давання неправомірної вигоди. У подібних випадках особа визнається винною у вчиненому к.пр. і підлягає кримінальній відповідальності.

Відповідно до ст. 68 Конституції України незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності. Вказана презумпція належить до числа спростовних (оспорюваних). Тобто надає можливість в деяких ситуаціях врахувати не охоплювану презумпцією специфіку конкретного випадку. Тому порушення порядку оприлюднення законів та набрання ними чинності поряд із ситуацією, коли особа була позбавлена реальної можливості ознайомитись із законом (скажімо, через тяжку хворобу), визнаються обставинами, що виключають кримінальну відповідальність.

Положення про юридичну помилку, якої не можна було уникнути, як обставину, що виключає кримінальну відповідальність, закріплене у кримінальних законах багатьох держав світу, включаючи Австрію, Грузію, Ізраїль, Іспанію, Македонію, Польщу, Республіку Корея, Фінляндію, Францію, ФРН, Хорватію, Чорногорію, Швейцарію, Швецію, Японію.

Наприклад, у § 17 КК ФРН (назва норми – «Помилка в забороні») зазначається, що якщо в особи, яка вчинила діяння, відсутнє усвідомлення протиправності вчинених нею дій, вона вважається такою, що діє невинувато, за

* Стаття 32 Римського статуту Міжнародного кримінального суду також розрізняє помилку у факті і помилку в праві (Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – С. 506).

умови, що вона не могла уникнути цієї помилки. Якщо суб'єкт міг уникнути цієї помилки, покарання може бути пом'якшене. Досить детальні вказівки щодо впливу помилки у забороні на кримінальну відповідальність містяться у § 9 КК Австрії. Тут зазначено, що якщо особа не усвідомлює протиправності діяння через помилку у забороні і не могла уникнути цієї помилки, вона діє без вини. Помилка у забороні неможлива у тому разі, коли протиправність діяння була доступною для розуміння особи як для будь-якої іншої особи, або коли вона не ознайомилась з відповідними приписами, хоч зобов'язана була це зробити з огляду на специфіку своєї роботи, захоплення чи інші обставини. Якщо особа могла уникнути помилки, їй треба призначити покарання, передбачене за умисне к.пр., за умови, що вона діяла умисно, і покарання, передбачене за необережне к.пр., якщо особа діяла з необережності.

Цікаво, що включення до КК Франції норми про юридичну помилку (а точніше норми про помилку щодо правомірності вчиненої дії) (ст. 122-3) пояснюється криміналізацією таких діянь, злочинний характер яких не є очевидним («не лежить на поверхні»), – різноманітних правопорушень в економічній, податковій, митній, фармацевтичній та інших сферах.

В окремих штатах США проблема значущості юридичної помилки вирішена безпосередньо на законодавчому рівні. Обставиною, що виключає кримінальну відповідальність, визнається розумна впевненість особи у правомірності своєї поведінки – за умови, що особа, зокрема, покладалась на офіційну думку або тлумачення закону (КК штату Техас) або проявила старанність у використанні доступних засобів для з'ясування злочинності своєї поведінки (КК штату Нью-Джерсі).

Висновок про доцільність мати у КК України аналогічні положення, покликани сприяти більш повній реалізації принципу вини, роблять чимало вітчизняних науковців, які цілком логічно пропонують диференціювати кримінально-правові наслідки вчиненого діяння залежно від того, наскільки сумлінно (вбачально) помилялась особа із питання про заборонність (протиправність) конкретного діяння.

Помилка щодо кваліфікації к.пр. (наприклад, пов'язана із розмежуванням крадіжки і грабежу, грабежу і розбою) і покарання, яке може бути призначене за його вчинення, знаходиться поза межами умислу та необережності і кримінально-правового значення не має. Особа відповідатиме за те к.пр., яке вона, на переконання правозастосувача, вчинила, а не за те, яке вона, на її думку, вчинила.

Фактична помилка – це неправильне уявлення особи про фактичні обставини свого діяння. Суб'єкт може помилятися щодо: 1) об'єкта к.пр. (у т.ч. щодо предмета і потерпілого); 2) засобів його вчинення; 3) розвитку причинового зв'язку; 4) кваліфікуючих ознак.

Прикладом помилки в об'єкті є ситуація, коли злочинець, бажаючи позбавити життя державного діяча, помилково вбиває «простого смертного». Кваліфікація вчиненого у такому випадку, ґрунтуючись на принципі суб'єктивного ставлення у вину, має відображати спрямованість умислу суб'єкта на позбавлення життя носія специфічних відносин, охоронюваного за допомогою спеціальної кримінально-правової заборони (ст. 112 КК). Як приклад помилки в об'єкті можна також наве-

сти ситуацію, коли особа підпалює будівлю сусіда, який, як виявилось, є суддею. За наявності підстав винний буде покараний за спрямованістю умислу – за умисне знищення або пошкодження чужого майна (ст. 194 КК), а не за відповідне к.пр. проти правосуддя (ст. 378 КК). Якщо умисел було спрямовано на позбавлення життя захисника чи представника особи у зв'язку з їх діяльністю щодо надання правової допомоги, але посягання фактично вчинене щодо особи, яка не належить до числа потерпілих, зазначених у ст. 400 КК, то вчинене, яке так само є проявом помилки в об'єкті, слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 15, ст. 400 КК*.

Діяння, при вчиненні якого винний усвідомлював наявність кваліфікуючих обставин, фактично відсутніх (помилка в кваліфікуючих обставинах), має визнаватись замахом на к.пр. із кваліфікуючою ознакою.

У зв'язку з цим, наприклад, якщо учасник з'валтування, який є належним суб'єктом цього злочину, не усвідомлював і за обставинами справи не міг усвідомлювати, що інші учасники групового з'валтування не є суб'єктами злочину (через неосудність або недосягнення певного віку), він несе відповідальність за ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 152 за закінчений замах на групове з'валтування відповідно до правил про фактичну помилку.

У розглядуваній ситуації мають місце всі ознаки основного складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 152 КК, і водночас відсутня кваліфікуюча ознака, що охоплюється умислом винного. У цьому разі має місце юридична фікція, за якої к.пр. із повністю виконаною об'єктивною стороною з точки зору його кваліфікації прирівнюється до незакінченого правопорушення.

Загальним правилом для всіх видів фактичної помилки є те, що кримінальна відповідальність у цих випадках повинна наставати з урахуванням того, що саме винний усвідомлював чи повинен був усвідомлювати в момент вчинення ним діяння, чи міг він передбачити настання суспільно небезпечних наслідків.

Якщо особа помиляється щодо тих фактичних обставин вчиненого нею к.пр., які не стосуються його законодавчо закріпленого складу (скажімо, особа вважає, що позбавляє життя неповнолітнього, хоч потерпілому вже виповнилось 18 років), така помилка не є релевантною (юридично значущою). Отже, кримінально-правове значення має фактична помилка лише щодо тих обставин, які є об'єктивними ознаками відповідного складу к.пр.

* З метою полегшення кваліфікації вчиненого у подібних ситуаціях ст. 24 КК пропонується доповнити ч. 4 такого змісту: «Кримінальна відповідальність за тими статтями Особливої частини цього Кодексу, які передбачають специфічні ознаки потерпілого або предмета злочину, настає лише у випадку, якщо особа усвідомлює наявність відповідних ознак. Ступінь цього усвідомлення, за загальним правилом, на кваліфікацію вчиненого не впливає» (див.: Трушківська Л.В. Кримінально-правова охорона особистих благ захисника чи представника особи у зв'язку з наданням ними правової допомоги (статті 398, 400 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – С. 99).

Вказана характеристика фактичної помилки чітко закріплена у ст. 14 КК Болгарії і § 16 КК ФРН. Так, згідно з § 16 КК ФРН («Помилка у фактичних обставинах справи»), якщо особа при вчиненні діяння не знає про обставину, що стосується передбаченого законом складу злочину, вона діє неумисно. Караність необережного вчинення такого діяння залишається при цьому незмінною. Якщо при вчиненні злочину особа помилково передбачає наявність обставин, які утворюють склад злочину, передбаченого більш м'яким законом, вона може бути засуджена за вчинення умисного злочину тільки на підставі більш м'якого закону.

Якщо спробувати узагальнити відображені у зарубіжному кримінальному законодавстві підходи щодо кримінально-правового значення фактичної помилки, можна вказати на існування трьох підходів, у межах яких фактична помилка визнається обставиною, яка: 1) виключає кримінально протиправний характер діяння; 2) виключає умисел; 3) пом'якшує покарання.

Література

- Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – С. 520–553.
- Вереша Р.В. Поняття вини як елемент змісту кримінального права України: Навч. посібн. – К.: Атіка, 2005. – 224 с.
- Мелих Б. Поняття помилки за кримінальним правом // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2012. – Вип. 56. – С. 390–401.
- Савченко А.В. Мотив і мотивація злочину: Монографія. – К.: Атіка, 2002. – 144 с.

Запитання і завдання

1. У чому полягає значення суб'єктивної сторони к.пр.?
2. Охарактеризуйте умисел як форму вини.
3. Покажіть особливості злочинної недбалості як виду необережної форми вини.
4. Відмежуйте непрямий умисел від злочинної самовпевненості.
5. У чому полягає специфіка подвійної (змішаної) форми вини?
6. Охарактеризуйте підходи щодо встановлення форми вини при вчиненні к.пр. із формальним складом.
7. Розкрийте суть і кримінально-правове значення юридичної і фактичної помилки.

Рекомендуємо прочитати

- Вільям Шекспір «Макбет», «Гамлет», «Отелло».
- Федір Достоевський «Злочин і покарання».
- Джек Лондон «Під палубним тентом».
- Антон Чехов «Зловмисник».
- Борис Гринченко «Каторжна».

- Лев Толстой «Крейцерова соната».
- Михайло Булгаков «Я вбив».

Радимо подивитись

- Злочин і покарання (СРСР, 1969, режисер Лев Куліджанов).
- Кримінальне право (Злочинний закон) (США, 1988, режисер Мартін Кемпбелл).
- Вбивство першого ступеню (Франція, США, 1994, режисер Марк Рокко).

2.6. Спеціальні форми кримінального правопорушення

2.6.1. Готування до кримінального правопорушення і замах на кримінальне правопорушення

2.6.1.1. Якщо особа повністю реалізувала свій намір і вчинила закінчене к.пр. (вбивство, крадіжку тощо), необхідність виділяти будь-які етапи кримінально караного поведінки відсутня. Але у практиці трапляються випадки недоведення задуманого до свого завершення, що можливо з двох причин, які виключають одна одну: 1) за волею особи, в поведінці якої вбачається добровільна відмова; 2) всупереч волі особи, винної у вчиненні незакінченого к.пр., – готування або замаху.

В умисних к.пр. із матеріальним складом можлива як стадія готування, так і стадія замаху. Однак із цього загального правила є винятки.

Так, готування не може мати місце щодо убивства у стані фізіологічного афекту, оскільки у ст. 116 КК вказується на раптовість виникнення сильно-го душевного хвилювання. Але замах на вказане вбивство не виключається, оскільки винний у зазначеному стані може бажати заподіяти кривднику не будь-яку шкоду, а саме смерть, тобто діяти з прямим умислом на вбивство.

Неможливим є замах на вчинення злочинів, які означають перевищення меж необхідної оборони або перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (ст.ст. 118, 124 КК).

Злочини з формальним складом можуть мати стадію готування, а окремі з них – і стадію замаху. Так, доречно вести мову про замах на зґвалтування, контрабанду, одержання неправомірної вигоди, підроблення грошей, незаконне виготовлення підакцизних товарів.

Стадії к.пр. виділяються лише в процесі реалізації прямого умислу, про що прямо сказано у ст.ст. 14, 15 КК. Цілеспрямованість, за наявності якої можна встановити відповідність між задуманим к.пр. і реальним втіленням його в життя, притаманна діям, в яких особа бажає настання передбачуваних нею суспільно небезпечних наслідків. Щодо к.пр., які вчи-

няються з непрямыми умислом, відповідальність за замах виключається. Дії суб'єкта кваліфікуються, виходячи з фактично спричинених наслідків.

*Вироком Пустомитівського районного суду Львівської області Л. було засуджено за ч. 1 ст. 101 КК 1960 р. Під час бійки, яка виникла на ґрунті неприязних стосунків, Л. ударив М. ножем у грудну клітину, заподіявши тяжке тілесне ушкодження, небезпечне для життя в момент заподіяння. Судова колегія в кримінальних справах ВС залишила без задоволення протест прокурора, в якому ставилось питання про перекваліфікацію дій Л. на ст. 17, ст. 94 КК 1960 р. (замах на умисне вбивство). В своїй ухвалі ВС зазначив, що при вирішенні питання про спрямованість умислу винного необхідно виходити з усіх обставин справи і, крім характеру знаряддя злочину та локалізації тілесного ушкодження, враховувати події, що передували злочину, дані про поведінку винного й потерпілого як до, так і після вчинення посягання, причини його припинення. Наявні докази свідчать, що умисел Л. не був спрямований на позбавлення життя потерпілого. Оскільки замах на вбивство можливий лише з прямим умислом, суд першої інстанції правильно кваліфікував дії засудженого за ч. 1 ст. 101 КК 1960 р.**

Не мають стадій необережні к.пр., адже: а) переважна їх більшість сконструйована як делікти з матеріальним складом, природа яких може бути встановлена лише після того, як настали суспільно небезпечні наслідки, тобто на етапі, коли постановка питання про стадії втрачає своє кримінально-правове значення; б) у разі вчинення необережного к.пр. суб'єкт не здійснює підготовчої діяльності, не спрямовує свої зусилля на досягнення протиправного результату. Це впливає із законодавчих визначень злочинної самовпевненості та злочинної недбалості (ст. 25 КК).

2.6.1.2. Кваліфікація готування і замаху здійснюється за статтею (частиною, пунктом статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за закінчене к.пр., до якого суб'єкт готувався або на вчинення якого здійснив замах, з обов'язковим посиланням на ч. 1 ст. 14, частини 1, 2 або 3 ст. 15 КК. Це посилання є потрібним через те, що всі склади к.пр. у диспозиціях статей Особливої частини КК сформульовані як закінчені посягання. Необхідність посилання не просто на ст. 14 і ст. 15 КК, а на їх відповідні частини пояснюється тим, що підстави кримінальної відповідальності за окремі стадії к.пр. різні. Оскільки згідно з ч. 2 і ч. 3 ст. 15 КК закінчений та незакінчений замах може полягати лише у діях, то замах на к.пр., вчинений шляхом бездіяльності, має кваліфікуватись за ч. 1 ст. 15 і відповідною статтею Особливої частини КК.

Посилання на статтю Загальної частини КК повинно міститись перед вказівкою на статтю Особливої частини КК; якщо винному інкримінується вчинення кількох різних незакінчених к.пр., посилання на відповідні частини ст. 14 і ст. 15 КК має бути перед кожною зі статей

* Рішення Верховного Суду України. – 1997. – С. 124–125.

Особливої частини. Кожна попередня стадія поглинається наступною і самостійної правової оцінки не потребує (оскільки має місце конкуренція «частини і цілого»), а юридичне формулювання обвинувачення має обов'язково включати вказівку на такі поняття, як готування, незакінчений замах або закінчене к.пр.

У літературі суперечливо вирішується питання про кваліфікацію вчиненого у випадку, коли особа діє з прямим, але неконкретизованим умислом (наприклад, вчиняючи крадіжку, бажає заволодіти чужим майном будь-якої вартості). У таких ситуаціях особа має нести кримінальну відповідальність за фактично спричинені нею наслідки. Якщо наслідків немає, вчинене (з урахуванням конституційного положення про тлумачення на користь особи сумнівів, які не можуть бути усунені) треба кваліфікувати із посиланням на ту статтю (частину, пункт статті) Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за найменш небезпечне к.пр., що охоплювалося неконкретизованим умислом.

Готування до к.пр. і замах на к.пр. при альтернативному умислі мають кваліфікуватись за відповідними частинами ст. 14 і ст. 15 і тією статтею Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за найменш небезпечний із к.пр., що охоплювались вказаним умислом.

2.6.1.3. Під **виявленням наміру** (або «голим умислом») зазвичай розуміється зовнішній прояв тим чи іншим способом (усно, письмово, за допомогою конклюдентних дій тощо) наміру особи вчинити к.пр., проте без початку конкретних діянь, спрямованих на реалізацію цього наміру. Питання, чи визнавати виявлення наміру стадією вчинення к.пр., принципового значення не має; важливе інше – чи має тягнути така поведінка людини кримінальну відповідальність.

Незважаючи на те, що виявлення наміру є кроком вперед порівняно з внутрішнім психічним процесом (формуванням наміру), чинне законодавство України не передбачає караності такої поведінки. Вважається, що думки, бажання, наміри, ідеї, не підкріплені реальними злочинними діяннями особи, не здатні заподіяти шкоди охоронюваним кримінальним законом відносинам, а тому знаходяться поза сферою кримінально-правового регулювання.

Закріплений у КК підхід щодо безкарності виявлення наміру виходить із визнання злочином лише суспільно небезпечного **діяння** – дії або бездіяльності (ч. 1 ст. 11 КК), ґрунтується на відомих ще римському праву тезах *nullum crimen sine actus* (немає злочину без вчинення дії), *cogitationis poenam nemo patitur* (думки не караються), враховує положення ст. 34 Конституції України про право кожного на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Разом з тим від виявлення наміру потрібно відрізнити передбачені КК випадки:

1) кримінально караної погрози (ст.ст. 129, 195, 258, 266, 345, 377 та ін.). У цих випадках закон передбачає відповідальність не за небезпеч-

ні думки, а за закінчене суспільно небезпечне діяння, коли має місце виявлена зовні і доведена до відома потерпілого погроза, що становить собою посягання на певні блага – життя особи, її власність, громадську безпеку, інтереси правосуддя тощо.

Кримінально карана погроза-діяння або утворює склад закінченого к.пр., пов'язаного з порушенням психічної недоторканності особи, або є ознакою, що характеризує насильницький спосіб вчинення к.пр., – зґвалтування, розбою, вимагання, примушування працівника транспорту до невиконання своїх службових обов'язків тощо;

2) кримінально караних закликів (ч. 2 ст. 109, ст.ст. 258-2, 436, ч. 2 ст. 442). Такі діяння, вчинені у формі написання і проголошення слів, фраз, промов, також утворюють самостійні посягання на відповідні об'єкти кримінально-правової охорони.

Предбачені КК випадки кримінально караних погроз і закликів є прикладом обмеження на законодавчому рівні конституційного права особи на вільне вираження своїх поглядів і переконань, яке допускається, зокрема, в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку, для захисту прав інших людей, для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя (ч. 3 ст. 34 Конституції України).

2.6.1.4. Частина 1 ст. 14 КК містить приблизний, невичерпний перелік конкретних різновидів **готування до кримінального правопорушення**, а також узагальнене формулювання («інше умисне створення умов для вчинення злочину»). Використання останнього може бути виправданим з огляду на неможливість перерахувати у тексті КК всі можливі форми готування.

З об'єктивної сторони готування може полягати у підшукуванні або пристосованні потрібних для вчинення к.пр. засобів чи знарядь, у підшукуванні співучасників, змові на вчинення к.пр., усуненні перешкод; іншим же умисним створенням умов для вчинення к.пр. може бути розроблення плану вчинення к.пр., влаштування засідки, підготовка місць для зберігання викраденого, вивчення системи охорони банку з метою нападу, вивчення режиму перебування господарів у квартирі перед вчиненням крадіжки тощо.

Обов'язковою ознакою готування, яка, щоправда, не знайшла відображення у визначенні, наведеному у ч. 1 ст. 14 КК, є те, що ця стадія має місце тільки у разі припинення дій винного з причин, що не залежать від його волі.

Ведучи мову про кримінальну відповідальність за готування, варто пригадати такий історичний факт: якщо ст. 12 КК УСРР 1922 р. проголосувала безкарність готування до злочину (за винятком випадків, коли відповідне діяння визнавалось самостійним злочином), то ст. 17 і ст. 18 КК УСРР 1927 р. встановлювали, що за готування до будь-якого злочину мають застосовуватись ті самі заходи соціального захисту, що за замах і закінчений злочин.

КК 1960 р. також виходив з того, що готування до злочину будь-якої тяжкості повинно тягнути кримінальну відповідальність. При цьому у судовій практиці випадки засудження за готування були досить рідкими. Пояснювалось це як труднощами процесуального доказування злочинного наміру, так і тим, що у переважній більшості випадків умисне створення умов для вчинення у подальшому забороненого КК діяння не набувало притаманного для злочину ступеня суспільної небезпеки. Тобто практичне вирішення питань притягнення до кримінальної відповідальності за готування до злочину пов'язувалось із ступенем його суспільної небезпеки, у зв'язку з чим виправданним вважалося звернення до норми про малозначність діяння. Як таке, що заслуговує на кримінальне переслідування, розцінювалось готування до посягань на особливо значущі відносини, наприклад, готування до вбивства, зґвалтування, розбою, розкрадання майна в особливо великих розмірах, державної зради.

Тому КК 2001 р., врахувавши вироблені доктриною і практикою підходи, пов'язав караність готування з класифікацією злочинів, в основу якої законодавцем покладено ступінь тяжкості злочину (ст. 12). Декриміналізація готування до злочину невеликої тяжкості (ч. 2 ст. 14), враховуючи відсутність суспільної небезпеки такої поведінки, є кроком на шляху послаблення репресивності кримінального закону.

У вітчизняній літературі зустрічаються пропозиції рухатись далі шляхом гуманізації заходів кримінально-правового впливу та скасувати кримінальну відповідальність за готування і до злочинів середньої тяжкості. Такий підхід втілено, зокрема, у ч. 2 ст. 30 КК РФ, згідно з якою кримінальна відповідальність настає за готування лише до тяжкого чи особливо тяжкого злочину. Взагалі у світовій практиці склалося кілька підходів, згідно з якими караним є готування:

1) лише до певних злочинів (зокрема, злочинів проти безпеки держави, проти громадської безпеки, незаконного позбавлення волі, захоплення заручника, крадіжки, грабежу, фальшування грошей). Як правило, норма про караність готування включається у відповідну статтю або розділ Особливої частини КК.

Наприклад, відповідно до КК Польщі карається готування до злочинів проти миру, людства і воєнні злочини, злочини проти Республіки Польща і злочини проти обороноспроможності;

2) лише до злочинів певної тяжкості.

Так, згідно зі ст. 46 КК Нідерландів карається готування до вчинення злочину, за який закон передбачає тюремне ув'язнення на строк не менше восьми років;

3) до будь-якого злочину (КНР, Лаос, Узбекистан);

4) інститут готування до злочину як такий відсутній (держави англо-американської системи, а також Іспанія, Італія, Франція та її колишні колонії). Але це не засвідчує, так би мовити, ліберальність цього законодавства і те, що у ньому не відображене готування як кримінально значуща поведінка.

Так, у США готування до злочину вважається некараним. Однак встановлення кримінальної відповідальності за підбурювання і змову як самостійних злочинних діянь, а так само інші злочини на кшталт участі в об'єднаннях злочинців і володіння зброєю злочину спрямоване на боротьбу із попередньою злочинною діяльністю, яка здійснюється на значно більш ранній стадії, ніж замах.

КК Франції передбачає відповідальність за погрозу вчинити злочин або проступок проти особи, недале підбурювання до вчинення деяких політичних злочинів (зрада, шпигунство, саботаж тощо) і за створення організації зловмисників (ст. 450-1), конструкція якої нагадує інститут змови, вироблений доктриною загального права. Навіть термінологія, що використовується французьким законодавцем, свідчить про те, що він у цьому разі встановлює кримінальну відповідальність за такий собі «злий умисел». Відповідальність настає за участь у групі або змові, яка створена (здійснена) для підготовки одного чи кількох злочинів або проступків, які караються не менш, ніж п'ятьма роками тюремного ув'язнення.

КК Іспанії встановлює відповідальність за змову у випадках, прямо передбачених в Особливій частині КК, а саме за змову вчинити умисне вбивство, крадіжку, вимагання, шахрайство, незаконне привласнення, повстання, замах, тероризм, державну зраду, міжнародні злочини.

У КК Італії встановлено відповідальність за самостійні злочини, які фактично є підготовчими діями, – таємне проникнення на військові території (ст. 260), недале підбурювання до вчинення державного злочину (ст. 302) тощо, а кримінально-правова доктрина цієї держави виробила концепцію, згідно з якою замахом визнається дія, яка не може бути пояснена інакше, ніж злочинним умислом виконавця. Цілком очевидно, що за такого підходу замахом, який тягне кримінальну відповідальність, можуть бути визнані підготовчі дії (наприклад, придбання зброї з метою вбивства) при тому, що готування офіційно вважається в Італії незлочинною поведінкою.

Криміналізація окремих проявів готування як закінчених (самостійних) злочинів виключає можливість пом'якшення покарання, а також добровільної відмови від доведення к.пр. до кінця, у зв'язку з чим такий завуальований підхід до криміналізації фактично готування може бути навіть більш репресивним, ніж закріплений у ст. 14 КК України.

2.6.1.5. На відміну від готування, кримінальна відповідальність за замах згідно із КК України настає незалежно від ступеня тяжкості вчинюваного особою к.пр.

У кримінальному законодавстві інших держав закріплено різні варіанти караності замаху. Наприклад, у Латвії не карається замах на проступок, у Казахстані – замах на злочин невеликої тяжкості, а в Норвегії – замах на незначний злочин. Існує підхід, у межах якого тільки у випадках, коли це прямо передбачено законом, замах на кримінальний проступок карається (зокрема, Франція, ФРН). Відповідно до КК Іспанії карається замах на проступки лише проти особи або майна. За кримінальним законодавством Федерації Боснії та Герцеговини, а також Македонії карається замах лише на той злочин, за вчинення якого передбачено покарання у вигляді п'яти і більше років ув'язнення.

Аналіз ст. 15 КК дає змогу виокремити три ознаки **замаху на кримінальне правопорушення**: 1) є діяння, безпосередньо спрямоване на вчинення к.пр.; 2) к.пр. не доведене до кінця; 3) причини незавершеності не залежать від волі винного.

Безпосередня спрямованість на вчинення к.пр. як ознака замаху означає, що особа розпочинає вчинення дій (бездіяльності), передбачених відповідною нормою Особливої частини КК як ознака складу к.пр. Винний у замаху суб'єкт починає виконувати об'єктивну сторону, ставить об'єкт кримінально-правової охорони у стан безпосередньої небезпеки заповідання йому істотної шкоди (наприклад, щоб подолати опір потерпілої при зґвалтуванні, застосовує фізичне насильство або висловлює погрозу його застосування).

Подібним чином розуміється замах і в судовій практиці Нідерландів. Згідно зі ст. 45 КК цієї держави замах має місце, якщо особа з наміром починає вчинення злочину. Для того, щоб дії вважались початком вчинення запланованого злочину, необхідно, щоб вони розцінювались як спрямовані на вчинення злочину. Так, якщо особа з наміром пограбувати туристичне бюро дзвонить у двері офісу із частково затуленим обличчям, зброєю напоготові і порожньою сумкою, така поведінка визнається замахом на озброєний розбій.*

Для відмежування замаху від готування потрібно з'ясувати, чи є вчинене особою діяння складовою частиною об'єктивної сторони складу того чи іншого к.пр. Залежно від характеру посягання одні й ті самі діяння можуть отримувати різну кримінально-правову оцінку і розглядатись як готування або як замах.

Так, незаконне проникнення у квартиру означає часткове виконання об'єктивної сторони такого кваліфікованого складу к.пр., як крадіжка чужого майна з проникненням у житло, а тому визнається замахом на вказане к.пр. проти власності. У разі, коли зазначені дії вчиняються з метою позбавити життя власника квартири, вони не виходять за межі створення умов для вчинення вбивства, а тому розглядаються як готування до к.пр. проти особи.

Притаманна для замаху незавершеність об'єктивної сторони є вимушеною. Особа не доводить злочин до кінця не за власною ініціативою, а з причин, які не залежать від її волі. Під такими причинами потрібно розуміти різноманітні обставини як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру, які зашкодили закінчити к.пр. усупереч докладеним зусиллям особи. Маються на увазі, наприклад, активний опір потерпілого, недосконалість знарядь злочину, недостатність фізичних сил чи досвіду, спрацювання охоронної сигналізації, невміння користуватись зброєю або її несправність, затримання злочинця.

* Уголовный кодекс Голландии / Науч. ред. Б.В. Волженкин; пер. с англ. И.В. Мироновой. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2000. – С. 22–23, 73–74.

Вироком Миколаївського обласного суду, залишеним без змін ВС, А. було засуджено за ст. 17, п. «є» ст. 93 КК 1960 р. за замах на вбивство своєї колишньої дружини, вчинене з особливою жорстокістю і способом, небезпечним для життя багатьох осіб. Скориставшись тим, що потерпіла разом з дочкою спала у ліжку, А. заздалегідь підготовленим дротом почав торкатись різних частин її тіла, розраховуючи вчинити вбивство, використавши уразливі властивості електричного струму. Злочинний намір не було доведено до кінця у зв'язку з активним опором потерпілої та втручанням сусідів, які відгукнулись на крики про допомогу і почали грукати у двері. Крім цього, у висновку електротехнічної експертизи вказувалось, що напруга в електромережі є смертельною, і смертельні наслідки не настали лише через те, що потерпіла лежала на ізольованих матеріалах (матрац, дерев'яне ліжко, килим).*

Причини, внаслідок яких особа вимушена відмовитись від доведення к.пр. до кінця, можуть виникнути під впливом її власних дій (наприклад, вживання значних доз ліків, алкоголю або наркотиків, втрата зброї, виникнення стресового стану, який позбавив винного можливості діяти цілеспрямовано під час вчинення к.пр., випадкове заподіяння самому собі тілесного ушкодження).

*С., вбивши на ґрунті неприязних стосунків зятя, перед замахом на вбивство дочки вжив велику дозу заспокійливих ліків. Це загальмувало його дії, знизило їх активність і цілеспрямованість і тим самим позбавило С. змоги подолати опір вже пораненої ним сокирою у голову дочки і позбавити її життя. Судова колегія у кримінальних справах ВС скасувала вирок суду першої інстанції, яким С. був засуджений у тому числі за ст. 102 КК 1960 р. Під час нового судового розгляду кримінальної справи дії С., спрямовані на позбавлення життя дочки, визнані вимушеною, а не добровільною відмовою від вчинення злочину, і кваліфіковані як замах на вбивство**.*

2.6.1.6. У разі вчинення **замаху на непридатний** (відсутній) **об'єкт** можливість заподіяння реальної шкоди охоронюваним КК відносинам виключається, оскільки на місці вчинення к.пр. взагалі відсутнє те, на що спрямоване посягання, або предмет посягання чи потерпілий не має належних ознак (постріл у труп або манекен, помилково прийнятий за людину, або викрадення грошей, які виявились підробленими, або незаконне проведення абортів жінці, яка не є вагітною, тощо).

Замах із непридатними засобами має місце тоді, коли суб'єкт для досягнення результату обирає засоби, які за своїми об'єктивними властивостями не здатні викликати бажані для винного суспільно небезпечні наслідки (наприклад, спроба вчинити вбивство за допомогою зламаної зброї або отрути, яка внаслідок тривалого зберігання втратила свої уразливі якості).

* Судебная практика. Убийства, изнасилования и другие преступления против личности: Сб. судебных решений по уголовным делам. – К.: Знання, 1993. – С. 45–49.

** Коментар судової практики з кримінальних справ // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1996. – № 6. – С. 6.

Непридатність замаху внаслідок фактичної помилки не виключає суспільну небезпеку вчиненого з огляду на спрямованість протиправного наміру. З урахуванням конкретних обставин для кримінально-правової оцінки розглянутих видів замаху може бути застосоване передбачене ч. 2 ст. 11 КК положення про малозначність діяння через відсутність суспільної небезпеки. Виділення таких видів замаху, як замах на непридатний об'єкт і замах з непридатними засобами, має значення у тому числі для призначення покарання, оскільки згідно з ч. 1 ст. 68 КК при призначенні покарання за незакінчений злочин враховуються, зокрема, причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця.

Згідно з ч. 3 § 23 КК ФРН суддя при винесенні обвинувального вироку може утриматись від призначення покарання або пом'якшити його на свій розсуд, якщо особа внаслідок очевидного нерозуміння не усвідомлює того, що вчинюваний нею замах через вид об'єкта або обраного засобу взагалі не може призвести до вчинення діяння. Охоплювані наведеною нормою ситуації (наприклад, спроба позбавитись вагітності шляхом використання мильної води або спроба збити літак пострілом із пневматичної гвинтівки) відрізняються від випадків караного як звичайний «непридатного замаху», коли особа стріляє у труп, помиляється у дозуванні отрути чи далекобійності зброї тощо.*

Виділяється в юридичній літературі і **замах з нікчемними засобами**. Це випадки, коли особа внаслідок надзвичайного неуцтва або релігійних забобонів обирає засоби, об'єктивно не спроможні викликати бажаний результат (апелювання до надзвичайних сил, ворожба, закляття, молитви тощо). Звернення до вказаних засобів навіть за умови впевненості особи в їх ефективності розглядається як виявлення наміру, яке має не кримінально-правове, а кримінологічне значення (привід для проведення профілактичної роботи). Вважається, що такі дії абсолютно позбавлені суспільної небезпеки, а встановлення за них кримінальної відповідальності означало б стирання меж між правом і мораллю та суперечило б здоровому глузду.

Пануючий наразі у доктрині диференційований підхід до кримінально-правової оцінки замаху із непридатними засобами і замаху з нікчемними засобами за бажання може бути розцінений як вияв непослідовності. Річ у тім, що спрямованість злочинного наміру (скажімо, наміру заподіяти шкоду життю чи здоров'ю людини) чітко простежується в обох вказаних різновидах замаху. До того ж у випадку замаху із так званими абсолютно непридатними засобами (наприклад, спроба позбавити життя людину за допомогою незарядженої зброї або кухонної солі, яку особа вважає «білою смертю»), як і при вчиненні замаху з нікчемними

* Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М.: Велби, Проспект, 2004. – С. 253–254; Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: Текст и научно-практический комментарий. – М.: Проспект, 2010. – С. 36–37.

засобами, реальна небезпека заподіяння шкоди охоронюваним кримінальним законом відносинам не виникає. При цьому один із вказаних видів замаху тягне кримінальну відповідальність, а інший – ні.

У цьому контексті викликає інтерес той факт, що згідно зі ст. 23 КК Швейцарії зумовлені неучтвом дії особи, яка намагалась вчинити злочинне посягання, визнаються різновидом непридатного замаху. Останній характеризується відсутністю належних властивостей в обраному засобі або предметі, проти якого спрямований злочин чи проступок. Щоправда, за вчинення вказаного різновиду непридатного замаху суддя може звільнити особу від покарання. Цікаво також, що цивілізований Ізраїль в своєму Законі про кримінальне право (ст. 417), хоча і визнає чаклунство злочином, але лише за умови, що воно вчинюється з наміром видурити у потерпілого певне майно.

2.6.1.7. Кримінально-правові положення про **добровільну відмову** надають можливість особі, яка встала на кримінальний шлях, повернутись у коло законослухняних громадян і уникнути кримінальної відповідальності за розпочате к.пр. Основне призначення добровільної відмови як «золотого містка для відступу від задуманого» полягає у запобіганні і припиненні к.пр. шляхом стимулювання відповідної поведінки.

Розглядуваний інститут немає підстав визнавати видом звільнення від кримінальної відповідальності. На певному етапі діяння особи утворює склад незакінченого к.пр.; надалі – у період, коли в діянні особи ще відсутній склад закінченого діяння, особа за своєю волею остаточно відмовляється від доведення к.пр. до кінця; наслідком добровільної відмови є відсутність в діях особи як складу закінченого к.пр., від вчинення якого особа відмовилась, так і складу кримінально караних готування і замаху.

Відповідно до ст. 17 КК відмова, здійснивши яку особа не підлягає відповідальності за вчинене нею, характеризується такими **ознаками**: 1) добровільність; 2) остаточність; 3) своєчасність.

Добровільність відмови означає, що особа, яка почала вчинювати к.пр. і усвідомлює можливість доведення його до кінця, відмовляється від цього за власною ініціативою. Відмова повинна бути не результатом нездоланих у конкретній ситуації перешкод, а наслідком вільного волевиявлення суб'єкта, на формування якого можуть вплинути інші особи (зокрема умовляння близьких чи жертви припинити подальші злочинні дії). Необхідною ознакою добровільної відмови є усвідомлення особою можливості доведення к.пр. до кінця.

Так, якщо особа з метою таємного викрадення чужого майна проникає в квартиру, однак почувши голоси і вирішивши, що господарі знаходяться вдома, припиняє свої злочинні дії і залишає місце запланованої крадіжки, має місце не добровільна, а вимушена відмова до кінця, хай навіть і голоси, які налякали злочинця, лунали через стіну із сусідньої квартири, або їх джерелом був невимкнений радіоприймач.

Відмова визнається вимушеною, а отже такою, що не виключає кримінальну відповідальність, у разі, коли вона зумовлена неможливістю завершити злочин із причин, які не залежать від волі винного. Так, у судовій практиці обґрунтовано не вважається добровільною відмова від зґвалтування, викликана тим, що насильникові не вдалося подолати опір потерпілої особи чи він не зміг закінчити злочин з фізіологічних причин.

Водночас неминучість викриття к.пр. (залежно від специфіки його мотивації і конкретних обставин) не завжди означає нездоланну перешкоду. Наприклад, для вбивці з ревнощів або помсти неминуче викриття і наступне притягнення до кримінальної відповідальності може не мати значення, а тому припинення цього злочинного посягання під впливом, скажімо, умовлянь з боку потерпілого слід визнавати добровільною відмовою.

Вироком Полтавського обласного суду за пунктами «г», «е», «ж» ст. 93 і ч. 2 ст. 17, пунктами «ж», «з» ст. 93 КК 1960 р. було засуджено Ч., який вчинив вбивство двох осіб – В.Н. і малолітнього В.В., а також замах на вбивство М. з метою приховати вбивство двох осіб та полегшити вбивство В.В.Г. Оскільки М. зміг втекти, Ч., побоюючись затримання, з місця події зник, що суд розцінив як його добровільну відмову від вчинення вбивства В.В.Г. Скасуваючи вирок і направляючи справу на новий судовий розгляд, судова колегія у кримінальних справах ВС вказала на безпідставність виправдання Ч. обласним судом за ч. 1 ст. 17, п. «з» ст. 93 КК 1960 р. за відсутністю в його діях складу злочину. За змістом ст. 18 попереднього КК відмова від доведення злочину до кінця є добровільною за умови усвідомлення особою наявної можливості безперешкодного завершення злочину. При цьому Ч., готуючись до вбивства В.В.Г., полишив свою злочинну діяльність під тиском обставин, які не залежали від його волі, а саме активного опору М., втечі його від Ч. і звернення потерпілого за допомогою до інших громадян.*

Законодавець не конкретизує мотиви добровільної відмови від вчинення к.пр., виходячи з того, що важливим є відповідний результат, а не те, чим керувався суб'єкт, припиняючи кримінально каране діяння. Тому мотиви добровільної відмови можуть бути різними – страх перед покаранням, усвідомлення аморальності своєї поведінки або її невідповідності, небажання компрометувати близьких, жалість до потерпілого, сором, боягузтво, огида, умовляння інших осіб, бажання вчинити інший злочин тощо.

Судова колегія у кримінальних справах ВС скасувала судові рішення в частині засудження В. за замах на крадіжку і відкрила справу за відсутністю в його діях складу злочину. В., маючи намір здійснити крадіжку, підійшов до прилавка, однак злякався відповідальності і вийшов з магазину. Суд першої інстанції, визнавши ці показання правдивими, водночас вказав у вирокі, що В. залишив магазин, не довівши злочин до кінця тому, що почув шум автомобіля, який наближався, і злякався, що його затримують. Цей висновок суду

* Рішення Верховного Суду України. – 2001. – С. 79–81.

*нічим не обґрунтований і суперечить показанням свідків про те, що В. залишив магазин до прибуття автомобіля з працівниками міліції. Крім цього, В. був затриманий лише через деякий час і не біля магазину, а за 300 метрів від нього. Таким чином, показання В. про те, що він добровільно відмовився від доведення злочину до кінця, нічим не спростовані, а тому у цьому разі підлягає застосуванню ст. 18 КК 1960 р.**

Добровільна відмова передбачає, що особа припиняє розпочате к.пр. **остаточно** – повністю і безповоротно (інакше кажучи, назавжди). Стаття 17 КК може застосовуватися лише за наявності відмови, а не тимчасової перерви розпочатої кримінально караної поведінки або відстрочки виконання задуманого, викликані очікуванням більш сприятливої обстановки чи прагненням підготувати досконаліші знаряддя або засоби, залучити нових співучасників тощо.

У к.пр. із матеріальним складом, коли між вчиненням всіх необхідних дій і настанням суспільно небезпечних наслідків як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони є певний проміжок часу, добровільна відмова можлива на стадії, аналогічній закінченому замаху. У таких випадках особа контролює розвиток причинового зв'язку, може втрутитись у нього і шляхом дій нейтралізувати причиновий зв'язок, запобігши тим самим настанню шкідливих наслідків.

Наприклад, особа підпалює будинок, однак через деякий час повертається і гасить пожежу; мати з метою вбивства кидає новонародженого у воду, а згодом рятує свою дитину.

У літературі суперечливо вирішується питання про наявність добровільної відмови у разі, коли особа з метою позбавити життя іншу людину підмішує їй в їжу отруту, однак вчасно дає протиотруту та/або викликає лікаря і таким чином рятує життя потерпілого. Одні автори заперечують можливість оцінки вказаних дій як добровільної відмови на тій підставі, що настання або ненастання смерті потерпілого у цьому випадку залежить не від активної поведінки винного, а від об'єктивних чинників, на які винний впливати не в змозі; оскільки винний позбавлений можливості передбачити, яким чином протиотрута діятиме на організм конкретної людини, то має місце дійове каєття, яке лише пом'якшує покарання.

Натомість протилежна позиція, яка нам імпонує, виходить з того, що у розглядуваній ситуації злочинний результат залежав як від зовнішніх чинників (зокрема, характеру протиотрути, стану здоров'я потерпілого, опірності його організму), так і (головним чином) від волі винного, який добровільно використав проміжок часу між закінченням своїх дій і настанням шкоди для запобігання останньої.

* Практика судів України в кримінальних справах // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1993. – № 4. – С. 18–19.

Кримінально-правова оцінка у подібних ситуаціях залежить від результативності (успішності) активної протидії настанню суспільно небезпечних наслідків. Так, якщо:

а) реальної шкоди об'єкту кримінально-правової охорони не заподіяно, – особа не підлягає кримінальній відповідальності у зв'язку з добровільною відмовою;

б) заподіяно шкідливі наслідки, менш тяжкі порівняно із первісно запланованими (наприклад, внаслідок застосування протиотрути життя потерпілого врятоване, але йому завдано тілесні ушкодження), – кваліфікація дій винного відбувається з урахуванням фактично спричиненої шкоди;

в) особі не вдалося запобігти настанню суспільно небезпечних наслідків, – вона відповідає за закінчене к.пр.; при цьому її невдала спроба запобігти шкідливим наслідкам враховується судом як пом'якшуюча обставина – щире каяття (п. 1 ч. 1 ст. 66 КК).

Розглянута вище проблема знайшла вдале вирішення у ст. 15 КК Польщі, згідно з якою особа не підлягає покаранню за замах як у разі добровільної відмови від виконання діяння, так і тоді, коли особа добровільно запобігла настанню наслідку як ознаки злочину. Подібний зміст має ч. 2 ст. 16 КК Іспанії, згідно з якою не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка добровільно запобігає вчиненню злочину, відмовившись від його завершення або запобігаючи настанню наслідків, за винятком випадків, коли фактично вчинені нею дії утворюють інший злочин або проступок. Такий різновид добровільної відмови, як перешкодження настанню (запобігання) наслідків, що роблять злочинне діяння закінченим, знайшов відображення і в законодавстві інших зарубіжних держав, зокрема Болгарії, Грузії, Данії, Італії, КНР, Норвегії, Фінляндії, Швейцарії.

Кримінальні закони окремих держав (наприклад, Литви, Польщі) містять норми про невдалу добровільну відмову. Йдеться про випадки, коли злочинні наслідки, незважаючи на зусилля винного, повністю або частково настали. Як правило, законодавець у таких випадках передбачає зниження розміру покарання.

2.6.2. Співучасть у кримінальному правопорушенні

2.6.2.1. Відповідно до ст. 26 КК співучасть у к.пр. визнається умисна спільна участь кількох суб'єктів к.пр. у вчиненні умисного к.пр.

Порівняно з формулюванням, яке містилось у ч. 1 ст. 19 КК 1960 р., це визначення містить дві новели:

– уточнено, що співучасть можлива тільки в умисних к.пр. і у такий спосіб покладено край неприйнятній ситуації, коли із посиланням на законодавчу дефініцію співучасті обґрунтовувались діаметрально протилежні погляди з питання про можливість співучасті у к.пр., вчиненому з необережності. Вважається, що необережна форма вини не утворює притаманної співучасті внутрішньої узгодженості між поведінкою різних осіб. До речі, та обставина, що співучасть має місце тільки в умисних к.пр., визнається законодавством і доктриною переважної більшості держав світу.

Водночас у деяких державах можливе настання кримінальної відповідальності і за співучасть у необережному злочині. Така відповідальність або прямо передбачена у КК (зокрема, Італія, Польща, Сан-Марино, Швеція), або обґрунтовується доктриною і застосовується на практиці (наприклад, Англія, Франція). Так, у Франції пасажир, який підмовляє водія перевищити встановлену швидкість, внаслідок чого відбувається наїзд на пішохода, вважається не просто співучасником, а співвиконавцем. Це саме стосується господаря автомобіля, який передав останній своєму товаришу, який не має посвідчення водія, що призводить до нещасного випадку і загибелі людей;

– йдеться про участь у вчиненні умисного к.пр. кількох суб'єктів к.пр., у зв'язку з чим участь у вчиненні одного і того самого умисного к.пр. двох чи більше осіб, які відповідно до закону не є його суб'єктами (зокрема, неосудних) не утворює співучасті. Це саме можна сказати і про випадки, коли лише один із учасників вчинення такого к.пр. є суб'єктом к.пр., а інші – ні.

Визначення співучасті у злочині, закріплене у ст. 26 КК, є універсальним у тому сенсі, що охоплює: 1) як співучасть, регламентовану Загальною частиною (співучасть у власному розумінні слова або співучасть з розподілом ролей), так і 2) співучасть, передбачену нормами Особливої частини КК (співучасть особливого роду, яка становить собою різні варіанти групової кримінально караної поведінки).

Співучасть у власному розумінні слова (співучасть з розподілом ролей) має місце тоді, коли закон передбачає встановлення юридичної ролі кожного співучасника у вчиненні к.пр. і відображення цього при кваліфікації. Призначення аналізованої конструкції полягає у тому, щоб обґрунтувати кримінальну відповідальність осіб, які не беруть участь у виконанні об'єктивної сторони того чи іншого к.пр.

Склад к.пр. в діянні підбурювача, організатора, пособника к.пр. є особливим, оскільки він передбачений як відповідною частиною ст. 27 КК, так і статтею Особливої частини про злочин, вчинений виконавцем. Звідси випливає висновок про те, що діяння вказаних співучасників треба кваліфікувати за частинами 3, 4 або 5 ст. 27 (при кваліфікації дій співучасника, який виконує (поєднує) кілька функцій, – за кожною з відповідних частин ст. 27 КК) та відповідною нормою Особливої частини КК про к.пр., вчинене виконавцем.

2.6.2.2. У теорії кримінального права зазвичай виділяють об'єктивні і суб'єктивні ознаки співучасті у вчиненні к.пр.

Об'єктивні ознаки співучасті:

1) *множинність* суб'єктів к.пр. (а не просто осіб) при вчиненні одного к.пр. За цією ознакою співучасть слід відрізнити у т.ч. від *опосередкованого вчинення* (або «посереднього» виконання) к.пр. (див. п. 2.2.4.1 посібника).

У випадках використання для вчинення к.пр. осіб, які відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності, такі особи виконують роль своєрідного знаряддя, а співучасник, поведінка якого із

зовнішнього боку нагадує поведінку організатора або підбурювача, за допомогою їх дій (бездіяльності) досягає бажаного результату, і саме цей співучасник має визнаватись виконавцем к.пр.

Керуючий відділенням «Березини» ТОВ «Наша Україна» дав вказівку своїм підлеглим працівникам в період з серпня по грудень 2008 р. проводити оброблення трьох земельних ділянок загальною площею 71,67 га без документів на право користування ними, заподіявши у такий спосіб значну шкоду власнику земельних ділянок. Цього керівника було визнано винним у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 197-1 і ч. 1 ст. 364 КК.*

Зазначеного керівника правильно визнано саме виконавцем самовільного зайняття земельної ділянки, оскільки він використав осіб (працівників товариства), які не усвідомлювали суспільну небезпеку своїх дій і діяли без потрібної для злочину, передбаченого ст. 197-1 КК, умисної форми вини.

Осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності, не можна визнати співучасниками к.пр. Законодавче визначення «посереднього» виконання к.пр. як таке, що не стосується співучасті у злочині, варто перенести у розділ IV Загальної частини КК, доповнивши його вказівкою на використання особи, яка діє з необережності.

Інша ситуація має місце тоді, коли к.пр. вчинюється кількома особами, але всі належні співучасники, крім одного, звільняються від кримінальної відповідальності або не притягуються до неї з підстав, вказаних у законодавстві (наприклад, дипломатичний імунітет). У цьому разі к.пр. треба визнавати вчиненим у співучасті;

2) *спільність* передбачає, що дії (бездіяльність) кожного із співучасників, будучи взаємообумовленими і взаємодоповнюючими, є складовою загальної протиправної діяльності. Спільність означає, що поведінка співучасників узгоджується і спрямовується на досягнення спільного результату. Співучасники діють разом, роблячи кожний свій внесок у протиправний результат. М.С. Таганцев порівнював співучасть у злочині з грою в оркестрі, де кожен музикант грає свою партію, однак цілісний музичний твір є результатом спільних, узгоджених дій всіх музикантів.

За ознакою спільності співучасть у к.пр. відрізняється від випадків «збігу кількох правопорушників» при вчиненні одного к.пр., коли поведінка одного суб'єкта об'єктивно сприяє поведінці іншого суб'єкта, проте кожен із цих суб'єктів має нести самостійну кримінальну відповідальність за вчинене.

Наприклад, одна особа з метою заволодіння чужим майном застосовує до потерпілого фізичне насильство, однак почувши кроки іншої людини, втікає і не доводить задумане до кінця, а той, хто підійшов до потерпілого, замість надання допомоги заволодіває майном потерпілого;

* Вирок Радивилівського районного суду Рівненської області у справі № 1 14/10 за 2010 р. / Єдиний державний реєстр судових рішень // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9707249>

3) між дією (бездіяльністю) кожного із співучасників і поведінкою виконавця к.пр. існує причиновий зв'язок. Вважається, що без поведінки окремих співучасників (організатора, підбурювача, пособника) виконавець не міг би вчинити посягання, а без його діяння не був би досягнутий спільний для всіх співучасників результат.

За наявністю причинового зв'язку співучасть у к.пр. слід відрізнити від **причетності до кримінального правопорушення**. Остання може бути визначена як передбачене Особливою частиною КК суспільно небезпечне умисне діяння (дія або бездіяльність), яке пов'язане із к.пр. іншої особи (вже вчиненим або достовірно відомим – підготовлюваним або вчинюваним), але не є співучастю в ньому через відсутність причинового зв'язку (можна сказати і так: зв'язок є, але він не є сприяттям). В чинному КК прямо не визначено **видів** причетності. Є підстави визнавати ними заздалегідь не обіцяні:

- потурання (така бездіяльність може розцінюватись як зловживання службовим становищем);
- приховування (залежно від конкретних обставин може тягнути відповідальність за ст.ст. 198, 209, 256, 396 КК);
- неповідомлення (відповідальність за неповідомлення про злочин іншої особи за наявності підстав може розглядатись як той чи інший службовий злочин або злочин проти правосуддя);
- сприяння (тягне відповідальність у випадках, передбачених у ст. 256, ч. 3 ст. 260, ст. 254-4, ст. 447 КК).

Суб'єктивні ознаки співучасті означають, що співучасть можлива лише при вчиненні умисних к.пр., а діяльність співучасників також має бути умисною. Звідси випливає, що не можуть розцінюватись як співучасть випадки так званого необережного підбурювання або необережного пособництва.

Наприклад, недбалий завідувач складу залишає ключі від складу у приміщенні, в якому перебували сторонні особи, які скористались цим і зробили копію ключа, а згодом за її допомогою проникли у склад і заволоділи товарно-матеріальними цінностями.

Особливістю умислу співучасників є те, що ним охоплюється усвідомлення кожним із учасників не лише суспільно небезпечного характеру особисто вчинюваного ним діяння, а і факту вчинення всіма співучасниками одного і того самого к.пр., характеру поведінки інших співучасників, спрямованої на досягнення спільного результату. Таке усвідомлення, за загальним правилом, має бути взаємним: кожний із співучасників повинен усвідомлювати той факт, що він вчиняє к.пр. спільно з іншими його учасниками. При цьому не обов'язково, щоб кожен із співучасників знав всіх інших учасників к.пр., їх роль та місце у спільному посяганні; достатньо розуміти свою власну роль, знати про діяння ще хоча б одного з учасників.

І., отримавши побутову травму, попросив В. надати йому свою амбулаторну медичну картку з метою одержати медичну допомогу у міській лікарні, оскільки сам він не був там зареєстрований. Пройшовши курс лікування, І. передав В. медичну картку і листок непрацездатності на його ім'я, який той здав у розрахунковий відділ шахти з метою отримати шляхом обману соціальну допомогу по тимчасовій непрацездатності. Допомога була нарахована, однак отримати її В. не зміг через втручання правоохоронних органів.

Суд засудив В. за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190 КК і водночас виправдав І. за ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190 КК за відсутністю в його діях складу злочину. Правильність такої юридичної оцінки дій В. та І. підтвердила колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС, яка у свої ухвалі вказала на те, що не визнаються співучастю дії або бездіяльність, які об'єктивно сприяли вчиненню злочину, але не охоплювались умислом осіб як вчинені спільно. Оскільки І. на мав намір заволодіти коштами шахти і про це з В. не домовлявся, його дії, пов'язані з одержанням і передачею листка непрацездатності, не утворюють співучасті у злочині, як це передбачено ст.ст. 26, 27 КК.*

Водночас можна виділити так звану **таємну співучасть**, за якої виконавець не усвідомлює ту, що приєдналась до його зусиль, поведінку певного співучасника, а останній знає про злочинну поведінку виконавця і в односторонньому порядку сприяє їй (наприклад, підбурювач, схилиючи виконавця до вчинення к.пр. і прагнучи, щоб його роль у спільному вчиненні цього к.пр. залишилась непоміченою, діє завуальовано – натякає, дає зрозуміти тощо). Інакше кажучи, співучасть можлива і при однобічному психічному зв'язку між співучасниками.

*Працівник міліції, бажаючи позбутись нелюбимої теці, отримав інформацію про те, що серійний квартирний злодій, який вбиває похилих свідків, обирає квартири – місця своїх злочинів за поштовими скриньками. Якщо останні заповнені кореспонденцією, це може вказувати на тривалу відсутність господарів квартири. Працівник міліції наповнив поштову скриньку газетами, сподіваючись на те, що злочинець вчинить крадіжку у квартирі його теці і позбавить її життя, оскільки вона постійно знаходилась удома. Так і сталося**.*

На нашу думку, у цьому разі є підстави вести мову про «таємне» пособництво.

У кримінально-правовій науці виділяють поняття **необережного співзаподіяння**. Маються на увазі ситуації, коли з об'єктивної сторони між кримінально-протиправною поведінкою співзаподіювачів і відповідним результатом має місце причиновий зв'язок (як при співучасті), а із суб'єктивної сторони ці особи (на відміну від співучасті як умисної поведінки) діють необережно. Поняттям необережного співзаподіяння (співспричинення) позначаються випадки спільного заподіяння сус-

* Рішення Верховного Суду України. – 2004. – Вип. 2. – С. 88–89.

** Малинин В.Б., Парфенов А.Ф. Объективная сторона преступления. – СПб.: Изд-во Юридического института, 2004. – С. 39.

пільно небезпечних наслідків у результаті необережних діянь кількох осіб (діяння однієї особи створює умови для необережного заподіяння шкоди іншою особою; одночасні порушення кількох осіб тягнуть спільний для них суспільно небезпечний наслідок).

Ось приклад необережного співзаподіяння, який трапився у житті. Бажаючи пожартувати над колегою, робітник одного із заводів схопив гумовий шланг, що відходив від труби центрального заводського повітропроводу, і приставив його до задньої частини тіла іншого робітника, який нахилився для того, щоб зав'язати шнурок на черевіку. Ще один робітник, різко повернувши кран, відкрив повітропровід. Потужним повітряним струменем були пошкоджені внутрішні органи потерпілого, який миттєво помер.*

Класичний приклад необережного співзаподіяння описувався ще у дореволюційній юридичній літературі. Три мисливця, повертаючись з полювання, побачили удалині селянина, який палив люльку. Один мисливець запропонував іншому поцілити у люльку селянина, а інший допоміг тому, хто стріляв, підставивши своє плече. Селянин загинув внаслідок неточного пострілу.

З точки зору чинного КК випадки необережного співзаподіяння не можуть розцінюватись як співучасть, у зв'язку з чим кожен із співзаподіювачів має нести самостійну кримінальну відповідальність. При цьому відсутність спеціального законодавчого регулювання питання про необережне співзаподіяння призводить до того, що при кваліфікації вчиненого кримінально протиправними визнаються, як правило, дії лише тих осіб, недотримання правил обережності з боку яких виявилось найбільш наближеним до суспільно небезпечного результату. Особи, поведінка яких тією чи іншою мірою сприяла настанню відповідного результату, кримінальній відповідальності не підлягають (через відсутність причинового зв'язку). Так, це стосується пасажира, який підбурює водія порушити ПДР, внаслідок чого відбувається ДТП із суспільно небезпечними наслідками, передбаченими ст. 286 КК України.

Розглядувана проблема в деяких державах вирішується по-іншому, причому на законодавчому рівні. Наприклад, ст. 113 КК Італії проголошує, що при необережному злочині, коли наслідок викликаний взаємодією кількох осіб, кожна з цих осіб підлягає покаранню, передбаченому за цей злочин. Звідси випливає, що особа, дії якої перебували у причиновому зв'язку з діями суб'єкта, який вчинив злочин з необережності (у наведеному вище прикладі – це пасажир, який спонукав водія порушити ПДР), підлягає кримінальній відповідальності разом із виконавцем.

2.6.2.3. Відповідно до ч. 1 ст. 27 КК **видами співучасників** к.пр. є: 1) виконавець (співвиконавець); 2) організатор; 3) підбурювач; 4) пособник. Співучасників поділяють на вказані види залежно від харак-

* Тайбаков А. Сопричастность при неосторожной форме вины // Законность. – 2000. – № 6. – С. 42–43.

теру виконуваних ними ролей. Виділення видів співучасників має значення стосовно співучасті з розподілом ролей; при співвиконавстві та співучасті особливого роду всі учасники, які виконують дії, описані в диспозиції норми Особливої частини, виступають як виконавці к.пр.

Виходячи з ч. 2 ст. 27 КК, **виконавцем (співвиконавцем)** визнається особа, яка: є суб'єктом к.пр.; вчинила діяння, передбачене КК, у співучасті з іншими суб'єктами к.пр. безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, які відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за вчинене. Поняття виконавця к.пр. є відносним: його виділяють лише щодо к.пр., вчинених у співучасті; в інших випадках зазвичай йдеться про суб'єкта к.пр.

У к.пр. зі спеціальним суб'єктом виконавцем може бути не будь-яка особа, а лише та, яка має ознаки такого суб'єкта. Водночас для таких співучасників, як організатор, підбурювач, пособник, наявність ознак спеціального суб'єкта не є обов'язковою: ними можуть бути осудні особи, які досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Наприклад, дії особи, яка не є службовою та організувала одержання неправомірної вигоди, мають кваліфікуватись за ч. 3 ст. 27 і відповідною частиною ст. 368 КК.

Для визнання особи співвиконавцем достатньо, щоб вона хоча б частково виконала об'єктивну сторону складу конкретного к.пр., передбаченого Особливою частиною КК. При співвиконавстві об'єктивна сторона складу к.пр. виконується не однією, а кількома особами, які виступають як своєрідний «колективний» суб'єкт. Дії співвиконавців вважаються юридично тотожними при тому, що фактично вони можуть розрізнятись. Можливий розподіл ролей між співвиконавцями, не впливаючи на кваліфікацію і маючи технічний характер, враховується при призначенні покарання.

Так, як співвиконавство зґвалтування розглядаються дії особи, яка не вчинила і не мала наміру вчинити статевий акт, але безпосередньо застосувала фізичне насильство чи погрозу з метою зґвалтування потерпілої особи іншим. Тобто учасником групового зґвалтування визнається і той, хто не спроможний бути суб'єктом індивідуального зґвалтування (імпотент, жінка при зґвалтуванні особи жіночої статі тощо), однак може виконати частину об'єктивної сторони к.пр., передбаченого ст. 152 КК.

Згідно з ч. 3 ст. 27 КК **організатором кримінального правопорушення** є особа, яка вчинила хоча б одну з таких дій: 1) організувала вчинення к.пр.; 2) керувала підготовкою к.пр. або його (їх) вчиненням; 3) утворила організовану групу чи злочинну організацію; 4) керувала організованою групою чи злочинною організацією; 5) забезпечувала фінансування організованої групи чи злочинної організації; 6) організовувала приховування злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації. Як бачимо, закон фактично передбачає два види організаторів – щодо неорганізованої та організованої співучасті.

Підбурювачем кримінального правопорушення згідно з ч. 4 ст. 27 КК є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином (обман, обіцянки тощо) схилила іншого співучасника до вчинення к.пр. Уточнимо, що способом підбурювання не може бути застосування непереборного фізичного примусу, а так само застосування переборного фізичного примусу або психічного примусу, якщо в результаті адресат примусу опиняється у стані крайньої необхідності. У цьому разі має місце не підбурювання, а, як вже зазначалось, опосередковане виконання к.пр.

Діяльність підбурювача, полягаючи в збудженні бажання у конкретного виконавця або іншого співучасника вчинити певне к.пр., може виражатися у словесних (усна чи письмова форма) і конклюдентних (жести, міміка, пантоміміка) діях. Підбурювання може здійснюватись як у відкритій формі, так і завуальовано. Врешті-решт значення має не форма чи характер дій підбурювача, а їх ефективність у конкретній ситуації. У тих випадках, коли спосіб підбурювання сам по собі є кримінально караним, він повинен діставати самостійну правову оцінку. Схилиючи іншу особу до співучасті, підбурювач, на відміну від виконавця (співвиконавця), не бере участі у виконанні об'єктивної сторони. При цьому вплив підбурювача є успішним (результативним).

У більшості держав Європи, де панує акцесорна теорія співучасті у злочині, підбурювач підлягає покаранню, якщо злочин, до якого він спонукав, мав місце або мав місце замах на цей злочин. В Особливих частинах КК цих держав передбачені випадки, коли підбурювання розглядається як самостійний злочин. Водночас за кримінальним законодавством Федерації Боснії та Герцеговини, Македонії, ФРН, Швейцарії карається і так зване невдале підбурювання, яке розглядається як замах на співучасть.

Не є винятком і Україна. У деяких кримінально-правових нормах Особливої частини нашого КК підбурювання до вчинення певного діяння визнається самостійним к.пр., вчиняючи який особа є не підбурювачем, а виконавцем. Це, зокрема, публічні заклики до захоплення державної влади (ч. 2 ст. 109), схилення до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 315), пропозиція неправомірної вигоди (ст. 369), провокація неправомірної вигоди (ст. 370). У деяких випадках КК передбачає відповідальність за підбурювання до вчинення не конкретного к.пр., а злочинної діяльності взагалі (наприклад, у ст. 304 – втягнення неповнолітнього в злочинну діяльність).

В контексті підбурювача слід згадати і проблему провокації к.пр., зокрема розмежування понять «провокація» і «контрольоване вчинення» (докладніше про це – в п. 5.9.3.6 посібника).

Пособником кримінального правопорушення (ч. 5 ст. 27 КК) є особа, яка сприяла вчиненню к.пр. іншими співучасниками: порадами чи вказівками, наданням засобів чи знарядь, усуненням перешкод, а також особа, яка заздалегідь обіцяла: переховати правопорушника,

знаряддя чи засоби вчинення к.пр., його сліди чи предмети, здобуті злочинним шляхом; придбати чи збути такі предмети; іншим чином сприяти приховуванню к.пр.

Традиційно виділяють два види пособництва – фізичне та інтелектуальне. Якщо перше полягає у наданні засобів або знарядь чи усуненні перешкод, то друге – у наданні порад та вказівок щодо вчинення к.пр. або у висловленні задалегідь обіцянки сприяти приховуванню к.пр.

Наприклад, дві особи розробили план розбійного нападу. Реалізуючи його, одна особа забігла в ювелірну крамницю, за допомогою зброї знешкодила охоронця і продавця і заволоділа коштовностями. У цей час його спільник, якого слід визнати фізичним пособником розбою, під виглядом майстра робив вигляд ремонту дверного замка, зачинивши вхідні двері ззовні, для того, щоб унеможливити потрапляння у крамницю сторонніх осіб.

2.6.2.4. Положення про **ексцес виконавця** міститься в ч. 5 ст. 29 КК, відповідно до якої співучасники не підлягають кримінальній відповідальності за діяння, вчинене виконавцем, якщо воно не охоплювалося їхнім умислом. Можна навести такі приклади ексцесу виконавця: за наявності між співучасниками домовленості заподіяти потерпілому тяжкі тілесні ушкодження винний умисно убиває потерпілого; суб'єкт проникає у квартиру, де, крім запланованої разом з іншими співучасниками крадіжки, вчиняє зґвалтування господарки квартири. Співучасники несуть відповідальність лише за діяння, вчинені в межах згоди (домовленості), що відбулася між ними, а відповідальність за к.пр., яке означає ексцес виконавця, – тільки його виконавець.

Вказана кримінально-правова оцінка діянь співучасників при ексцесі виконавця притаманна для співучасті як у формі співвиконавства, так і з розподілом ролей. Так, у п. 24 постанови ПВС від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику в справах про злочини проти власності» роз'яснюється, що якщо група осіб за попередньою змовою мала намір вчинити крадіжку чи грабіж, а один із її учасників застосував насильство, небезпечне для життя чи здоров'я потерпілого, його дії слід кваліфікувати як розбій, а дії інших осіб – відповідно як крадіжку чи грабіж за умови, що вони безпосередньо не сприяли застосуванню насильства або не скористалися ним для заволодіння майном потерпілого.

Брати С.С. і С.Р., діючи за попередньою змовою, вчинили розбійний напад на водія таксі П. з метою заволодіння його майном. Злочинці домовились про те, що С.Р. попросить зупинити машину і вийде з неї, а С.С., погрожуючи ножем, примусить водія залишити автомобіль, яким вони потім заволодіють. Саме так С.Р. і С.С. і діяли. При цьому, вийшовши за межі вказаної домовленості, С.С. кілька разів ударив потерпілого П. ножем у шию, завдавши йому смерть. За таких обставин засудження С.Р. і С.С. за ч. 3 ст. 142 КК 1960 р. за розбій, а С.С. – ще і за п. «а» ст. 93 КК 1960 р. за вбивство з корисливих мотивів є правильним, вказала судова колегія у кримінальних справах ВС. Разом з тим матеріалами справи не підтверджується наявність попе-

редньої змови між С.Р. і С.С. на вчинення умисного вбивства П., у зв'язку з чим дії С.С. із позбавлення життя слід розцінювати як ексцес виконавця, а С.Р. може нести відповідальність за вчинення злочину лише у межах зговору, тобто за розбійний напад. В результаті вирок суду у частині засудження С.Р. за пунктами «а», «і» ст. 93 попереднього КК був скасований за відсутністю у його діях складу злочину*.

Викладена вище позиція, згідно з якою за ексцес виконавця інші співучасники кримінальну відповідальність не несуть, чітко закріплена у законодавстві держав – учасниць СНД, а також Аргентини, Болгарії, Монголії.

Щоправда, у світі зустрічається і інший варіант вирішення цієї кримінально-правової проблеми. Так, у Франції доктриною і судовою практикою визнається, що ексцес виконавця у межах здійснення первісного злочинного наміру тягне відповідальність співучасника. Такий саме висновок робиться і в тому разі, коли співучасник має невизначений умисел і готовий приєднатись до будь-якого діяння виконавця. Разом з тим, якщо виконавець вчиняє абсолютно інше діяння порівняно з тим, яке планувалось і передбачалось співучасниками, відповідальність співучасника за такий ексцес виконавця виключається.

За англійським загальним правом співучасник несе відповідальність за наслідки дій виконавця, які виходять за межі первісного наміру, якщо, в принципі, такі наслідки могли бути передбачені, а виконавець випадково відхилився від спільно виробленої лінії поведінки (наприклад, вбивство при озброєному грабежі). Кримінальні кодекси деяких штатів США містять пряму вказівку на те, що співучасник несе відповідальність за будь-які результати злочинних дій виконавця, якщо вони є розумно передбачуваними як ймовірний наслідок таких дій.

Стаття 116 КК Італії фактично допускає об'єктивне інкримінування у випадку ексцесу виконавця: у випадку вчинення іншого к.пр., відмінного від намірів одного із співучасників, він також відповідає за цей злочин, якщо наслідок є результатом його дії чи бездіяльності. Якщо вчинений злочин був більш тяжким, ніж той, який особа бажала вчинити, покарання знижується. Якщо з урахуванням цих законодавчих положень інтерпретувати згаданий вище приклад, коли суб'єкт вчиняє не лише первісно задуману квартирну крадіжку, а і зґвалтування жінки, яка опинилась у квартирі, то співучасник крадіжки нестиме відповідальність і за співучасть у зґвалтуванні; щоправда, йому (порівняно з виконавцем) буде призначено менш суворе покарання.

2.6.2.5. У Загальній частині КК України **співучасті особливого роду** присвячено ст. 28 під назвою, де йдеться про вчинення к.пр. групою осіб, групою осіб за попередньою змовою, організованою групою або злочинною організацією. Вказані прояви співучасті в юридичній літературі традиційно називають формами співучасті.

* Рішення Верховного Суду України. – 2002. – С. 89–91.

Цікаво, що, наприклад, в Особливій частині КК ФРН також існують норми, якими передбачено відповідальність за різні прояви злочинної організованої діяльності – утворення озброєних груп, утворення злочинних об'єднань, утворення терористичного об'єднання. Так, згідно з абз. 1 § 129а цього КК той, хто створює об'єднання, мета або діяльність яких полягають у вчиненні тяжкого вбивства, вбивства або геноциду, каранних діянь проти особистої свободи або загальнонебезпечних злочинів, бере участь у такому об'єднанні, вербує для нього або інакше його підтримує, має каратись позбавленням волі на строк від одного до 10 років. В абз. 2 § 129а КК ФРН встановлено, що у разі, коли особа належить до ватажків або таємних покровителів співтовариства, вона карається позбавленням волі на строк не менше трьох років. Водночас суд вправі на свій розсуд пом'якшити покарання тим співучасникам, вина яких є незначною або участь яких має другорядне значення.

Форма співучасті може бути визначена як певний спосіб взаємодії кількох суб'єктів к.пр. при спільному вчиненні умисного к.пр., що визначається характером вчинюваних дій, характером суб'єктивних зв'язків між співучасниками і спільністю їхніх намірів. Поняттям форми співучасті охоплюються не лише названі у ст. 28 КК прояви групової співучасті, а і співучасть у вузькому розумінні – співучасть з розподілом ролей*.

Як показує аналіз положень КК, вчинення к.пр. за попередньою змовою групою осіб передбачено як кваліфікуюча ознака у 92 складах к.пр., організованою групою – у 44 складах, а групою осіб – у 12 складах.

Останнім часом у вітчизняній доктрині набула поширення позиція, згідно з якою до складу **групи осіб**, які вчиняють к.пр., діючи за попередньою змовою (ч. 2 ст. 28 КК), можуть входити як співвиконавці, так і співучасники будь-якого виду – співучасники незалежно від тієї юридичної ролі, яку вони виконували при вчиненні цього к.пр. Дискусія із цього питання породжена невизначеністю, допущеною вітчизняним законодавцем при описанні форм співучасті. Описання групи осіб, які діють за попередньою змовою, як однієї з форм групової співучасті наводиться у ч. 2 ст. 28 КК, в якій, на відміну від ч. 1 цієї статті, вид співучасників не конкретизовано. Це і наводить на думку, що законодавець не обмежує «групу осіб за попередньою змовою» тільки співвиконавством, а має на увазі і співучасть з розподілом (не технічним, а юридичним) ролей. Звертається увага і на те, що у чинному КК відсутні положення, які зобов'язували б поширювати нормативне розуміння поняття групи осіб, закріплене у ч. 1 ст. 28, на поняття групи осіб, зафіксоване у ч. 2 ст. 28.

Прихильники традиційної (домінуючої) позиції, згідно з якою при вчиненні к.пр. **за попередньою змовою групою осіб** принаймні два співучасники повинні діяти як співвиконавці, наводять на свою користь,

* Ткаченко В.В. Вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб за Кримінальним кодексом України: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – С. 10, 45, 47, 51, 50, 79, 107, 121, 173.

зокрема, такі аргументи. Так, чи можна визнати справедливим те, що за наявності у тій чи іншій статті Особливої частини КК цієї кваліфікуючої ознаки для підбурювача та інших співучасників виключатиметься можливість відповідати на підставі ч. 1 ст. 28 КК? Чому до особи, яка вчинила, наприклад, вбивство самостійно, треба застосовувати ч. 1 ст. 28, а якщо особу схилили до вчинення цього к.пр., вона має нести відповідальність за кваліфікований злочин (зокрема, за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК)?

Слід звернути увагу і на те, що згідно з ч. 2 ст. 38 Модельного КК для держав – учасників СНД злочин визнається вчиненим групою осіб за попередньою змовою, якщо в ньому брали участь виконавці, які заздалегідь домовилися про спільне його вчинення.

Ведучи мову про форми співучасті, перелічені у ст. 28 КК, слід звернути увагу на взаємовиключність формулювань ч. 1 і ч. 2 ст. 28, які описують групу осіб і групу осіб за попередньою змовою. Частина 1 ст. 28 передбачає відсутність попередньої змови як обов'язкову ознаку поняття «вчинення к.пр. групою осіб», а ч. 2 ст. 28, навпаки, передбачає наявність попередньої змови як обов'язкову ознаку поняття «вчинення к.пр. групою осіб за попередньою змовою». Інакше кажучи, якщо буквально тлумачити наш кримінальний закон, слід зробити висновок про те, що стосовно таких форм співучасті, як група осіб і група осіб за попередньою змовою, не спрацьовує відомий доктрині принцип «матрьошки», відповідно до якого менш небезпечна форма співучасті своїми ознаками входить до більш небезпечної форми співучасті.

Отже, наприклад, якщо п. 12 ч. 2 ст. 115 КК встановлюватиме відповідальність за умисне вбивство, вчинене саме і тільки групою осіб (а не групою осіб за попередньою змовою, як зараз), то умисне вбивство, вчинене групою осіб за попередньою змовою, як, до речі, і організованою групою та злочинною організацією, навряд чи зможе бути кваліфіковане за п. 12 ч. 2 ст. 115 КК.

Чи можна вважати справедливою кваліфікацію відповідного к.пр. (умисного тяжкого тілесного ушкодження, зґвалтування, насильницького задоволення статевої пристрасті, самовільного зайняття земельної ділянки, хуліганства тощо) за ч. 1 тієї чи іншої статті КК, якщо к.пр. фактично вчинено за попередньою змовою групою осіб, а такої кваліфікуючої ознаки певна стаття КК не містить? Видається, що ні.

Одним із варіантів розв'язання цієї проблеми може бути доповнення ст. 28 КК положенням про те, що під к.пр., вчиненим групою осіб, слід розуміти к.пр., вчинене групою осіб за попередньою змовою, без попередньої змови, організованою групою чи злочинною організацією, якщо інше не передбачено в статті (частині статті) Особливої частини КК*.

* Біла Ю.В. Кримінальна відповідальність за групові злочини: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – С. 4, 8, 13, 14.

Ознаками **організованої групи** є: наявність кількох осіб (трьох або більше); стійкість такого об'єднання; об'єднаність к.пр. єдиним планом; розподіл функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану; обізнаність всіх учасників такої групи з цим планом; мета створення організованої групи полягає у вчиненні нею не менше двох злочинів. Точка зору, згідно з якою метою створення організованої групи може бути і вчинення тільки одного к.пр., що потребує ретельної довготривалої підготовки, суперечить ч. 3 ст. 28 КК. Групу слід вважати стійкою за умови, якщо вона є стабільною і згуртованою, а особи, які до неї входять, мають єдині наміри щодо вчинення злочинів. Організована група може розглядатись як своєрідний колективний суб'єкт злочинів.

Вироком Лозівського міськрайонного суду Харківської області К., Ш. і В. засуджені, у т.ч. за ч. 5 ст. 185 КК, за те, що у період з 7 грудня 2007 р. по 19 січня 2008 р. у складі організованої групи вчиняли крадіжки ліфтового обладнання з приміщень житлових будинків. Перекваліфікувавши зазначені дії засуджених на ч. 3 ст. 185 КК, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС у своїй ухвалі вказала, що міськрайонний суд допустив змішування різних форм співучасті – вчинення злочинів за попередньою змовою і вчинення злочинів у складі організованої групи. Неодноразовість вчинення злочинів і розподіл ролей між учасниками групи ще не свідчать про наявність організованої групи. У вироку не знайшли відображення ознаки, які свідчать про вчинення злочинів саме організованою групою (мета її створення, тривалість існування, набуття стабільних зв'язків між членами групи, наявність правил поведінки і характер стосунків, які б забезпечували їх організованість).*

Як випливає зі змісту ч. 3 ст. 28 КК, організовану групу можуть утворити щонайменше три суб'єкти злочину. Така кількість учасників організованої групи відповідає міжнародному кримінальному законодавству (п. «а» ст. 2 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р.).

Організовану групу можуть утворювати не тільки особи, які безпосередньо беруть участь у вчиненні к.пр. як співвиконавці, а і суб'єкти, що виступають у ролі організатора, підбурювача або пособника. Таке розуміння організованої групи відображено в постанові ПВС від 23 грудня 2005 р. № 13 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями» (п. 14).

З урахуванням ч. 4 ст. 28 КК **злочинною організацією** визнається об'єднання осіб (суб'єктів злочину), яке: 1) є стійким; 2) є ієрархічним; 3) об'єднує кількох осіб (п'ять і більше); 4) за попередньою змовою організоване його членами або структурними частинами для спільної діяльності; 5) метою такої діяльності є: а) безпосереднє вчинення ними

* Вісник Верховного Суду України. – 2012. – № 5. – С. 35–36.

тяжких або особливо тяжких злочинів; б) керівництво чи координація злочинної діяльності інших осіб; в) забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп.

Злочини, вчинені в складі злочинної організації, слід кваліфікувати самостійно – за сукупністю зі статтями КК, які передбачають відповідальність за створення злочинних організацій, участь у них або вчинюваних ними злочинах*.

2.6.2.6. **Добровільна відмова співучасників** регламентується ст. 31 КК. Щодо добровільної відмови виконавця, то тут немає особливостей порівняно з добровільною відмовою особи, яка вчиняє к.пр. самостійно, не у співучасті. З цього приводу у ч. 1 ст. 31 йдеться про те, що у разі добровільної відмови від вчинення злочину виконавець не підлягає кримінальній відповідальності за наявності умов, передбачених ст. 17. Добровільна відмова виконавця не виключає кримінальну відповідальність інших співучасників. Питання про те, як кваліфікувати їх діяння, вирішено у законодавчому порядку. Ці співучасники мають нести відповідальність за готування до того к.пр. або замах на те к.пр., від вчинення якого добровільно відмовився виконавець.

Якщо поведінка одного із співвиконавців є передумовою вчинення посягання іншими співвиконавцями, для його добровільної відмови достатньо його бездіяльності (наприклад, при фальшуванні грошей бездіяльність того співвиконавця, який повинен був зробити кліше, унеможлиблює вчинення к.пр. іншими співвиконавцями, які мали виготовляти підроблені гроші). В інших ситуаціях для співвиконавця мають передбачатись не менш суворі умови добровільної відмови, ніж для організатора, підбурювача та пособника**.

Добровільна відмова інших (крім виконавця) співучасників має специфіку, оскільки вказані особи повинні вчинити дії, що усувають створені ними умови і запобігти вчиненню к.пр. виконавцем. Згідно з ч. 2 ст. 31 КК добровільна відмова організатора, підбурювача і пособника виключає їх кримінальну відповідальність за наявності однієї з двох умов – якщо вони: 1) відвернули вчинення к.пр. (наприклад, відмовили виконавця вчиняти злочин, застосували щодо останнього фізичний або психічний примус, забрали винагороду за вчинення к.пр. або анулювали відповідну обіцянку, повідомили майбутню жертву к.пр. про небезпеку); 2) своєчасно повідомили відповідні державні органи про к.пр., що готується або вчиняється.

* Докладніше див.: Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібн. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 279–282.

** Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібн. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 196–197; Тростюк З.А. Про деякі логічні дефекти регламентації інституту співучасті у злочині в Кримінальному кодексі України // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 2. – С. 262.

Для визнання поведінки співучасника добровільною відмовою однієї голосливої відмови недостатньо і за КК штату Нью-Йорк. Пункт 4 § 40.10 цього КК вимагає, щоб за обставин, які явно показують добровільну і повну відмову від свого кримінально караного наміру, обвинувачений відвернув вчинення к.пр.

Добровільною відмовою фізичного пособника в Україні визнається також ненадання ним засобів чи знарядь вчинення к.пр. або неусунення перешкод вчиненню к.пр. Якщо виконавець вчинить закінчене к.пр., скориставшись іншим засобом (знаряддям) або самостійно усунувши відповідну перешкоду, це за КК України не виключає добровільну відмову фізичного пособника, який виконав зазначену законодавчу вимогу.

Для порівняння: у Франції для визнання добровільної відмови особи, яка вилучила у виконавця к.пр. раніше передані йому знаряддя злочину, вимагається, щоб ця особа зробила все можливе, щоб злочинний результат не настав. Як бачимо, в Україні стосовно добровільної відмови фізичного пособника встановлені менш жорсткі вимоги.

Якщо співучаснику не вдалось запобігти вчиненню к.пр. виконавцем, то його позитивна поведінка підлягає врахуванню при призначенні покарання за закінчене к.пр., вчинене у співучасті, у порядку застосування ст. 66 КК.

У разі добровільної відмови співучасників виконавець підлягає кримінальній відповідальності за готування або замах залежно від того, на якій з цих стадій його діяння було припинено (ч. 3 ст. 31 КК).

2.6.3. Множинність кримінальних правопорушень. Одиничне кримінальне правопорушення

2.6.3.1. У КК поняття **множинності** к.пр. не використовується і не визначається, проте регламентуються повторність, рецидив і сукупність к.пр. (розділ VII Загальної частини) як прояви множинності.

Найбільш поширеним у літературі є визначення множинності к.пр. як вчинення особою кількох (двох або більше) одиничних к.пр., кожне з яких передбачене окремою кримінально-правовою нормою і зберігає своє кримінально-правове значення.

Подібним чином визначає множинність і законодавець деяких зарубіжних держав. Так, згідно зі ст. 24 КК Латвії множинністю злочинів визнається вчинення однією особою двох або кількох самостійних злочинних діянь, що відповідають ознакам складів кількох злочинних діянь або ознакам складу к.пр. лише одного злочинного діяння, якщо вони не охоплюються єдиним умислом винного, а так само вчинення особою одного злочинного діяння, що відповідає ознакам складів щонайменше двох різних злочинних діянь. Відповідно до ч. 1 ст. 32 КК Молдови множинністю злочинів визнається вчинення кількох злочинів однією особою за умови, що принаймні стосовно двох із них немає процесуальних перешкод для порушення нової кримінальної справи, а особу не було засуджено за жодне з цих діянь.

Поняття множинності к.пр. характеризується такими **ознаками**:

1) складовими множинності визнаються не будь-які, а саме кримінальні правопорушення – діяння, які тягнуть кримінальну відповідальність. Тому не утворюють множинності: поєднання у поведінці особи кримінального та іншого правопорушення (адміністративного, дисциплінарного тощо); суспільно небезпечні діяння неосудних та осіб, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність; діяння, повторення яких утворює те чи інше к.пр. Так, у ст.ст. 116, 120, 390, 434 КК терміни «систематично» і «неодноразово» не означають множинності, а використовуються для описання об'єктивної сторони відповідного одиничного к.пр.;

2) елементами множинності виступають одиничні к.пр. – умисні або необережні, прості або ускладнені, закінчені або незакінчені, вчинені одноособово або у співучасті. Необхідно однак, щоб кожен із них: становив собою самостійний склад к.пр.; не виступав як складова іншого к.пр.; підлягав самостійній кримінально-правовій оцінці;

3) множинність передбачає відсутність матеріально-правових і процесуальних перешкод для визнання окремих к.пр. елементами (складовими) множинності. Однією з таких перешкод є те, що особу за вчинення к.пр. на підставах, передбачених законом, було звільнено від кримінальної відповідальності. Обставиною, яка призводить до юридичного «забуття» раніше вчиненого к.пр. та, як наслідок, виключає наявність множинності, є погашення або зняття судимості.

Ухваляю ВС за касаційною скаргою захисника змінено вирок апеляційного суду Сумської області стосовно П., засудженого за п. 13 ч. 2 ст. 115 КК за умисне вбивство, вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство. Встановлено, що з часу відбуття покарання за умисне вбивство, передбачене ст. 94 КК 1960 р. і вчинене П. раніше, пройшло 16 років, а тому відповідно до ст. 89 КК П. вважається таким, що не має судимості. За таких обставин дії П. підлягають кваліфікації не за п. 13 ч. 2 ст. 115, а за ч. 1 ст. 115 КК.*

В юридичній літературі поширеною є точка зору, згідно з якою к.пр. не може виступати складовою множинності, якщо строк давності притягнення до кримінальної відповідальності за його вчинення сплив. Таку саму позицію висловив ПВС у своїх постановках (щодо хабарництва, злочинів проти життя і здоров'я, статевих злочинів, проти власності). Буквальне тлумачення ч. 4 ст. 32 і ч. 1 ст. 33 чинного КК не дозволяє погодитись із таким підходом. На сьогодні повторність і сукупність можуть утворювати і ті к.пр., стосовно яких минули строки давності, але за вчинення яких особа від кримінальної відповідальності судом не звільнялась. Інша річ, що вдосконалений кримінальний закон має передбачати, що сплив строку давності, усуваючи юридич-

* Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 3. – С. 28.

ну значущість раніше вчиненого к.пр., унеможлиблює визнання останнього елементом множинності.

Саме так вирішується це питання, наприклад, у ст. 17 КК Азербайджану, ст. 11 КК Казахстану, ст. 25 КК Латвії, ст. 33 КК Молдови.

Визначення повторності, сукупності і рецидиву у КК України є такими, що вони не виключають поєднання у вчиненому особою, відповідно, повторності і сукупності, повторності і рецидиву. Так, у діях особи, яка спочатку вчинила крадіжку, а згодом грабіж, вбачається і повторність, і сукупність, а у випадку вчинення вимагання особою, яка має судимість за шахрайство, наявні і повторність, і рецидив. Зважаючи на цю обставину і на те, що повторність, сукупність і рецидив не вичерпують усього змісту множинності к.пр., їх варто визнавати **основними формами множинності**.

У ст.ст. 32–34 КК виокремлено не всі, а найбільш типові (поширені) прояви множинності як окремого (специфічного) різновиду кримінально-протиправної поведінки однієї і тієї самої людини. За своїм обсягом інститут множинності є ширшим за законодавче утворення «повторність, сукупність та рецидив».

Наприклад, ним не охоплюються випадки вчинення умисного к.пр. особою, яка має судимість за необережний злочин, або вчинення необережного к.пр. особою, яка має судимість за умисний чи необережний злочин. Вчинення особою нового умисного к.пр. після постановлення вироку за попередній умисний злочин, але до набрання цим вироком законної сили, будучи проявом множинності злочинів, не може бути визнане ні рецидивом, ні сукупністю злочинів. Не завжди як рецидив можуть розцінюватись випадки вчинення протягом невідбутої частини покарання нового умисного к.пр. тим, хто раніше звільнявся умовно-достроково, хоч і такий (не регламентований розділом VII Загальної частини КК) прояв множинності к.пр. тягне певні кримінально-правові наслідки, а саме впливає на умовно-дострокове звільнення особи від відбування покарання (п. 3 ч. 3 ст. 81 КК) і заміну невідбутої частини покарання більш м'яким (п. 3 ч. 4 ст. 82 КК).

Отже, прояви множинності не слід обмежувати безпосередньо названими у кримінальному законі формами, до яких належать повторність, сукупність і рецидив. При цьому інші, крім вказаних у ст.ст. 32–34 КК, прояви множинності тягнуть кримінально-правові наслідки у випадках, передбачених КК України.

Аналіз зарубіжного досвіду регламентації множинності показує, що такі її форми, як повторність, сукупність і рецидив, виділяються у КК лише Білорусі і Латвії. КК Болгарії, Литви, Молдови, Росії, Бельгії, Іспанії, Італії, Сан-Маріно, Франції, Швейцарії визнають тільки сукупність і рецидив, Естонії і ФРН – сукупність і неодноразовість, Польщі – тільки сукупність, а Голландії і Данії – тільки рецидив. Отже, найбільш часто регламентується така форма множинності, як сукупність.

У багатьох зарубіжних кримінальних законах про множинність йдеться у розділах, які регламентують призначення покарання. Показовою тут є назва глави III розділу III КК ФРН – «Визначення розміру покарання при кількох порушеннях закону».

2.6.3.2. До ускладнених одиничних к.пр., які можуть виступати елементами множинності і від яких водночас множинність треба відрізняти, слід віднести передусім складені, триваючі і продовжувані к.пр. Як одиничні діяння вони кваліфікуються за однією нормою Особливої частини КК.

Складеними визнаються к.пр., об'єктивна сторона яких складається з двох або більше діянь, кожне з яких за умови окремого (ізолюваного) вчинення становило б собою самостійне к.пр., яке б кваліфікувалось за окремою нормою КК. Однак законодавець, беручи до уваги типовість зв'язку (внутрішньої єдності) між діяннями, які утворюють складене к.пр., об'єднує їх в одне ціле. Створення складів складених к.пр.: а) дозволяє адекватно оцінити суспільну небезпеку відповідних посягань, поєднання яких потребує більш суворого покарання, і б) спрощує кваліфікацію.

Складеними є такі злочини, як: грабіж, поєднаний з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого; розбій; вимагання, поєднане із погрозою вбивства або із заподіянням тяжкого тілесного ушкодження; заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Складені к.пр., які завжди посягають на кілька об'єктів кримінально-правової охорони, можуть розцінюватись як випадки врахованої законодавцем сукупності (ідеальної або реальної).

Поліоб'єктність притаманна і для **кримінальних правопорушень з похідними наслідками**, відмітною ознакою яких є наявність юридично значущого проміжного наслідку, що породжує наступний (похідний) наслідок суспільно небезпечного діяння*. До таких ускладнених одиничних к.пр. можуть бути віднесені, наприклад, умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121), умисне знищення або пошкодження майна, що спричинило загибель людей чи інші тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 194). Закріплюючи у КК ознаки к.пр. з похідними наслідками, законодавець враховує здатність проміжного наслідку викликати шкідливі зміни в охоронюваних кримінальним законом відносинах. На відміну від складених злочинів, суспільна небезпека к.пр. із похідними наслідками визначається не основним об'єктом, від якого, щоправда, залежить місце тієї чи іншої заборони у системі Особливої частини КК, а додатковим об'єктом, яким у переважній більшості випадків є життя і здоров'я людини як найвища соціальна цінність.

Триваючі к.пр. характеризуються безперервним, постійним здійсненням протягом певного проміжку часу діяння. Початком триваючого к.пр. є дія чи бездіяльність, вчинивши яку особа виходить із

* Шевченко Є.В. Злочини з похідними наслідками в кримінальному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2002. – С. 1–18.

кола законослухняних громадян і, так би мовити, починає перебувати у «злочинному стані»; причому це може тривати як завгодно довго (кілька годин, днів, місяців, років). Отже, триваюче к.пр. – це дія чи бездіяльність, поєднана із наступним безперервним (тривалим) невиконанням обов'язків, покладених на винного під загрозою кримінальної відповідальності.

Прикладами є незаконне носіння або зберігання вогнепальної зброї (ст. 263), ухилення від сплати аліментів на утримання дітей (ст. 164), незаконне позбавлення волі (ст. 146), тримання особи як заручника (ст. 147), участь у злочинній організації (ст. 255), зберігання порнографічних предметів (ст. 301). Притаманним для них є те, що тривале і постійне невиконання винним обов'язку після вчинення первісного одноактного діяння включається в об'єктивну сторону кримінально караного посягання, охоплюється складом конкретного к.пр.

Продовжуване к.пр. складається з двох або більше тотожних діянь, об'єднаних єдиним наміром. Особливість продовжуваного к.пр. полягає в тому, що умисел винної особи реалізується не відразу, а поступово, шляхом вчинення кількох, розведених у часі тотожних діянь. Кожне з цих діянь не носить самостійного характеру, не отримує окрему кримінально-правову оцінку та є лише етапом (ланкою) одного продовжуваного к.пр. При цьому вирішальну роль у забезпеченні органічного зв'язку, притаманного для вказаного різновиду одиничного к.пр., відіграють єдиний намір і загальна мета – ознаки суб'єктивної сторони, які значною мірою носять оціночний характер і встановлюються з урахуванням всіх фактичних обставин вчиненого. У судовій практиці визнається, що вигляду продовжуваного к.пр. можуть набувати, зокрема, ухилення від сплати податків і зборів, корисливе заволодіння чужим майном, згвалтування.

При вчиненні продовжуваного к.пр. суб'єкт посягає на один і той саме об'єкт, діяння вчиняються одним і тим самим способом, як правило, із незначною перервою у часі, всі дії суб'єкта об'єднані єдиним умислом і спрямовані на досягнення загальної мети. Остання передбачає знання суб'єктом кінцевого результату і прагнення досягнути його шляхом вчинення кількох діянь.

Незважаючи на те, що К. викрадав майно з одного приміщення одним і тим самим способом, апеляційний суд Донецької області вирішив, що кожна крадіжка, вчинювана К., була самостійним злочином, а не епізодом одиничного (продовжуваного) злочину. Суд при цьому виходив з того, що кожне викрадення К. вчиняв тоді, коли йому були потрібні гроші для особистих потреб, і не мав єдиного наміру на заволодіння певною (конкретною) кількістю майна.*

* Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 3. – С. 29.

2.6.3.3. Із законодавчого визначення **повторності** к.пр. (ст. 32 КК) випливає, що цю форму множинності можуть утворювати к.пр., передбачені: 1) однією і тією самою статтею (частиною статті) Особливої частини КК (тотожні) – незалежно від того, чи передбачено їх повторність в Особливій частині КК; 2) різними статтями КК, – у випадках, вказаних в Особливій частині КК (однорідні).

Та обставина, чи була засуджена особа за один або кілька тотожних (однорідних) злочинів, не впливає на здатність останніх бути елементами повторності. Наприклад, передбачений ст. 289 КК злочин визнається вчиненим повторно як тоді, коли його вчинила особа, яка за раніше вчинене незаконне заволодіння транспортним засобом не засуджувалась, так і тоді, коли його вчинив той, хто має судимість за ст. 289.

Обов'язковою ознакою повторності є неодночасність вчинення к.пр., які її утворюють. Інакше кажучи, к.пр., з яких складається аналізована форма множинності, мають бути віддалені один від одного певним проміжним часом або принаймні не повинні збігатись початкові моменти вчинення цих к.пр. При цьому к.пр., розпочате пізніше, вважається таким, що вчинене повторно. Виокремлена ознака повторності к.пр. знаходить досить чітке відображення у відповідних законодавчих формулюваннях. Так, згідно з п. 3 примітки до ст. 368 КК повторним у ст. 368 визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених цією статтею, або злочинів, передбачених ст.ст. 368-3, 368-4, 369 КК.

Відсутня повторність і у випадку, коли особа одним діянням вчиняє кілька к.пр. Із кримінально-правової точки зору діяння, які утворюють ідеальну сукупність к.пр., вчиняються одночасно при тому, що за часом їх протікання в об'єктивному світі вони можуть відрізнятись. Це може мати місце при вчиненні умисного вбивства під час розбою.

Залежно від того, які к.пр. утворюють повторність, розрізняють повторність тотожних і повторність однорідних к.пр. Під однорідними зазвичай розуміють к.пр., суспільна небезпека яких є приблизно однаковою, які посягають на однакові або подібні об'єкти кримінально-правової охорони і вчиняються з однією і тією самою формою вини.

До згаданих у ч. 3 ст. 32 КК випадків, коли повторним визнається вчинення двох або більше к.пр., передбачених різними статтями Особливої частини КК, можуть бути віднесені, зокрема, п. 13 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 152, п. 1 примітки до ст. 185, ч. 2 ст. 187, п. 1 примітки до ст. 224, п. 2 примітки до ст. 289, ч. 2 ст. 307, ч. 2 ст. 308, ч. 2 ст. 309, п. 3 примітки до ст. 368, п. 1 примітки до ст. 368-3, примітка до ст. 369 КК. При описанні повторності однорідних к.пр. у КК використані різні законодавчі прийоми. Як правило, у нормі (примітці, частині статті) перелічені конкретні статті КК, що передбачають відповідальність за к.пр., які утворюють повторність. Формулювання «... особою, яка раніше вчинила...» може й не містити такого конкретизованого переліку статей, що на наявність повторності однорідних к.пр. не впливає.

Кваліфікація повторності однорідних к.пр. передбачає, що кожному із к.пр. – елементів повторності дається самостійна правова оцінка; причому особі за вчинення наступного к.пр. повинна інкримінуватись ознака повторності. Як результат, маємо справу з одним із випадків так званої повторності-сукупності. Наприклад, з урахуванням п. 1 примітки до ст. 185 КК дії особи, яка спочатку вчинила викрадення вогнепальної зброї, а згодом вчинила крадіжку чужого майна, мають кваліфікуватись за сукупністю к.пр., передбачених ч. 1 ст. 262 і ч. 2 ст. 185 КК (за ознакою повторності).

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС визнала обґрунтованою кваліфікацію дій М., засудженого Новозаводським районним судом м. Чернігова за ч. 1 ст. 152 і ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 153 КК. М. спочатку із застосуванням фізичного насильства вчинив з потерпілою Б. статевий акт, а після цього намагався задовольнити статеву пристрасть неприродним способом, але не довів злочин до кінця у зв'язку з активним опором Б. М. визнано винним у вчиненні закінченого зґвалтування і замаху на задоволення статевої пристрасті неприродним способом, вчиненого особою, яка раніше вчинила злочин, передбачений ст. 152 КК.*

Щодо кваліфікації не пов'язаної із засудженням повторності тотожних к.пр., якщо кожен із них був закінченим (або незакінченим), роль особи при їх вчиненні була однаковою, а повторність закріплена як кваліфікуюча ознака, то в літературі досить поширеною є точка зору, згідно з якою вчинене у такій ситуації має кваліфікуватись лише за тією частиною статті КК, яка передбачає відповідальність за к.пр., вчинене повторно. Додаткова кваліфікація першого к.пр. не потрібна.

Натомість ПВС у ряді своїх постанов (зокрема, п. 17 постанови від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи», п. 6 постанови від 30 травня 2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи», п. 20 постанови від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності», п. 9 постанови від 4 червня 2010 р. № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки») орієнтує на те, щоб давати першому к.пр., яке входить до складу повторності та вчинене за відсутності кваліфікуючих ознак, самостійну правову оцінку.

Такий підхід (фактично – ще один випадок «повторності-сукупності») заслуговує на підтримку як такий, що узгоджується з ч. 1 ст. 33 КК, адже сукупність к.пр. можуть утворювати у т.ч. к.пр., передбачені різними частинами однієї статті Особливої частини КК. Чинна редакція ч. 1 ст. 33 КК не виключає як таку можливість утворення сукупності за рахунок

* Рішення Верховного Суду України. – 2005. – Вип. 10. – С. 93–94.

к.пр., передбачених різними частинами однієї статті КК, які описують основний, кваліфікований та особливо кваліфікований склади одного і того самого к.пр.

Якщо повторність к.пр. не передбачена в статті Особливої частини КК як кваліфікуюча ознака конкретного к.пр., вона повинна братись до уваги як обставина, що обтяжує покарання. Оскільки у п. 1 ч. 1 ст. 67 КК жодних застережень не зроблено, то при встановленні змісту передбаченої цією нормою обставини треба керуватись ст. 32 і ст. 34 КК. У зв'язку з цим неодноразовне вчинення особою кількох к.пр., які відповідно до ст. 32 не утворюють повторності, а відповідно до ст. 34 – рецидиву, не може вважатись обставиною, яка обтяжує покарання.

2.6.3.4. Із ч. 1 ст. 33 КК впливають специфічні ознаки **сукупності** к.пр. як форми множинності: 1) вчинення двох або більше к.пр., передбачених різними статтями або різними частинами однієї статті Особливої частини КК; 2) відсутність засудження за жодне із них на момент вчинення останнього.

Згідно з ч. 2 ст. 33 КК кожне із к.пр., що утворюють сукупність, підлягає окремій кваліфікації, і це має знаходити своє відображення як у формулі кваліфікації, так і в межах юридичного формулювання обвинувачення. З огляду на це сукупність к.пр. треба відрізнити від конкуренції кримінально-правових норм, за якої одне к.пр. одночасно містить ознаки двох або більше складів к.пр. та охоплюється кількома кримінально-правовими заборонами. За наявності конкуренції, коли оцінюється одне к.пр., одночасне застосування кількох норм Особливої частини КК неприпустиме. Натомість для сукупності к.пр. притаманним є те, що жодна із заборон не охоплює вчинене (два і більше к.пр.) повністю – воно може отримати належну кримінально-правову оцінку лише шляхом застосування кількох норм Особливої частини КК.

Складовими сукупності, за загальним правилом, виступають діяння, які відповідають різним складам к.пр. Передусім це різнорідні к.пр., передбачені різними статтями Особливої частини КК. Наприклад, спочатку особа вчиняє умисне вбивство, а згодом – крадіжку з проникненням у житло.

Елементами сукупності к.пр. можуть бути і ті однорідні к.пр., які передбачені різними частинами однієї і тієї самої статті Особливої частини КК. Так, дії особи, яка спочатку підробила документ, а згодом його використала, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 358 і ч. 4 ст. 358 КК. Адже використання підробленого документа є самостійним складом к.пр., не охоплюється поняттями підроблення і збуту і передбачене окремою кримінально-правовою нормою із самостійною санкцією.

За ч. 1 ст. 358 і ч. 3 ст. 358 КК засудив Куп'янський міськрайонний суд Харківської області К., який, знайшовши пенсійне посвідчення на ім'я Х., спочатку шляхом заміни фотокартки підробив його з метою використання для безоплатного проїзду залізничним транспортом на приміських маршрутах, а згодом використав це підроблене посвідчення, отримавши талон обліку безоплатного проїзду в електропотязі**.*

Водночас ч. 1 ст. 33 КК не виключає як таку можливість утворення сукупності за рахунок к.пр., передбачених різними частинами однієї статті КК, які описують основний, кваліфікований та особливо кваліфікований склад одного і того самого к.пр. Навіть якщо в Особливій частині КК як кваліфікуючу ознаку передбачено повторність однорідних к.пр., остаточно кримінально-правова оцінка вчиненого передбачає кваліфікацію кількох діянь і як сукупності к.пр.

Можуть бути елементами сукупності, зокрема, к.пр., які кваліфікуються за однією і тією самою статтею (частиною статті) Особливої частини КК, якщо: а) вчинені к.пр. мають різні стадії; б) було вчинено закінчений замах і незакінчений замах; в) один чи кілька к.пр. особа вчинила самостійно (одноособово) чи була його (їх) виконавцем (співвиконавцем), а інший (інші) вчинила як організатор, підбурювач чи пособник; г) одне к.пр. особа вчинила як організатор, підбурювач чи пособник, а при вчиненні іншого була іншим співучасником.

Але виходять за межі ч. 1 ст. 33 КК ситуації, коли сукупність утворюють к.пр., передбачені: 1) однією і тією самою статтею (частиною статті) Особливої частини КК, якщо вони вчинені неодноразово і за наступне к.пр. новою редакцією статті (частини статті) Особливої частини КК посилено кримінальну відповідальність особи; 2) різними редакціями однієї і тієї самої статті (частини статті) Особливої частини КК, якщо ухвалення нової редакції норми призвело (порівняно з її попередньою редакцією) до створення нового за змістом складу к.пр.; 3) з одного боку, статтями (частинами статей) КК 1960 р. та, з іншого, статтями (частинами статей) КК 2001 р.

Усі к.пр. – елементи сукупності – мають бути вчинені до засудження того, хто їх вчиняє, хоча б за один із них. Відповідно до ст. 43 КПК 2012 р. засудженим визнається обвинувачений, обвинувальний вирок суду щодо якого набрав законної сили.

Як правило, к.пр., які утворюють сукупність, інкримінуються особі одночасно. Однак про те, що особа вчинила ще одне або кілька к.пр., може стати відомо вже після того, як цю особу було засуджено за інше к.пр., і навіть після того, як вона відбула (повністю або частково) призначене їй покарання. І в цій ситуації наявна сукупність к.пр., «розірвана», щоправ-

* Йдеться про попередню редакцію цієї статті КК.

** Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 4. – С. 35.

да, вироком суду: всі к.пр. вчинені особою до засудження хоча б за одне із них, як цього і вимагає законодавче визначення сукупності.

Залежно від того, одним або кількома діями особа вчиняє два або більше к.пр. (інакше кажучи, за характером поведінки особи), традиційно виокремлюють два види сукупності – ідеальну та реальну.

Ідеальна сукупність має місце у разі, коли особа одним діям (дією чи бездіяльністю) вчиняє два або більше к.пр., що мають різні склади і кваліфікуються окремо (наприклад, пострілом злочинця одну людину вбито, а іншій заподіяно тяжке тілесне ушкодження). Ідеальна сукупність (всупереч своїй усталеній назві) не є уявною, існуючою лише у думках людини конструкцією – вона відображає об'єктивну реальність (здатність одного вчинку людини породжувати кілька результатів), і положення про неї сприймається правозастосовною практикою. Так, давання та одержання як неправомірної вигоди предметів, збут і придбання яких є самостійним складом к.пр. (зброя, вибухові речовини, наркотичні засоби тощо), утворює сукупність к.пр. і кваліфікується за відповідною частиною ст. 368 або ст. 369 КК і тією статтею, яка передбачає відповідальність за придбання або збут цих предметів. Якщо при умисному вбивстві, вчиненому небезпечним для життя багатьох людей способом, іншій особі заподіяно шкоду її здоров'ю, дії винного кваліфікуються за п. 5 ч. 2 ст. 115 і відповідною статтею КК про відповідальність за умисне тілесне ушкодження. У разі ідеальної сукупності к.пр. діяння винного може носити разовий (одномоментний) характер, а може розвиватись протягом певного проміжку часу.

В цьому контексті показово є поведінка О., який у дворі помешкання П. з особливою зухвалістю порушив громадський порядок і побив Я., заподіявши йому тілесне ушкодження середньої тяжкості. Дії О. Зачепилівський районний суд Харківської області правильно кваліфікував за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 296 і ч. 1 ст. 122 КК, і ця ситуація наводиться в узгаляненні судової практики саме як приклад ідеальної сукупності злочинів.*

Реальна сукупність к.пр. має місце у разі, коли особа вчиненими у різний час (окремими) діями вчиняє два або більше к.пр., які мають різні склади і кваліфікуються окремо. Наприклад, якщо виконані службовою особою у зв'язку з одержанням неправомірної вигоди дії самі по собі є кримінально протиправними (службове підроблення, зловживання владою або службовим становищем тощо), вчинене слід кваліфікувати за сукупністю к.пр.

Можливі випадки реальної сукупності к.пр., коли неодночасність вчинення кількох діянь виражається не зовсім чітко. Маються на увазі ситуації, коли одне з діянь – складових сукупності є продовжуваним

* Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 4. – С. 34.

або триваючим к.пр. Скажімо, особа незаконно зберігає вогнепальну зброю (ч. 1 ст. 263), за допомогою якої згодом вчиняє умисне вбивство (ч. 1 ст. 115 КК).

2.6.3.5. Із законодавчого визначення **рецидиву** (ст. 34 КК) впливають такі ознаки цієї форми множинності: 1) всі к.пр. (два або більше) у межах рецидиву є умисними (такими вважаються і к.пр. з подвійною (змішаною) формою вини); 2) к.пр., які утворюють рецидив, вчиняються у різний час, тобто відокремлені один від одного певним проміжком часу; 3) на момент вчинення нового к.пр. (злочинів) особа має судимість за попереднє к.пр.

Рецидив вважається найбільш небезпечною формою множинності к.пр.: вчинення нового умисного к.пр. за наявності непогашеної або незнятої судимості за попередній умисне к.пр. означає, що особа проігнорувала попередження держави про необхідність законослухняної поведінки, зафіксоване у раніше постановленому обвинувальному вироку.

У КК України втілено позицію, згідно з якою тільки поєднання умисних к.пр. у біографії злочинця засвідчує прогресуючі хиби його особи, що є підставою для визнання наявності рецидиву.

Для порівняння: кримінальне законодавство Іспанії, Норвегії, Туреччини і Швейцарії передбачає, що рецидив к.пр. утворюють як умисні, так і необережні діяння.

Згідно з ч. 1 ст. 88 КК України особа визнається такою, що має судимість, з дня набрання обвинувальним вироком законної сили і до погашення або зняття судимості. Для наявності рецидиву необхідно, щоб нове умисне к.пр. особа вчинила саме у цей проміжок часу (перебуваючи у стані судимості). При цьому не має значення, чи відбувала фактично особа покарання, призначене їй судом за вчинення попереднього к.пр., а так само, яке це було покарання. Натомість кримінальне законодавство деяких держав, зокрема Аргентини, КНР, Республіки Корея, Швейцарія, Японії, при визначенні рецидиву враховує тільки серйозні злочини, за які призначається позбавлення волі.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС виключила вказівку на рецидив як на обтяжуючу покарання обставину з вироку, винесеного Уманським міськрайонним судом Черкаської області, яким У., Б. і Д. було засуджено за вчинення злочинів, передбачених, відповідно, ч. 3 ст. 185 і ч. 1 ст. 296 КК, ч. 3 ст. 185 і ч. 4 ст. 296 КК, ч. 3 ст. 101 КК 1960 р., ч. 1 ст. 122 і ч. 1 ст. 190 КК. Із матеріалів справи вбачається, що У., Б. і Д. раніше не засуджувались, а тому відповідно до ст. 34 КК визнання судом як обтяжуючої покарання обставини рецидиву злочинів є неправильним.*

* Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 4. – С. 29–31.

З точки зору ст. 34 КК при визначенні рецидиву к.пр. повинні братись до уваги і судимості за умисні діяння, вчинені особою у неповнолітньому віці. При цьому у літературі висувається пропозиція доповнити ст. 34 КК положенням про неврахування судимостей за умисні злочини, вчинені особою у неповнолітньому віці. Аргументується ця пропозиція загальною тенденцією до гуманізації законодавства про кримінальну відповідальність неповнолітніх, тією історичною обставиною, що згідно зі ст. 26 КК 1960 р. при визнанні особи особливо небезпечним рецидивістом не враховувались судимості, отримані особою у віці до 18 років, а також доцільністю врахування зарубіжного досвіду.

Відповідно до кримінального законодавства багатьох зарубіжних держав (зокрема Білорусі, Болгарії, Грузії, Казахстану, Киргизії, Литви, Норвегії, РФ) неповнолітній вік особи при вчиненні попереднього злочину не дає підстав для констатації наявності рецидиву.

Залежно від характеру к.пр., які утворюють аналізовану форму множинності, виокремлюють загальний і спеціальний рецидив.

Загальний рецидив має місце у разі, коли особа, маючи судимість за умисне к.пр., вчиняє нове к.пр., яке є різнорідним стосовно раніше вчиненого к.пр. Загальний рецидив не впливає на кваліфікацію, однак згідно з п. 1 ч. 1 ст. 67 КК визнається обставиною, яка обтяжує покарання. Для порівняння: ст. 22 КК Іспанії, визнаючи рецидив однією з обставин, які обтяжують кримінальну відповідальність, встановлює, що рецидив має місце, коли до вчинення злочину винний був засуджений за злочин такого самого характеру, передбачений тим самим розділом КК.

Спеціальний рецидив утворюють тотожні або однорідні злочини. У багатьох складах к.пр. спеціальний рецидив відіграє роль кваліфікуючої (особливо кваліфікуючої) ознаки (зокрема, ч. 2 ст. 133, ч. 2 ст. 165, ч. 2 ст. 201, ч. 2 ст. 203, ч. 3 ст. 212, ч. 2 ст. 213, ч. 2 ст. 248, ч. 2 ст. 249, ч. 3 ст. 296, ч. 2 ст. 302, ч. 2 ст. 310, ч. 3 ст. 382 КК).

Позначення спеціального рецидиву як кваліфікуючої ознаки у КК здійснюється по-різному. Як правило, використовуються формулювання «особою, раніше судимою за...», яке поєднується із назвою к.пр., «злочин, передбачений цією статтею».

Використання спеціального рецидиву як кваліфікуючої ознаки, слугуючи для диференціації кримінальної відповідальності, є необхідним заходом для посилення кримінальної відповідальності осіб, які не бажають ставати на шлях законослухняної поведінки, вчинення нових к.пр. з боку яких не є випадковістю. Береться до уваги підвищена «рецидивонебезпечність» окремих злочинів, вчинення яких дозволяє особам удосконалювати свої злочинні навички, що призводить до зростання злочинного професіоналізму. Як специфічний правовий стан особи судимість виключає рівність громадян перед законом. До того ж неправильно зводити суспільну небезпеку к.пр. тільки до завданої ним шкоди, ігноруючи при цьому властивості суб'єкта к.пр. Відмова від спеціального рецидиву як

кваліфікуючої ознаки буде стимулювати злочинну діяльність та означатиме лояльне ставлення держави до множинності злочинів.

Варто зазначити, що за законодавством багатьох держав (зокрема, Австрії, Бельгії, Італії, Куби, Польщі, Угорщини, Туреччини, Франції, Швеції, Японії) покарання за рецидив (на відміну від України) призначається із перевищенням максимального розміру покарання, закріпленого у санкції кримінально-правової норми, інкримінованої винному. Принципової різниці між підходом зарубіжного законодавця і закріпленням у КК України спеціального рецидиву як кваліфікуючої ознаки складів конкретних к.пр. не вбачається.

Водночас постає питання про відповідність норм КК, які передбачають спеціальний рецидив, принципу non bis in idem, закріпленому у ст. 61 Конституції України і ч. 3 ст. 2 КК. При цьому вихідним для вирішення поставленого питання є те чи інше тлумачення вказаного принципу. Адже вузьке (буквальне) його розуміння (не можна окремими вироками карати двічі за один і той самий злочин) виключає будь-які претензії до таких проявів множинності, як повторність і спеціальний рецидив: за їх наявності попередній факт злочинної поведінки не карається ще раз (повторно), а лише враховується у випадку вчинення нового к.пр. як обставина, що впливає на його кваліфікацію або на покарання за нього*.

Література

- Бурдін В.М. Стадії вчинення злочину (кримінально-правове дослідження): Монографія. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2013. – 304 с.
- Митрофанов І.І., Притула А.М. Співучасть у злочині: Навч. посібн. – Одеса: Фенікс, 2012. – 208 с.
- Созанський Т.І. Кваліфікація сукупності злочинів: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – 240 с.
- Хавронюк М. 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.

Запитання і завдання

1. Розкрийте особливості кваліфікації готування до к.пр. та замаху на нього.
2. Розкрийте суть і кримінально-правове значення виявлення наміру.
3. Які підходи існують у кримінально-правовій науці з питання про юридичну природу добровільної відмови від доведення к.пр. до кінця?
4. Поясніть, у чому полягає відмінність між співучастю у к.пр. та причетністю до нього.
5. Охарактеризуйте види співучасників та форми співучасті.

* Докладніше див.: Дудоров О., Письменський Є. Чи суперечить інститут множинності злочинів принципу «non bis in idem» // Юридичний вісник України. – 2010. – №№ 30, 31.

6. Охарактеризуйте ускладнені одиничні к.пр., у т.ч. їх відмінність від множинності к.пр.

7. Розкрийте специфічні ознаки і кримінально-правове значення сукупності к.пр., її відмінність від конкуренції кримінально-правових норм.

8. Підготуйте наукове повідомлення на тему: «Принцип non bis in idem та інститут множинності кримінальних правопорушень».

Рекомендуємо прочитати

- Вільям Шекспір «Макбет».
- Федір Достоевський «Беси», «Брати Карамазови».
- Микола Лесков «Леді Макбет Мценського повіту».
- Олександр Дюма «Граф Монте-Кристо».
- Маруся Вольвачівна (Марія Вольвач) «Батькова сповідь».
- Артур Конан Дойл «Порожній будинок».
- Маріо Пьюзо «Сицилієць».
- Пауло Коельо «Диявол і сеньоріта Прим».
- Проспер Меріме «Матео Фальконе».

Радимо подивитись

- Скажені пси (США, 1991, режисер Квентін Тарантино).
- Сім (США, 1995, режисер Девід Фінчер).
- Одинадцять друзів Оушена (США, 2001, режисер Стівен Содерберг).
- Дванадцять друзів Оушена (США, 2004, режисер Стівен Содерберг).

2.7. Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння

2.7.1. Система обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння

2.7.1.1. У КК 2001 р. виділено спеціальний розділ VIII Загальної частини, в межах якого регламентовано:

- 1) необхідну оборону;
- 2) затримання особи, яка вчинила к.пр.;
- 3) крайню необхідність;
- 4) фізичний і психічний примус;
- 5) виконання наказу або розпорядження;
- 6) діяння, пов'язане з ризиком;
- 7) виконання спеціального завдання з запобігання чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

За своїми зовнішніми ознаками ці діяння, будучи заподіянням шкоди (як правило, фізичної або майнової), нагадують к.пр., але такими не є.

Наприклад, позбавлення життя того, хто вчиняє посягання, при необхідній обороні нагадує умисне вбивство, а результативне застосування працівником міліції вогнепальної зброї – перевищення влади із застосуванням зброї.

Вважається, що діяння, вчинені із дотриманням вимог кримінального закону щодо обставин, які виключають кримінальну протиправність діяння, не лише кримінально непротиправні, а і соціально корисні, адже вони спрямовані на захист охоронюваних КК відносин.

Водночас можливими є діяння, однозначна оцінка яких як суспільно корисної поведінки виключається – якщо взяти до уваги ті наслідки, що настають у результаті вчинення відповідних діянь. Йдеться, наприклад, про позбавлення життя малолітнього у процесі реалізації права на необхідну оборону, заподіяння тяжкого тілесного ушкодження невинуватій особі у стані уявної оборони, заподіяння шкоди здоров'ю або власності особи навіть з її згоди, окремі випадки крайньої необхідності, виконання наказу або правомірного застосування зброї. Показовим у зв'язку з цим є висловлювання П.П. Андрушка про те, що іноді і правомірним діям можуть бути притаманні властивості суспільної небезпеки*.

Отже, обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння, охоплюють правомірну поведінку, яку можна охарактеризувати як соціально корисну або (за її позитивної спрямованості) – як соціально допустиму (доцільну, прийнятну).

Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння, треба відрізнити як від інших діянь, що виключають кримінальну відповідальність (малозначне діяння, діяння неосудного, готування до злочину невеликої тяжкості, добровільна відмова при незакінченому к.пр.), так і від звільнення від кримінальної відповідальності: якщо в обставинах, що виключають кримінальну протиправність, відсутні ознаки складу к.пр., то звільнити особу від кримінальної відповідальності можна тільки, якщо у вчиненому нею діянні всі ці ознаки складу, навпаки, наявні.

Розглядувані обставини знаходять відображення в актах як національного, так і міжнародного законодавства. Так, Конвенція про злочини та деякі інші акти, що вчиняються на борту повітряних суден (1963 р.), надає командирі, екіпажу та пасажиром повітряного судна право застосовувати розумні заходи примусу щодо особи, яка вчиняє або намагається вчинити на борту повітряного судна злочинні дії. Згідно з Кодексом поведінки посадових осіб із підтримання правопорядку (1979 р.) такі особи можуть застосовувати силу у разі крайньої необхідності і тією мірою, якою це потрібно для виконання їх обов'язків, і не можуть посилатися на розпорядження вищестоящих осіб або виняткові обставини для виправдування катувань чи поводження і покарання, що принижує гідність.

* Андрушко П.П. Юридическая природа и значение исполнения приказа и выполнения профессиональных функций в советском уголовном праве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – К., 1987. – С. 10–11.

2.7.1.2. За критерієм їхньої правової природи є підстави виділити **види обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння**. Це обставини, що полягають у:

1) здійсненні права (необхідна оборона, крайня необхідність, затримання особи, яка вчинила к.пр., опір владі як реалізація права на громадянську непокору*, здійснення батьками заходів домашнього нагляду стосовно дітей тощо). Від самого суб'єкта – носія того чи іншого права – залежить, чи реалізує він належне йому право; бездіяльність особи не вважається протиправною (у т.ч. кримінально протиправною) поведінкою;

2) виконанні юридичного обов'язку (це, наприклад, виконання наказу і здійснення професійних обов'язків). Його суб'єкт не вправі відмовитись від виконання обов'язку, а якщо це станеться, така відмова (бездіяльність) визнаватиметься правопорушенням (у т.ч. за наявності підстав – кримінальним). Так, лікар не має права відмовлятись від здійснення хірургічного втручання, якщо для цього є необхідні передумови, пожежник – від гасіння пожежі, хоч це може і пошкодити чуже майно, а працівник міліції – від застосування зброї, якщо для цього існують визначені законом підстави;

3) здійсненні владного (службового) повноваження. Це означає поєднання певних прав та обов'язків і стосується, скажімо, передбаченого ст. 43 КК спеціального завдання з запобігання чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, а також застосування агентом держави вогнепальної зброї, спеціальних засобів чи фізичної сили, що в Україні регламентується, зокрема, законами «Про міліцію», «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про Службу безпеки України».

Щодо інших класифікацій, то залежно від галузевої регламентації обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння, можуть бути поділені на обставини, які передбачені: а) кримінальним законодавством (ст.ст. 36–43 КК) та б) іншим законодавством – цивільним, адміністративним, сімейним тощо (скажімо, згода особи на заподіяння їй шкоди, зайняття спортом**, здійснення свого права).

З урахуванням викладеного вище, **обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння**, – це передбачені різними галузями законодавства і з зовнішнього боку схожі на к.пр. вчинки (соці-

* Див.: Ільницька С.В. Громадянська непокоря як гарантія захисту конституційного ладу України / Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: Матеріали IV міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 95-річчю з дня народження професора М.В. Салтєвського (м. Одеса, 2 листопада 2012 р.). — Одеса: Фенікс 2012. — С. 92–94.

** Сибаль О. Кримінально-правова характеристика підстав вчинення правомірного діяння, пов'язаного із завданням шкоди під час спортивних змагань // Вісник Львівського університету. Серія юридична. — 2012. — Вип. 56. — С. 417–425.

ально корисні або принаймні допустимі), які виключають кримінальну відповідальність особи за заподіяну нею шкоду фізичній або юридичній особі, суспільству або державі.

2.7.2. Реалізація чи захист свого або чужого права

2.7.2.1. **Необхідна оборона** – це кримінально непротиправне (правомірне) заподіяння шкоди тому, хто вчиняє посягання на особу, яка захищається, або на інших осіб.

Звернення до історії людства показує, що право необхідної оборони у тому чи іншому обсязі притаманне законодавству на різних етапах його розвитку. Ще у стародавньому римському праві стверджувалось, що право оборони впливає із самої природи речей, оскільки силу треба відбивати силою. У Сентенціях Павла (Книга 5) зазначається, що того, хто вбив розбійника, який вчинив посягання на життя, або того, хто хотів вчинити згвалтування, не слід карати, адже перший захищав своє життя, а другий – свою цноту.

У теорії кримінального права США необхідна оборона традиційно поділяється на три види: 1) самозахист; 2) захист іншої особи; 3) захист майна (у т.ч. житла). Самозахист можливий у разі здійснення нападу на особу та за умов неможливості «звернутись до закону». Для захисту від спричинення фізичної шкоди особі, яка захищається, дозволяється заподіяти смерть нападникові або вчинити замах на таке заподіяння, нанести побої та, за певних умов, позбавити агресора волі. Захист іншої особи від посягання матиме правомірний характер, якщо особа, яка захищається, вважає, що її втручання необхідне для запобігання заподіяння шкоди третій особі. При цьому американська судова практика виробила таке правило: той, хто перебуває в стані необхідної оборони, має застосовувати лише такі засоби захисту, які мала право використати та особа, яку захищають. У разі захисту володіння від грабежу із проникненням або від умисного підпалу правомірним визнаватиметься заподіяння будь-якої фізичної шкоди нападникові (навіть смерті), а при захисті рухомого майна дозволяється застосування лише фізичної несмертельної сили щодо нападника.

Необхідна оборона – не субсидіарний (додатковий) субінститут, що доповнює діяльність держави, яка полягає у боротьбі зі злочинністю. Право на необхідну оборону вважається природним і невідчужуваним правом людини, яке не створюється, а лише визнається державою. Основоположні засади необхідної оборони закріплені у Конституції України. У ч. 3 ст. 27 Основного Закону проголошується, що кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань. А у ч. 5 ст. 55 Конституції конкретизується, що кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань, звідки випливає, що відповідне право не є безмежним.

Вивчення практики застосування положень КК про необхідну оборону показує, що досить часто вона складається не на користь особи, яка

реалізувала своє право на заподіяння правомірної шкоди правоохоронюваним інтересам, і поведінка якої вважається суспільно корисною або принаймні допустимою*.

Відповідно до ч. 2 ст. 36 КК кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання (наприклад, шляхом втечі) або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади. Виходить, що точніше називати регламентовану кримінальним законом оборону не необхідною, а правомірною.

Показовим у цьому сенсі є те, що у кримінальному законодавстві, наприклад, таких держав, як Бельгія, Бразилія, Італія, Куба, говориться саме про правомірну оборону. Натомість словосполучення «необхідна оборона» є усталеним у кримінальному законодавстві держав – учасниць СНД, а також, зокрема, Австрії та Албанії.

Необхідна оборона, як це випливає зі змісту положень ст. 36 КК України, виключає кримінальну протиправність діяння за наявності ряду умов. У випадку порушення хоча б однієї з них особа, яка захищається від суспільно небезпечного посягання, сама може стати порушником кримінального закону. Теорія кримінального права традиційно поділяє зазначені **умови** на дві групи. Це умови правомірності необхідної оборони, що стосуються:

- 1) посягання (суспільна безпека, наявність і реальність);
- 2) захисту від суспільно небезпечного посягання (це об'єкти захисту, особи, яким заподіюється шкода, і відповідність захисту характеру і небезпеці посягання).

Отже, **посягання**. Оскільки відповідне посягання має бути суспільно небезпечним, воно не може охоплюватись положенням ч. 2 ст. 11 КК про малозначність. У радянській юридичній літературі як приклад малозначного діяння, вчинення якого не викликало права на необхідну оборону, наводилось заволодіння овочами і фруктами на особистих городах чи садах. Але останнім часом наше ставлення до феномену власності кардинально змінилось.

Вироком Мар'їнського районного суду Донецької області А.В. було засуджено за умисне тяжке тілесне ушкодження, внаслідок якого настала смерть потерпілого (ч. 3 ст. 101 КК 1960 р.). Розглянувши скаргу засудженого, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС встановила правомірність дій А.В., який перебував у стані необхідної оборони. Як випливає з матеріалів справи, А.В. побачив на своєму городі Х., який викопував картоплю. Під час сварки, що виникла з цього приводу, Х. накинувся на А.В. із саперною лопатою. Захищаючись, А.В. завдав нападникові кілька ударів ногами у груди

* Див., наприклад: Ярмыш Н.Н. Типичные ошибки при квалификации действий по реализации права на необходимую оборону / 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. – Харків: Право, 2013. – С. 158–162.

і тулуб, заподіявши останньому тяжкі тілесні ушкодження, що спричинили смерть. Колегія суддів зробила висновок, що А.В., захищаючи себе і своє майно від нападу Х., діяв у стані необхідної оборони у межах, передбачених законом. Вирок суду першої інстанції було скасовано, а кримінальну справу закрито за відсутністю складу злочину.*

Частина 1 ст. 36 КК дозволяє віднести до кола діянь, вчинення яких зумовлює виникнення права на необхідну оборону, не лише к.пр., а й інші посягання, суспільна небезпека яких є очевидною (посягання осіб, які мають психічні захворювання або не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, посягання осіб, які діють під впливом помилки, тощо).

*Питання, чи може бути посяганням, вчинення якого породжує право на необхідну оборону, адміністративний проступок, позбавлене однозначності і належить до числа дискусійних в юридичній літературі. З одного боку, ст. 19 КАП закріплює, так би мовити, власне положення про необхідну оборону; з іншого, це положення виявилось «мертвонародженим», оскільки важко уявити собі оборону стосовно адміністративного проступку, яка б із зовнішнього боку не набувала б вигляду злочину (наприклад, умисне завдання побойв особі, яка вчиняє дрібне хуліганство чи насильство у сім'ї. С.Ф. Милюков з цього приводу дотепно зауважує, що необхідну оборону проти дрібного хуліганства способами, які підпадають під дію адміністративного законодавства, можна уявити хіба що в тому, що нецензурні висловлювання зупиняються потоком ще більш витіюватої лайки**).*

З огляду на це посяганням, яке зумовлює виникнення права на необхідну оборону, є будь-яка агресивна поведінка, включаючи адміністративно карану.

Наступною умовою, що характеризує посягання при необхідній обороні, є його наявність: посягання вже розпочалось, але поки що не закінчилось. Не може вважатись закінченим посягання, зокрема, у випадку, коли нападника поранено, але він продовжує вчиняти посягання. У судовій практиці визнається, що перехід використовуваних при нападі знарядь або інших предметів від нападника до особи, яка захищається, не завжди свідчить про закінчення посягання. Посягання вважається наявним і тоді, коли воно призупинене, однак може відновитися у будь-який момент.

Право на необхідну оборону втрачається після того, як посягання було закінчено, і потреба у застосуванні заходів захисту відпала. У такому разі кримінальна відповідальність за заподіяння шкоди настає на загальних підставах.

Вироком апеляційного суду Донецької області за п. 1 ч. 2 ст. 115 і ч. 1 ст. 263 КК засуджено І. У касаційній скарзі засуджений зазначив, зокрема, що стріля-

* Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 2. – С. 16–17.

** Милюков С.Ф. Российское уголовное законодательство. Опыт критического анализа. – СПб.: СПБВСЭН, Знание, 2000. – С. 106.

ючи з вогнепальної зброї у потерпілих, він захищався від неправомірних дій з їх боку. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС, спростовуючи цей аргумент і залишаючи постановлений вирок без змін, у своїй ухвалі вказала, що І. після того, як потерпілі, вимагаючи у нього гроші – 200 грн., погрожували йому пневматичним пістолетом, залишив їх: одного у гаражі, іншого – в під'їзді будинку, де він проживав, тобто вже після припинення ними щодо І. неправомірних дій. Зайшовши до свого помешкання, взявши там переобланий раніше пістолет, споряджений чотирма набоями, і повернувшись до гаража з одним із потерпілих, І. відразу зробив у них постріли. Смерть потерпілих настала на місці від вогнепальних поранень голови. Отже, не може йтися про те, що І. перебував у стані необхідної оборони, оскільки він вчинив умисне вбивство двох осіб з помсти після конфлікту з ними*.

Поняттям наявного посягання охоплюється також безпосередньо очікуване посягання, що може негайно розпочатись. Це впливає зі ст. 36 КК, в якій говориться не лише про припинення, а і про негайне відвернення посягання. Наприклад, якщо особа погрожує застосувати зброю, що знаходиться в її руках, немає сенсу ще чогось очікувати: демонстрація зброї надає право на необхідну оборону.

У багатьох державах законодавець прямо допускає необхідну оборону проти майбутнього посягання, якщо воно видається неминучим (Австрія, Данія, Ісландія, Латвія, Литва, Угорщина, Хорватія тощо).

Отже, превентивна оборона – не завжди передчасна оборона. З цього приводу в абз. 2 п. 2 постанови ПВС роз'яснюється, що стан необхідної оборони виникає не лише в момент вчинення суспільно небезпечного посягання, а й у разі створення реальної загрози заподіяння шкоди. При з'ясуванні наявності такої загрози необхідно враховувати поведінку нападника, зокрема спрямованість умислу, інтенсивність і характер його дій, що дають особі, яка захищається, підстави сприймати загрозу як реальну.

Не виключені випадки, коли посягання фактично завершено, але той, хто захищається, перебуваючи під враженням від вчиненого щодо нього посягання, сумлінно помиляється і не усвідомлює цю обставину. Така «запізніла» оборона за своїми кримінально-правовими наслідками прирівнюється до уявної оборони. Якщо для особи, яка обороняється, очевидним є те, що необхідність у застосуванні заходів захисту відпала, то заподіяння шкоди тому, хто раніше вчиняв посягання, залежно від конкретних обставин може оцінюватись як умисне к.пр., вчинене з помсти або у стані фізіологічного афекту, або як правомірне затримання особи, яка вчинила к.пр.

Реальність (дійсність) посягання зумовлює те, що суспільно небезпечне посягання повинне існувати в об'єктивній реальності, а не в уяві того, хто захищається. При цьому можливі випадки, коли особа,

* Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 12. – С. 33–35.

застосовуючи заходи захисту, заподіює шкоду іншій особі за відсутності об'єктивно існуючої небезпеки. Помилка щодо наявності суспільно небезпечного посягання є ознакою, що відмежовує **уявну оборону** від необхідної. Можна сказати і так: за ознакою реальності посягання оборона поділяється на необхідну та уявну. Поняття, ознаки та юридичні наслідки уявної оборони закріплені у ст. 37 КК.

Згідно з ч. 1 ст. 37 уявною обороною визнаються дії, пов'язані із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, а особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, помилково допускала наявність такого посягання.

Прикладом ситуації, коли особа перебуває в стані уявної оборони, може бути заподіяння тяжкого тілесного ушкодження чи навіть смерті нападникові у масці, який, як це з'ясувалось згодом, є другом особи, яка захищалась, і хотів лише «розіграти» свого товариша у день народження. Про уявну оборону слід вести мову і тоді, коли особа, сприйнявши запальничку у вигляді пістолету в руках іншої особи як справжню вогнепальну зброю, застосовує фізичне насильство стосовно володільця такої неоднозначної іграшки.

Інший приклад. Вийшовши на балкон своєї квартири на п'ятому поверсі, чоловік побачив, як двоє юнаків відкочують належний йому мотоцикл. Чоловік гукнув до них, а потім кинув в них шматок арматури, що лежав на балконі, поцілвши в голову одного з юнаків і заподіявши йому тяжкі тілесні ушкодження. Виявилось, що юнаки збирались занести у будинок шафу, але їм перешкоджав зробити це мотоцикл, що стояв близько до вхідних дверей, і вони вирішили відкотити його з дороги.*

Із цих прикладів випливає, що точніше вести мову не про уявну оборону, як вважає, зокрема, український законодавець, а про оборону від уявного посягання. Така оборона є результатом фактичної помилки особи, яка захищається, стосовно наявності суспільно небезпечного посягання. Кримінально-правова оцінка заподіяння шкоди у стані уявної оборони залежить від психічного ставлення особи до своїх дій, від того, як ця особа оцінює поведінку інших осіб та оточуючу обстановку. У кожній ситуації необхідно визначати, чи була допущена фактична помилка вибачальною.

Вироком Ямпільського районного суду Вінницької області Ф. було засуджено за ст. 103 КК 1960 р. за заподіяння середньої тяжкості тілесного ушкодження в стані сильного душевного хвилювання. Повертаючись пізно ввечері додому, Ф. почув біля свого будинку крики дружини і малолітніх дітей, які кликали на допомогу. Підбігши, він побачив двох незнайомих чоловіків, які виходили з двору. Не знаючи, що трапилось з дружиною і дітьми, Ф. сильно розхвилювався і кілька разів ударив ногами і руками в різні частини тіла одного з незнайомих – Г., заподіявши останньому тілесні ушкодження середньої тяжкості. Дружина засудженого засвідчила, що в пізній час в двері

* Кримінальне право України: Загальна частина: Підручн. / За ред. П.С. Матишевського, П.П. Андрушка, С.Д. Шапченка. – К.: Юрінком Інтер, 1997. – С. 205.

будинку ломилися двоє незнайомих чоловіків. Вона злякалася, почала кликати на допомогу, потім побачила у дворі бійку, а згодом до будинку зайшов схвильований чоловік. Суд установив, що Г. після вживання спиртних напоїв разом з незнайомим йому чоловіком прийшов до будинку Ф. з метою знайти жінку, щоб у неї заночувати. Постановою президії Вінницького обласного суду вирок було скасовано із закриттям справи. Ф. мав підставу сприйняти крики дружини і дітей про допомогу як реальну небезпеку для них, про характер і ступінь якої не міг знати. Ф. був переконаний, що незнайомці вчинили злочин проти його сім'ї. У такій ситуації застосування насильства щодо одного них визнане правомірним.*

Стаття 37 КК передбачає три варіанти кримінально-правової оцінки заподіяння шкоди у стані уявної оборони:

1) якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення, оскільки обстановка, що склалася, давала особі достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання, – кримінальна відповідальність виключається;

2) якщо за тих самих обставин особа перевищила межі захисту, що дозволяється в умовах відповідного реального посягання, – вона підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони;

3) якщо в обстановці, що склалася, особа не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання, – вона підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність.

Подібним чином вирішується проблема кримінально-правової оцінки заподіяння шкоди при уявній обороні, зокрема, в Італії. Згідно з ч. ст. 59 КК цієї держави, якщо особа помилково вважала, що існують обставини, які викликають покарання, ці обставини завжди оцінюються на її користь. Однак якщо йдеться про помилку, викликану необережністю особи, караність не виключається за умови, що вчинене цією особою діяння передбачене законом як необережний злочин.

Якщо особа усвідомлює, що суспільно небезпечного посягання немає і бути не повинно, однак вчиняє так звані захисні дії «про всяк випадок», про уявну оборону не йдеться, а кримінальна відповідальність має наставати на загальних підставах.

Переходячи до розгляду другої групи умов правомірності необхідної оборони, тобто умов, що стосуються **захисту від суспільно небезпечного посягання**, слід зазначити, що КК не обмежує коло тих *правоохоронюваних інтересів*, які може захищати особа, яка перебуває у стані необхідної оборони. До цих інтересів передусім треба відносити життя, здоров'я, особисту і статеву свободу, честь і гідність, майно, інші права і свободи людини. Необхідна оборона має місце тоді, коли особа захищає як себе і своїх близьких, так і сторонніх їй осіб.

* Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1993. – № 4. – С. 8–10.

З точки зору застосування ч. 1 ст. 36 КК до суспільних інтересів належать громадські безпека і порядок, порядок збереження майна, належного територіальній громаді, тощо, а до інтересів держави – зокрема, охорона державної чи військової таємниці України, забезпечення зовнішньої та внутрішньої безпеки, територіальної цілісності та недоторканності, збереження конституційного ладу.

Але не всі із названих об'єктів можуть бути захищені шляхом реалізації права на необхідну оборону. Так, малоімовірним видається можливість виникнення стану необхідної оборони під час вчинення окремих к.пр. проти правосуддя, безпеки виробництва, у сфері господарської діяльності.

Заподіяння шкоди *виключно тому*, хто посягає, прямо впливає зі змісту ч. 1 ст. 36 КК. Шкода, що завдається, може бути різною за своїм характером і змістом і полягати, зокрема, у позбавленні життя, нанесенні тілесного ушкодження будь-якої тяжкості, позбавленні волі, знищенні чи пошкодженні чужого майна. При цьому заподіяна шкода може дорівнювати або навіть бути більшою порівняно з відверненою шкодою, тобто шкодою, яка могла бути заподіяна особі, яка перебуває у стані необхідної оборони, або іншим особам. Наприклад, правомірним може бути визнання заподіяння смерті особі, яка намагалась вчинити з'валтування. Головне – щоб не були перевищені межі необхідної оборони. Звичайно, неприпустимо зіставляти цінність людського життя і майна будь-якої вартості.

До речі, у кримінально-правовій доктрині США в обґрунтування неприпустимості застосування смертоносної сили для захисту майна у порядку здійснення необхідної оборони окремі американські правники стверджують, що збереження життя людини є для суспільства важливішим, ніж захист майна. Водночас в американській судовій практиці мав місце випадок, коли суд виправдав чоловіка, який застрелив проститутку після того, як вона відмовила йому у сексуальних послугах і не повернула сплачені ним \$150, адже за законом кожен має право обстоювати своє майно із застосуванням зброї в темну пору доби, або якщо злодій намагається втекти**. Стаття 122-5 КК Франції забороняє вчиняти умисне вбивство для того, щоб покласти край вчиненню злочину або проступку проти власності. Але з урахуванням положень, закріплених у ст. 36 КК України, може бути визнане правомірним заподіяння смерті тому, хто вчиняє насильницьке посягання на власність.*

Захист, який полягав лише у відхиленні від удару, його парируванні, не визнається необхідною обороною.

Якщо при необхідній обороні випадково заподіяно шкоду непричетній до посягання особі, кримінальна відповідальність може настати залежно від наслідків за заподіяння шкоди через необережність.

* Козочкин И.Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2007. – С. 169–170.

** Суд Техаса оправдал убийство проститутки за отказ от секса // <http://russian.rt.com/article/10358>

Необхідна оборона виключає кримінальну протиправність вчиненого діяння, якщо вона є *співрозмірною*, тобто не перевищує законодавчо визначених меж. Вирішуючи питання, чи мала місце надмірна оборона, слід враховувати положення ч. 3 ст. 36 КК: *перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обставовці захисту.*

Перевищення меж необхідної оборони тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, прямо названих у законі (це ст. 118 і ст. 124 КК, які визнають к.пр., відповідно, умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони та умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони). Отже, не є к.пр. перевищення меж необхідної оборони, що супроводжується: а) вбивством через необережність; б) необережним заподіянням тяжкого тілесного ушкодження; в) заподіянням умисного легкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження.

У судовій практиці визнається, що при встановленні наявності перевищення меж необхідної оборони слід враховувати не лише відповідність чи невідповідність знярядь захисту і нападу, а і характер небезпеки, що загрожувала особі, яка захищалася, та обставини, що могли вплинути на реальне співвідношення сил, зокрема: місце і час нападу, його раптовість, неготовність до його відбиття, кількість нападників і тих, хто захищався, їхні фізичні дані (вік, стать, стан здоров'я), інші обставини (п. 5 постанови ПВС).

Висновок суду про надмірність оборони, якщо остання мала місце, повинен належним чином аргументуватись у вироку суду. Варто звернути увагу на те, що законодавець акцентує увагу на явну (оціночне поняття) невідповідність тяжкої шкоди небезпечності посягання або обставовці захисту, а це означає, що від того, хто перебуває у стані необхідної оборони, навряд чи варто очікувати, так би мовити, холоднокровної, виваженої оцінки обстановки, що склалася, обрання адекватних засобів захисту.

Вироком Києво-Святошинського районного суду З. визнано винним у заподіянні умисного тяжкого тілесного ушкодження, яке спричинило смерть, і засуджено за ч. 2 ст. 121 КК. Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВС дії З. перекваліфіковано на ст. 124 КК, оскільки засуджений заподіяв нападнику тілесні ушкодження, перебуваючи у стані необхідної оборони і перевищивши її межі. Як встановлено судом, Г., перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, прийшов до З. на дачу і почав вимагати у того гроші, після чого вдарив його ножем у живіт, поранивши печінку і жовчний міхур. Такі тілесні ушкодження віднесено до тяжких за ознакою небезпечності у момент заподіяння. Коли Г., навалившись на З., знову замахнувся ножем, З., захищаючись, вихопив ножа і завдав нападнику кілька ударів у спину і груди, спричинивши проникаючі поранення із пошкодження серця та лівої легені, внаслідок чого Г. помер.*

* Рішення Верховного Суду України. – 2004. – Вип. 1. – С. 91–92.

Звертає на себе увагу та обставина, що в увалі колегії суддів ВС висновок про те, що З. перевищив межі необхідної оборони, жодним чином не аргументований. Чому (з урахуванням викладених вище обставин) дії З. не слід вважати правомірною необхідною обороною, а не її перевищенням? Не зрозуміло також, чому суди фактично проігнорували у цьому разі положення, відображене у ч. 5 ст. 36 КК.

У частинах 4 і 5 ст. 36 КК описані ситуації, в яких, на думку законодавця, незважаючи на тяжкість заподіяних наслідків, перевищення меж необхідної оборони як таке відсутнє.

Так, у багатьох випадках особа, яка захищається, перебуває в стані сильного душевного хвилювання, викликаного раптовістю і агресивністю протиправного посягання. Як наслідок, можливість адекватної оцінки характеру заподіюваної нападникові шкоди у такої особи значною мірою знижується. Саме тому ч. 4 ст. 36 КК передбачає, що особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане суспільно небезпечним посяганням, вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обставинці захисту.

Вироком Артемівського районного суду Донецької області за ст. 116 КК засуджено Б., який у стані сильного душевного хвилювання позбавив життя І., а саме умисно завдав останньому 11 ударів ножем у життєво важливі органи, внаслідок чого настала його смерть. Переглядаючи справу у касаційному порядку, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС зробила висновок про відсутність у діях Б. складу злочину – умисного вбивства при перевищенні меж необхідної оборони. Із матеріалів справи випливає, що І. застосував до Б., а також З., з якою Б. перебував у фактичних шлюбних відносинах, протиправне насильство, – вбив уночі входні двері в будинку, де Б. і З. проживали з малолітніми дітьми, згвалтував З. і на очах у Б. завдавав їй ударів, ображав Б. нецензурною лайкою і намагався ударити його ножем у груди тощо. Захищаючись від такого насильства і перебуваючи у стані сильного душевного хвилювання, викликаного суспільно небезпечним посяганням з боку І., Б. за своїм суб'єктивним сприйняттям не міг правильно оцінити відповідність заподіяної ним шкоди небезпечності посягання. Із висновку комплексної психологічно-психіатричної експертизи вбачається, що у момент вчинення інкримінованого Б. діяння він перебував у стані фізіологічного афекту. Такий стан згідно з ч. 4 ст. 36 КК виключає кримінальну відповідальність за заподіяння будь-якої шкоди особі, яка вчинила посягання, включаючи позбавлення її життя. Таким чином, оскільки Б. діяв в інтересах захисту охоронюваних законом особистих прав та інтересів – як своїх власних, так і близьких йому осіб, його дії були правомірними і не можуть тягнути кримінальну відповідальність.*

Частина 5 ст. 36 КК встановлює, що не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту

* Вісник Верховного Суду України. – 2005. – № 1. – С. 22–23.

від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення в житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає. Як бачимо, наведена норма виступає юридичною підставою для правомірного нанесення нападникові будь-якої шкоди, у т.ч. максимальної – позбавлення життя.

Вада ч. 5 ст. 36 КК вбачається у тому, що вона не передбачає правомірність застосування зброї, інших засобів для захисту від нападу однієї неозброєної особи при тому, що за певних обставин і такий напад може створити небезпеку для життя іншої людини. Йдеться, зокрема, про раптовий напад, напад особи, яка фізично явно сильніша за іншу або яка володіє навичками бойових мистецтв, напад із використанням небезпечних тварин, небезпечних речовин, транспортних засобів або особливостей місцевості (наприклад, спроба скинути особу з висоти). Хоч фахівці бойових мистецтв вважають зброєю людське тіло, прийоми рукопашного бою і бойових собак, ці обставини з точки зору кримінального закону не означають того, що напад є груповим або озброєним*.

Приписи, подібні ч. 5 ст. 36 КК України, можна відшукати, зокрема, у ст. 122-6 КК Франції, яка встановлює два спеціальні види правомірного захисту залежно від характеру суспільно небезпечного посягання. До захисту належать дії, вчинені з метою: а) відбиття проникнення вночі у житло, здійснюваного шляхом злому, насильства чи обману; б) захисту себе від осіб, які вчиняють крадіжку чи насильницький грабж. У цьому разі законодавець веде мову про презумпцію правомірного захисту, який повинен визнаватись таким навіть за непропорційності опору.

Презумпції стану необхідної оборони у випадках незаконного проникнення сторонньої особи у житло або сховище майна відомі кримінальному законодавству й інших держав, зокрема Бельгії, Колумбії, Литви, Молдови, Фінляндії, Чилі.

2.7.2.2. Нездатність держави за умов загострення криміногенної ситуації в країні забезпечити проголошені Конституцією України непорушність права приватної власності і недоторканність житла та іншого володіння спонукає громадян подбати про захист своїх правоохоронюваних інтересів власними силами. При цьому в житті трапляються непоодинокі випадки використання різноманітних захисних засобів, які автоматично спрацьовують на ураження того, хто вчиняє відповідне посягання.

Маються на увазі підключення електроструму до дротяної загорожі, встановлення біля входу на дачу капкану або вибухового пристрою, влаштування механічної пастки з метою недопущення незаконного заво-

* Шаповалов Б. Правову регламентацію застосування зброї при здійсненні необхідної оборони доцільно переглянути // Право України. – 1999. – № 12. – С. 98–101.

лодіння автомобілем, залишення отруєних напоїв і продуктів харчування у приміщеннях, доступ до яких без згоди власника не дозволяється, тощо.

Чинний КК прямо не регламентує питання правомірності заподіяння шкоди в результаті використання захисних засобів, які спрацювують автоматично на ураження того, хто вчиняє посягання (живі істоти, пристрої, отруйні продукти харчування, призначені для захисту охоронюваних законом суспільних відносин, за відсутності особи, яка здійснює захист, шляхом заподіяння шкоди тому, хто вчиняє посягання*).

При визначенні правомірності заподіяння шкоди внаслідок спрацювання автономних захисних засобів не може стати у нагоді згадана вище ч. 5 ст. 36 КК. Законодавча вказівка на *насильницьке* вторгнення означає, що особа, проти дій якої здійснюється врегульований ч. 5 ст. 36 КК захист, проникає у житло чи інше приміщення (сарай, гараж, іншу будівлю господарського, побутового чи виробничого призначення) із застосуванням фізичного насильства або з погрозою його застосування. Але сама суть автономного захисного засобу, який діє без участі людини, виключає як таку можливість застосування фізичного або психічного насильства щодо особи, яка здійснює у такий спосіб акт необхідної оборони, не перебуваючи у цьому разі на місці суспільно небезпечного посягання.

Заподіяння шкоди з використанням захисних засобів, що вражають автономно, має визнаватись необхідною обороною за умови, що:

- ці засоби використовуються для захисту як суспільних і державних інтересів, так і законних прав та інтересів окремих осіб;
- вони установлені у місцях, недоступних для сторонніх осіб;
- особа, яка приводить у готовність захисний засіб, повинна вжити всіх можливих заходів для недопущення шкоди тим, хто не здійснює суспільно небезпечне посягання, та запобігти перевищенню меж заподіяння шкоди особі, яка вчинює суспільно небезпечне посягання;
- про наявність захисних засобів у порівняно доступних для сторонніх місцях (двори, коридори тощо) слід попереджати за допомогою написів, піктограм чи в інший спосіб;
- захисні засоби, що заподіюють тяжку шкоду, які використовуються для захисту особливо важливих інтересів, можуть установлюватися за умови, що попередньо приводяться в дію засоби захисту, призначені для заподіяння меншої шкоди;
- захисні засоби заподіюють шкоду лише особі, що здійснює суспільно небезпечне посягання;
- дія захисних засобів не поширюється за межі охоронюваного об'єкта**.

* Лашук Н.Р. Кримінально-правова оцінка використання захисних засобів, що вражають автономно: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – С. 7.

** Лашук Н.Р. Кримінально-правова оцінка використання захисних засобів, що вражають автономно: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – С. 13.

Імпонує позиція дослідників, які висловлюються за пряме законодавче закріплення права осіб використовувати захисні засоби, які вражають автоматично*, оскільки про межі правомірної поведінки, що із зовнішнього боку нагадує к.пр., громадяни повинні дізнаватися безпосередньо із тексту КК, а не з різних літературних джерел, в яких дається його суперечливе тлумачення**.

2.7.2.3. Згідно з КК не є к.пр. заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам у стані **крайньої необхідності**.

Наведене у ч. 1 ст. 39 КК законодавче визначення дозволяє виділити три основні ознаки крайньої необхідності як субінституту обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння: 1) для правоохоронюваних інтересів виникла небезпека; 2) вона не може бути усунена у спосіб, відмінний від заподіяння шкоди іншим правоохоронюваним інтересам (тобто в особи не було можливості врятуватись втечею, шляхом звернення до інших осіб, включаючи органи влади, тощо); 3) заподіяна шкода не повинна перевищувати відвернену шкоду.

Перебуваючи у стані крайньої необхідності, особа повинна обрати один із варіантів своєї подальшої поведінки: або допустити реалізацію небезпеки, що загрожує, або навпаки, усунути таку небезпеку, спричинивши шкоду іншим охоронюваним законом інтересам. Обираючи другий варіант поведінки, особа вчиняє діяння, що із зовнішнього боку нагадує ознаки того чи іншого складу к.пр. (тілесне ушкодження, знищення або пошкодження майна, самоправство, незаконне заволодіння транспортним засобом тощо). Однак кримінальна караність такого діяння виключається, якщо воно вчинюється із додержанням умов правомірності крайньої необхідності, визначених КК.

Норми кримінального закону, присвячені крайній необхідності, є підстави визнавати конкретизацією конституційних положень про право кожного захищати свої права і свободи від протиправних посягань будь-якими не забороненими законом засобами (ст. 27 і ст. 55 Конституції України).

Вдалу класифікацію джерел виникнення небезпеки для правоохоронюваних інтересів, що призводять до виникнення стану крайньої необхідності, пропонує П.П. Андрушко. Ними є: природні явища, у т.ч.

* У літературі доводиться необхідність доповнення ст. 36 КК України ч. 3-1 такого змісту: «Заподіяння шкоди з використанням захисних засобів, що вражають автономно, становить необхідну оборону, якщо дотримані умови, передбачені частинами 1–3 цієї статті». Також пропонується прийняти Закон «Про використання захисних засобів, що вражають автономно», в якому були б визначені терміни і наведені правила кримінально-правової оцінки використання таких засобів (Лашук Н.Р. Кримінально-правова оцінка використання захисних засобів, що вражають автономно: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – С. 10–11, 14).

** Докладніше див.: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Передне слово В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 72–80; Есаков Г. Использование предохранительных устройств при защите имущества и необходимая оборона // Уголовное право. – 2013. – № 1. – С. 17–23; Кононов В.П. Використання автономних засобів для забезпечення права на необхідну оборону в контексті міжнародного права // Вісник Верховного Суду України. – 2013. – № 10. – С. 42–46.

повінь, землетрус, виверження вулкану, буря, заметіль, сильний снігопад, похолодання, інше стихійне лихо; дії (бездіяльність) людей; технічні фактори, зокрема, вихід із ладу технічних пристроїв, порушення режиму роботи технічних, автоматизованих та інших систем, аварії; фізіологічний (біологічний) стан інших людей, коли, наприклад, йдеться про необхідність надання термінової медичної допомоги особі, яка знаходиться у небезпечному для життя стані внаслідок аварії, різкого загострення хвороби; поведінка тварин (напад розлюченого бугая, собаки, диких тварин, втеча диких тварин із зоосаду чи цирку, сказ тварин, інша хвороба тварин чи рослин). Джерелом безпеки, яка створює стан крайньої необхідності, може бути і колізія обов'язків, коли особа не може одночасно виконати два покладених на неї завдання*.

Цей перелік не претендує на вичерпність, однак він переконливо демонструє, що джерела безпеки при крайній необхідності можуть бути різноманітними.

Традиційний для вітчизняного кримінального права підхід розглядає випадки заподіяння шкоди у дорожньо-транспортних подіях, пов'язаних із намаганням учасника дорожнього руху уникнути неминучого зіткнення, у межах проблематики крайньої необхідності.

Типовим прикладом дій, вчинених у стані крайньої необхідності, може вважатись ситуація з водієм автобуса, який з метою відвернути наїзд на пішохода, який раптово з'явився проїжджій частині, виїжджає на зустрічну смугу, а водій автомобіля, який рухається по цій смузі, з метою уникнення зіткнення виїжджає на перехід, де збиває пішохода. Водночас можна констатувати, що питання про доречність звернення до положень про крайню необхідність в аварійних ситуаціях, пов'язаних із дорожньо-транспортними пригодами, належить у літературі до числа дискусійних.

Так, на думку В.А. Мисливого, вказані ситуації потребують диференційованої оцінки. Дії водія не утворюють злочинного порушення ПДР, якщо заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам було вчинено у стані крайньої необхідності, тобто внаслідок безпеки, яка була створена іншими учасниками дорожнього руху, загрожувала життю, здоров'ю або майну інших осіб та яку не можна було усунути іншим чином. При цьому відвернення зазначеної безпеки має бути результатом усвідомленого вибору водія транспортного засобу. Якщо водій завдає шкоди в аварійній ситуації, не маючи технічної можливості запобігти наслідкам, його дії мають рефлекторний (підсвідомий) характер і не підлягають правовій оцінці з точки зору положень про крайню необхідність**.

* Кримінальне право України: Загальна частина: Підручн. для студентів юрид. вузів і фак. / За ред. П.С. Матишевського, П.П. Андрушка, С.Д. Шапченка. – К.: Юрінком Інтер, 1997. – С. 220.

** Мисливий В.А. Крайня необхідність як обставина, що виключає злочинність діяння у сфері безпеки дорожнього руху // Науковий вісник Дніпропетровського юридичного інституту МВС України. – 2000. – № 2. – С. 71–73.

За загальним правилом, шкода при крайній необхідності (на відміну від необхідної оборони) заподіюється третім особам, тобто непричетним до виникнення відповідної небезпеки.

Так, особа, втікаючи від юрби хуліганів, для свого порятунку камінням розбиває вітрини магазинів, сподіваючись на спрацювання охоронної сигналізації, появу охоронця або працівників міліції. Зрозуміло, що у цій ситуації шкода завдається власності особи, яка непричетна до виникнення небезпеки, що породила стан крайньої необхідності.

У випадку крайньої необхідності відбувається зіткнення (конфлікт) кількох правоохоронюваних інтересів, за якого збереження одного з них можливе лише шляхом заподіяння шкоди іншому. Тому КК 1960 р. цілком виправдано, на наш погляд, встановлював, що заподіяна при крайній необхідності шкода має бути меншою, ніж відвернена (потенційна) шкода. Чинний КК допускає рівність шкоди заподіяної та відверненої, і це є серйозною законодавчою новелою.

Зроблений висновок впливає із законодавчого визначення перевищення меж крайньої необхідності, в основу якого покладено лише один критерій – співвідношення заподіяної та відверненої шкоди. Згідно з ч. 2 ст. 39 КК перевищення меж крайньої необхідності – це умисне заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, якщо така шкода є більш значною, ніж шкода відвернена.

Звертає на себе увагу, що у кримінальному законодавстві деяких пострадянських держав (РФ, Азербайджан, Киргизія, Туркменістан) поняття перевищення меж крайньої необхідності характеризується такими додатковими (порівняно з КК України) умовами, як явна невідповідність заподіяної шкоди характеру небезпеки, що загрожувала, а також обставинам, за яких така небезпека відверталась.

Отже, на відміну від необхідної оборони, при крайній необхідності заподіяна шкода не може бути більшою, ніж шкода відвернена. При цьому до особи, яка реалізує право на крайню необхідність, безпідставно ставити вимогу обирати такий варіант поведінки, який означає заподіяння найменшої шкоди для усунення небезпеки.

Складність визначення співвідношення шкоди заподіяної та відверненої полягає не лише у тому, що необхідно порівнювати фактично заподіяну шкоду і шкоду, що існувала потенційно, а й у тому, що безпосередньо обидва види шкоди можуть загрожувати якісно різним об'єктам кримінально-правової охорони. Можлива ситуація, коли заподіяна особі фізична шкода порівнюється із заподіяною іншій особі майновою шкодою.

Однією з найбільш гострих проблем, що постає під час порівняння шкоди, заподіяної у стані крайньої необхідності, зі шкодою, що була відвернена, є проблема позбавлення життя іншої особи для врятування власного життя або життя іншої особи.

«Проблема вагонетки» або чи можна з гуманізму вбити людину? Таке оригінальне формулювання болісної дилеми було запропоновано в 1967 р. британським філософом Пилипою Фут як експеримент з етики. На залізниці ось-ось станеться аварія. Вагонетка, наповнена пасажирами, котиться у прірву. Є можливість її врятувати, але для цього треба своїми руками зіштовхнути на рейки вгодованого дорожнього робітника, який випадково виявився поруч. Людина загине, але десятки інших життів будуть урятовані.

За минулі роки з'явилося чимало модифікацій: вбити одного і врятувати трьох, вбити дитину і зберегти життя десятьом... Найпоширеніше місце застосування цієї дилеми, звичайно, воєнні дії. Залишаючи взвод прикривати відступ полку, командир відправляє на неминучу загибель тридцять людей, але дає шанс вижити тисячі. Така сама ситуація може трапитися і під час пожежі тощо.

Учасникам комп'ютерного експерименту, що проводився в Університеті Мічигану, пропонувалася реалістична тривимірна модель із вагонеткою, шляхами і необхідністю вбити одного, щоб урятувати п'ятьох. В цій комп'ютерній реальності 90% учасників перевели стрілку й убили людину заради пасажирів вагонетки. Але все ж це – не справжнє життя*.

За наявності ситуації, коли КК не пропонує варіантів вирішення поставленого питання, існують такі погляди науковців:

– відвернення небезпеки, що загрожує життю однієї особи, шляхом позбавлення життя іншої особи, не повинно визнаватись правомірним діянням, вчиненим у стані крайньої необхідності. Водночас не заперечується правомірність здійснюваного у процесі реалізації права на крайню необхідність позбавлення життя однієї особи для порятунку кількох людей (Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, П.Л. Фріс);

– правомірним має визнаватись позбавлення життя людини у стані крайньої необхідності для порятунку власного життя, якому загрозувала безпосередня небезпека, яку у конкретній обстановці не можна було усунути іншим способом; у такому разі заподіяна шкода (смерть людини) є рівнозначною із шкодою відверненою (небезпека, яка безпосередньо загрозувала життю людини) (Ю.В. Баулін), хоча це і не узгоджується з канонами моралі та етики (Н.В. Лісова);

– у разі постановки питання – загинути обом чи врятуватися одному – суспільна небезпека дій буде відсутня, оскільки загибель однієї особи неминуча (М.Й. Коржанський).

Очевидно, що цю «вічну» для кримінального права проблему може вирішити тільки пряме законодавче закріплення заборони позбавлення життя при крайній необхідності.

Розглядаючи особливості *суб'єктного складу діяння*, вчинюваного у стані крайньої необхідності, слід звернути увагу на те, що окремі нормативно-правові акти зобов'язують представників певних професій

* 10 главных игр, в которые математики играют с нашим умом и совестью // http://www.20khvylyn.com/life/education/story_5319.html

здійснювати дії з відвернення небезпеки, надання допомоги потерпілим, виконання інших завдань, спрямованих на уникнення настання тяжких чи особливо тяжких наслідків. Зокрема, ст. 10 Закону «Про міліцію» покладає на працівника міліції у разі наявності подій, які загрожують особистій чи громадській безпеці, обов'язок вжити заходів до запобігання і припинення правопорушень, рятування людей і затримання осіб, які вчинили правопорушення.

Кримінальне законодавство багатьох держав до умов правомірності крайньої необхідності відносить відсутність у заподіювача шкоди обов'язку ризикувати або виявляти самопожертву у певних ситуаціях. Наприклад, згідно зі ст. 21 КК Іспанії кримінальна відповідальність виключається лише у тому разі, коли професійним обов'язком особи, яка перебуває у стані необхідності, не є самопожертва на захист прав інших. У ст. 26 КК Польщі вказано, що положення про крайню необхідність не застосовується, коли виконавець жертвує благом, охорона якого є його обов'язком, навіть якщо при цьому він особисто піддається небезпеці. Відповідно до ст. 13 КК Болгарії стан крайньої необхідності відсутній, якщо ухилення від небезпеки визнається злочином.

2.7.2.4. **Згода особи** на заподіяння їй шкоди виключає кримінальну протиправність діяння, якщо ця згода стосується посягань на ті блага, які знаходяться у вільному розпорядженні особи, яка дала згоду. Вважаємо, що у цьому разі точніше вести мову про згоду особи на вчинення щодо неї діяння, передбаченого кримінальним законом, а не про згоду *потерпілого*, як про це традиційно зазначається в юридичній літературі. Адже якщо діяння, вчинене за наявності відповідної згоди, не є кримінально караним, використовувати кримінально-правовий термін «потерпілий від к.пр.» недоречно.

Згідно з чинним КК України згода (прохання) особи може виступати: 1) однією з умов правомірності вчиненого (зокрема, ст. 142); 2) конструктивною ознакою складу злочину (наприклад, ст. 155); 3) обставиною, що виключає злочинність діяння (ст.ст. 130, 152 та ін.)*.

Передусім про згоду особи, яка виключає кримінальну протиправність вчиненого, є підстави говорити при вчиненні посягань на власність. Так, згода власника речі на вилучення її у нього виключає інкримінування кримінально-правової норми про крадіжку, навіть якщо таке вилучення відбулося за відсутності власника речі. Тут має місце цивільний правочин, який кримінально-правового значення не має. Якщо власник майна дав згоду на знищення або пошкодження свого майна, дії осіб, які вчиняють знищення або пошкодження чужого для

* Хавронюк М., Зенова М. Згода (прохання) потерпілого як обставина, що виключає злочинність діяння // Підприємництво, господарство і право. – 2013. – № 2. – С. 19–20.

них майна, не вважаються злочином, караним за ст. 194 КК, і не тягнуть кримінальної відповідальності (за умови, що у вчиненому не вбачається ознак іншого к.пр. – проти громадської безпеки, правосуддя тощо). Взагалі слід зазначити, що згода особи на відчуження, пошкодження або знищення належного їй майна є формою вираження одного з повноважень власника – права розпоряджатись своїм майном.

Згода особи, яка виключає кримінальну протиправність діяння, може бути виражена у різних формах (усно, письмово тощо). Важливо однак, щоб ця згода була належною, тобто вона має бути дана дієздатною особою і водночас не повинна бути результатом введення цієї особи в оману або застосування до неї фізичного або психічного насильства. Якщо згода особи на передачу її майна стала результатом застосування до неї фізичного насильства або погрози його застосування, той, хто домігся такої «згоди», має нести кримінальну відповідальність залежно від конкретних обставин за вимагання, грабіж або розбій.

В Україні висловлені вище міркування є результатом тлумачення КК. Але існують юрисдикції, в яких питання про характеристику згоди, що виключає кримінальну протиправність діяння, вирішується на законодавчому рівні.

Так, за КК одного з американських штатів – Пенсильванії – правомірним є заподіяння тілесного ушкодження або погроза його заподіяння за наявності згоди потерпілого у випадку участі в законному атлетичному або спортивному змаганні, а також в інших випадках, передбачених законом. При цьому у законі досить чітко і детально визначені умови недійсності такої згоди – згоду надано особою: а) яка не має законних повноважень дозволяти поведінку, що переслідується як злочин; б) яка через малолітство, психічне захворювання або розумову неповноцінність або сп'яніння не здатна прийняти розумне рішення, що стосується характеру і нешкідливості поведінки, що переслідується як злочин; в) чия непередбачлива згода підпадає під заборону, яку встановлено в законі, що визначає злочин, або; г) силоміць, спонуканням або обманом. Аналогічні положення містяться у ст. 39 КК Сан-Марино.

Згідно з § 226а КК ФРН заподіяння потерпілому тілесних ушкоджень з його згоди не вважається протиправним, за винятком випадків, коли таке діяння порушує загальноприйняті моральні норми. В українській юридичній літературі висловлюються співзвучні міркування. Стверджується, наприклад, що якщо одна особа за згодою іншої заподіює шкоду її здоров'ю у публічному місці, і якщо таке заподіяння носить характер болісного, не можна стверджувати, що така згода виключає злочинність вчиненого, адже крім шкоди здоров'ю, завдається шкода ще й основам суспільної моралі. Якщо шкода здоров'ю заподіюється таким чином, що при цьому основи суспільної моралі не порушуються, є підстави стверджувати про незлочинність вчиненого.* Згідно з § 90 КК Австрії заподіяння тілесних ушкоджень або погроза тілес-

* Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / За заг. ред. Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова. – Харків: Кроссрууд, 2008. – С. 83.

ній недоторканності не визнаються протиправними, якщо потерпілий дає на це згоду, і пошкодження чи погроза не визнаються такими, що суперечать загальноприйнятим моральним нормам. Наявність застереження про відповідність вказаної поведінки моральним нормам означає, що фактично законодавець віддає вирішення питання про її кримінальну протиправність на розсуд правозастосувача.

У КК України відсутні чіткі підходи щодо кримінально-правової оцінки посягань на здоров'я особи з її згоди. Певною мірою ця законодавча невизначеність компенсується віднесенням умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження без обтяжуючих обставин, умисного легкого тілесного ушкодження, умисного завдання удару, побоїв або вчинення інших насильницьких дій без обтяжуючих обставин до к.пр., кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення – згідно із ст. 477 КПК. Можна сказати, що вітчизняна кримінально-правова доктрина, загалом не сприймаючи концепцію «людина – господар своїх частин», виходить з того, що у сфері таких особистих немайнових благ, як життя, здоров'я і статева недоторканість людини, згода особи – носія цих благ кримінальну протиправність вчиненого, як правило, не усуває. Як приклади дій, які утворюють склад відповідного к.пр., незалежно від згоди особи на вчинення таких дій щодо неї, наведемо зараження вірусом імунodefіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, зараження венеричною хворобою, незаконне проведення абортів.

Чи не найбільш гостро проблема кримінально-правового значення згоди особи на заподіяння їй шкоди стоїть стосовно такого явища, як **евтаназія**. Остання може бути визначена як умисні дії або бездіяльність медичного працівника, що здійснюються згідно з явно та недвозначно вираженим проханням інформованого хворого (його законного представника) з метою припинення фізичних та психічних страждань хворого, який знаходиться у загрозовому для життя стані, і в результаті яких настає його смерть. Проблема легалізації евтаназії, будучи тісно пов'язаною із сучасним станом моралі, релігії і медицини, належить до числа контраверсійних – «невирішуваних» у тому сенсі, що в суспільстві завжди будуть як прибічники, так і супротивники такої ідеї. Цілком очевидно і те, що кримінально-правова оцінка позбавлення життя безнадійно хворої людини із співчуття до неї є похідною від відповідних положень регулятивного законодавства.

Відповідно до ст. 52 Основ законодавства України про охорону здоров'я медичним працівникам забороняється здійснення евтаназії – навмисного прискорення смерті або умертвіння невиліковно хворого з метою припинення його страждань. Медичні працівники зобов'язані завжди надавати медичну допомогу в повному обсязі хворому, який знаходиться у критичному для життя стані. З урахуванням цього, а так само ст. 281 ЦК, яка забороняє задовольняти прохання фізичної особи

про припинення її життя, здійснення евтаназії як незаконна поведінка на сьогодні в Україні має кваліфікуватись залежно від обставин справи за частинами 1 або 2 ст. 115 КК як умисне вбивство.

Проблема евтаназії у світовій практиці, як відомо, не отримала однозначного вирішення. Зокрема, Бельгія, Голландія, Північна територія Австралії та окремі штати США вже законодавчо визначилися щодо цієї проблеми, закріпивши право на евтаназію. Пасивна евтаназія дозволена у понад 40 державах світу. У частині держав світу (Австрії, Азербайджані, Грузії, Данії, Німеччині, Норвегії, Швейцарії, Польщі, Японії, Литві тощо) евтаназія (переважно активна її форма) становить собою самостійний привілейований вид вбивства, за вчинення якого передбачено більш м'яке покарання порівняно з тим, яке призначається за просте або кваліфіковане вбивство. Наприклад, відповідно до ст. 150 КК Польщі той, хто вчинить вбивство людини на її прохання і під впливом співчуття до неї, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі на строк від 3 місяців до 5 років. У виняткових випадках суд може застосувати надзвичайне пом'якшення покарання і навіть відмовитись від його призначення.

Мають рацію ті вітчизняні дослідники, які висловлюються за закріплення у КК такої самостійної обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як заподіяння шкоди охоронюваним кримінальним законом правам та інтересам особи з її належної згоди. Останню пропонують визнавати належною, якщо вона дана дієздатною особою та відповідала вимогам, передбаченим законодавством України*.

2.7.3. Виконання юридичного обов'язку

2.7.3.1. Сучасне суспільство не може існувати без управління, без наявності владних відносин, а управління нерідко здійснюється за допомогою різноманітних настанов. Останні можуть мати різні найменування (наказ, розпорядження, вимога, вказівка тощо) залежно від того, якими особами та в якій формі вони видаються, кому адресовані та які питання вирішують. Надалі як родове поняття використовуватиметься поняття наказу.

Під **наказом** слід розуміти управлінський акт, який носить юридично владний характер, видається компетентною службовою особою, має обов'язкову силу для суб'єктів, яким він адресований, і зобов'язує їх вчинити певні дії або утриматись від їх вчинення. Згідно зі ст. 60 Конституції України ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази. За віддання явно злочинного розпорядження

* Баулін Ю.В. Причинение вреда с согласия «потерпевшего» как обстоятельство, исключающее преступность деяния. – Харьков: Кроссроду, 2007. – С. 88–89.

Див. з цього приводу також: Триньова Я.О. Кримінально-правова оцінка позбавлення життя із співчуття до неї: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 19 с.; Гришук В.К., Маковецька Н.Є. Умисні вбивства за кримінальним правом України та Республіка Польща: юридичний аналіз складів злочинів: Монографія. – Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2012. – С. 310–323.

чи наказу настає юридична відповідальність. Особа, яка сумлінно виконує законний, з її точки зору, наказ, захищена кримінальним законом при заподіянні шкоди правоохоронюваним інтересам, що сприяє зміцненню виконавської дисципліни. І Конституція, і КК відкидають теорію «сліпого підкорення», у межах якої підлеглий розглядається як знаряддя у руках свого керівника, позбавлене можливості діяти згідно зі своєю волею та усвідомлювати заборонене і дозволене.

В окремих міжнародно-правових документах закріплена доктрина «розумних багнетів». Суть її полягає у тому, що особи, які перебувають на службі у збройних підрозділах держави, не повинні сліпо підкорятись вказівкам своїх начальників (командирів) і зобов'язані відмовлятися виконувати явно незаконні накази*.

Так, згідно зі ст. 8 Статуту Міжнародного воєнного трибуналу у Нюрнберзі посилення на наказ начальства кримінальну відповідальність не виключає, але виконання наказу може розглядатись як обставина, що пом'якшує покарання, якщо суд визнає, що цього потребують інтереси правосуддя. Розробники згаданого Статуту виходили з того, що небезпека вчинених злочинів проти миру і людства, а також воєнних злочинів занадто висока, а їх злочинний характер був явно очевидний для виконавців наказів.

Згідно зі ст. 33 Римського статуту Міжнародного кримінального суду наказ вищестоящих осіб не звільняє від кримінальної відповідальності, якщо немає трьох виняткових обставин: 1) особа за законом зобов'язана виконувати розпорядження уряду чи вищестоящої особи; 2) особа не знала про протизаконність наказу; 3) наказ не був явно протизаконним. При цьому накази про вчинення злочинів геноциду або злочинів проти людства вважаються явно протизаконними.

У Кодексі поведінки посадових осіб із підтримання правопорядку (1979 р.) зазначено, що працівники правоохоронних органів не повинні сліпо підкорятись наказам своїх начальників і командирів і зобов'язані відмовлятися від виконання явно незаконних наказів. Цей Кодекс встановлює, що застосування сили та/або вогнепальної зброї не є виправданням, якщо особа – виконавець знала про явну незаконність наказу. При цьому відповідальність у будь-якому разі покладається також на вищестоящих посадових осіб, які віддали незаконні накази.

У 1993 р. Брюссельський військовий суд розглянув справу, у якій підсудний обвинувачувався у тому, що умисно поранив сомалійську дитину, перебуваючи в складі військ, які здійснювали гуманітарну операцію ООН у Сомалі в серпні 1993 р. Суд визнав, що правила ведення бойових дій, які були видані в ООН для військ у Сомалі, були наказом для підсудного. Ці правила були вида-

* Зимин В.П. Правомерное неисполнение приказа: доктрина «умных штыков» // Правоведение. – 1993. – № 2. – С. 35–36.

ні його начальником і в них допускалося використання смертоносної сили у відповідь на ворожі дії, яких не уникнути, за певних обставин (усне попередження, попереджувальні постріли або мінімальне використання сили). Суд установив, що підсудний діяв за наказом, вжиті ним заходи були єдино можливими для виконання його обов'язків, і що наказ був законним і відданим законним начальником, який діяв у межах своїх повноважень. Суд врахував посилання на наказ начальника і виправдав підсудного.*

Доктрина «розумних багнетів» знайшла закріплення і в чинному законодавстві. Так, відповідно до ст. 35 Закону «Про Службу безпеки України» співробітники СБ повинні відмовитись від виконання будь-яких наказів, розпоряджень чи вказівок, що суперечать чинному законодавству.

Стаття 41 КК, присвячена виконанню наказу або розпорядженню як обставині, що виключає кримінальну протиправність діяння, розміщена у Загальній частині чинного КК. Звідси випливає, що відповідні кримінально-правові приписи поширюють свою дію на всі галузі соціальної діяльності, включаючи державну службу, оборону і правоохоронну сферу. Виходячи з принципу рівності усіх перед законом, вітчизняний КК встановив однакові критерії правомірності виконання наказу як для військових і правоохоронців, так і для цивільних осіб.

Щодо відповідного зарубіжного досвіду, то він є неоднозначним. Існують держави, в яких, як і в Україні, приписи, присвячені виконанню наказу, становлять собою субінститут Загальної частини кримінального права і носять загальногалузевий характер. В інших державах розглядувані приписи застосовуються лише у межах військового кримінального права (Македонія, Польща, Фінляндія, ФРН тощо) або віднесені до Особливої частини і застосовуються тільки стосовно військових чи міжнародних злочинів (наприклад, Молдова, Естонія). Відповідно до ст. 51 КК Італії виконання наказу звільняє від кримінальної відповідальності лише у разі, якщо наказ віддано у сфері публічного права, тобто державною посадовою особою.

Згідно з ч. 1 ст. 41 КК України дія або бездіяльність особи, що заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, визнається правомірною, якщо вона була вчинена з метою виконання законного наказу або розпорядження. Згідно з ч. 2 ст. 41 КК наказ або розпорядження є законними, якщо вони віддані відповідною особою в належному порядку та в межах її повноважень і за змістом не суперечать чинному законодавству та не пов'язані з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина. Виконання законного наказу виключає кримінальну відповідальність як того, хто його віддав, так і виконавця наказу.

Наказ може бути незаконним як за формою, так і за змістом. У свою чергу незаконні накази поділяються на незлочинні або злочинні. Адже

* Матеріали регіональної конференції «Пресечение военных преступлений на национальном и международном уровнях / Общие принципы уголовного права». – М., 2000. – С. 50–51.

особа, яка віддає наказ, може порушувати певні формальні ознаки. Наприклад, замість наказу у письмовій формі видати усний наказ.

Якщо особа ігнорує явну злочинність наказу і виконує його, вона на підставі ч. 4 ст. 41 КК за діяння, вчинене на виконання такого наказу, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах. При цьому явність як суб'єктивна оцінка злочинності наказу його виконавцем є питанням факту, який вирішується судом у кожному конкретному випадку. З урахуванням обставин справи психічне ставлення особи до дій, вчинення яких від неї вимагається наказом, наслідків цих дій і до характеру вимог самого наказу може бути умисним, необережним або невинуватим.

У 1969 р. військовослужбовці Ф. і Н. за наказом офіцера О. розстріляли трьох ув'язнених за те, що ті вийшли за лінію охорони, щоб спилати кедр і зібрати з нього шишки. Військовослужбовці були засуджені за вчинення умисного вбивства. Їх касаційні скарги, в яких йшлося про те, що вони лише виконували наказ офіцера, ВС СРСР відхилив на тій підставі, що наказ офіцера був для його виконавців завідомо злочинним, суперечив правилам застосування зброї, не був зумовлений інтересами служби і приписував вчинити явно злочинні дії.*

*Вказівка чергового по парку М. днювальному К. випустити машину, яка належала військовій частині, з викраденим майном, за кермом якої перебувала стороння особа, носила незаконний характер. Однак слідчий зробив висновок про відсутність у діях К. складу злочину, оскільки той був перший раз у складі цього наряду, не знав усіх водіїв автопарку в обличчя, у дійсних намірах М. розібратись не міг і вважав отриманий наказ законним**.*

Очевидний характер спрямованості явно злочинного наказу на вчинення злочину іншою особою може вимагати від останньої наявності спеціальних знань. У звичайних умовах обачна і розсудлива особа, яка володіє такими знаннями і до якої звернені ці вимоги, може і повинна усвідомити злочинну спрямованість вимог до неї, без огляду на те, що будь-хто інший, хто не володіє такими знаннями, не здатний до цього***.

Письмове підтвердження керівником обов'язковості виконання його завідомо незаконного наказу, адресованого підлеглому, на кримінально-правову оцінку дій, пов'язаних з виконанням такого наказу, не впливає. З приводу другорядної (допоміжної) ролі подібного письмового підтвердження у кваліфікації аналізованих дій у літературі зазначається, що таке підтвердження є лише способом (прийомом) усунення сумнівів виконавця щодо правомірності того наказу, який не має

* Климов И., Белоконев В. Уголовная ответственность военнослужащих за исполнение приказа // Закон и бизнес. – 1997. – № 33.

** Вирішення судами питань, пов'язаних з кримінально-правовою оцінкою діянь особи, що віддала чи виконала злочинний наказ // Вісник Верховного Суду України. – 1999. – № 3. – С. 36.

*** Дячук С.І. Виконання наказу чи розпорядження у кримінальному праві (основні поняття, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства). – К.: Атіка, 2001. – С. 46.

явно незаконного, а тим більш явно злочинного характеру. «У випадку, коли вищестоящий керівник письмово підтвердить відданий наказ, службовець зобов'язаний його виконати, якщо таке виконання не тягне вчинення явно протиправної дії, оскільки явно протиправні накази, в т.ч. ті, що виходять за межі службових відносин, як і явно злочинні накази у будь-якому разі не підлягають виконанню»*.

Проблеми, пов'язані із визначенням законності наказу і суб'єктивним ставленням до цієї обставини з боку виконавця наказу, постають і в інших державах. Наприклад, згідно зі ст. 122-4 КК Франції особа не підлягає кримінальній відповідальності, зокрема, якщо вона вчинила певну дію на вимогу законної влади, за винятком випадків, коли ця дія була явно незаконна. Пануюча у французькій доктрині позиція: якщо незаконність наказу виражена чітко, і він пов'язаний із заподіянням шкоди тілесній недоторканності людини або позбавленням її життя, то виконання наказу не виключає злочинності вчинених дій, а виконавець наказу підлягає кримінальній відповідальності. Так, особа підлягає кримінальній відповідальності за вчинення злочинів проти людства, навіть якщо вона вчинила такі діяння на підставі припису або дозволу влади чи наказу законного органу влади. Якщо незаконність наказу визначити складно, а його невиконання тягне застосування до особи значних санкцій, виконавець не повинен визнаватись винним у вчиненні дій, які приписує вчинити законний орган влади.

Презумпцію явної злочинності наказу стосовно злочинів проти миру і людства, воєнних злочинів і геноциду встановив і законодавець Латвії, вказавши у ст. 34 КК на настання кримінальної відповідальності, навіть якщо вчинення згаданих злочинів є результатом виконання наказу чи розпорядження.

Як слушно зазначає В.О. Навроцький, віддання злочинного наказу кваліфікується з урахуванням того, чи був виконаний цей наказ і чи усвідомлював виконавець злочинність отриманого наказу: 1) якщо злочинний наказ було виконано, а виконавець усвідомлював його злочинність, особа, яка віддала наказ, повинна відповідати як підбурювач до злочину, а той, хто виконав наказ, є виконавцем злочину; 2) якщо особа не усвідомлювала злочинний характер наказу і вчинила відповідні дії на його виконання, виконавцем злочину виступає той, хто віддав наказ. Фактичний же виконавець діє за відсутності вини і кримінальній відповідальності не підлягає; 3) віддання злочинного наказу, який виконавець відмовився виконати, оскільки усвідомив його протиправність, означає невдале підбурювання до злочину; 4) віддання злочинного наказу, який виконаний частково, слід кваліфікувати як невдале підбурювання з боку того, хто віддав наказ. Особа, яка вчинила частину дій, обумовлених наказом, відповідає як виконавець вчиненого злочину**.

* Дячук С.І. Виконання наказу чи розпорядження у кримінальному праві (основні поняття, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства). – К.: Атіка, 2001. – С. 59–60.

** Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібн. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 542–543.

Дії керівника, який шляхом віддання наказу схилив підлеглого до вчинення к.пр., за наявності підстав потребують самостійної кримінально-правової оцінки – як відповідного к.пр. у сфері службової діяльності.

Римські юристи стверджували: «*ejus nulla culpa est qui parere necesse sit*» («немає вини на тому, хто вимушений підкорятися»). У сучасній кримінально-правовій доктрині і судовій практиці загальноновизнаним є інший підхід: у сфері цивільного життя психічний примус, у т.ч. у формі наказу керівника, за загальним правилом, не позбавляє підлеглого можливості керувати своїми діями і не створює для нього стан крайньої необхідності. Вважається, що у підлеглого працівника є інші, не пов'язані з виконанням наказу і вчиненням к.пр., варіанти поведінки – звернення до правоохоронних органів, вищестоящого керівництва, власника суб'єкта господарювання, звільнення з роботи за власним бажанням тощо. У деяких випадках дії підлеглої особи з виконання явно злочинного наказу можуть відбуватися під тиском з боку начальника, який, погрожуючи звільненням цієї особи з роботи, примушує виконати явно злочинний наказ. Ця обставина впливає на суспільну небезпеку діяння як начальника, так і підлеглого, і має враховуватись при призначенні покарання (скажімо, п. 6 ч. 1 ст. 66 КК).

Виключається кримінальна відповідальність підлеглої особи у випадку, коли вона усвідомлює, що винесений наказ явно злочинний, та не бажає його виконувати (ч. 3 ст. 41 КК). Наприклад, з метою розкриття злочину начальник відділу наказує своєму підлеглому співробітнику міліції застосувати до затриманого катування. Але підлеглий співробітник міліції відмовляється виконувати цей наказ.

Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати злочинного характеру наказу, кримінальна відповідальність цієї особи за діяння, вчинене з метою його виконання, виключається (ч. 5 ст. 41 КК). Кримінальній відповідальності у цьому разі підлягає тільки особа, яка віддала злочинний наказ та яка визнається опосередкованим виконавцем к.пр.

2.7.4. Здійснення професійних чи службових повноважень

2.7.4.1. Відповідно до ч. 1 ст. 43 КК не є к.пр. вимушене заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі або злочинній організації з метою запобігання чи розкриття їх злочинної діяльності.

Аналогом розглядуваної обставини, зокрема, може вважатись передбачена Пенітенціарним кодексом Естонії імітація злочину. Згідно зі ст. 13.2 цього Кодексу не є злочином дія, яка, хоч і підпадає під ознаки діяння, перед-

баченого Кодексом, але спрямована на виявлення злочину або особи злочинця і вчинена особою, уповноваженою компетентним державним органом імітувати злочин.

Закріплені у КК норми, присвячені виконанню спеціального завдання, покликані захищати права осіб, які здійснюють відповідну оперативно-розшукову діяльність, і водночас спрямовані на недопущення зловживань з боку працівників правоохоронних органів та інших осіб, які виконують спеціальні завдання.

Виконання спеціального завдання з запобігання чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації так званими легендованими співробітниками правоохоронних органів зазвичай пов'язане з вступом до цих організацій, інколи з керівництвом ними. Такі дії із зовнішнього боку нагадують злочини, які полягають у створенні злочинних організацій чи організованих груп, керівництві ними, участі у них (зокрема, ст.ст. 255, 257, 260 КК).

Суб'єктом діянь, передбачених ст. 43 КК, є особа, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання. Згідно із Законом «Про оперативно-розшукову діяльність» така діяльність може здійснюватися оперативними підрозділами МВС, СБ та ін. За наявності підстав ці підрозділи мають право здійснювати проникнення в злочинну групу негласного працівника оперативного підрозділу або особи, яка співробітничала з останнім, зі збереженням в таємниці достовірних даних про їх особу. У цьому Законі йдеться про проникнення саме в злочинну групу без уточнення, яка це група. Злочинною групою можна вважати і групу осіб без попередньої змови, і групу осіб за попередньою змовою, і організовану групу, і злочинну організацію. У цьому вбачається неузгодженість із КК, у ст. 43 якого вказано тільки на організовану групу та злочинну організацію.

Обов'язковою ознакою діяння, згаданого у ст. 43 КК, є обстановка: особа вимушена заподіяти шкоду правоохоронюваним інтересам у складі організованої групи або злочинної організації. Вимушеність у цьому разі означає, що особа одержала вказівку від керівника групи або організації на вчинення суспільно небезпечного діяння і не могла діяти інакше, бо це призвело б до її викриття і виникнення загрози для життя цієї особи.

КК вимагає диференційовано підходити до оцінки діянь, вчинених відповідними особами у складі організованої групи чи злочинної організації. За загальним правилом, заподіяння шкоди у складі злочинних угруповань злочином не визнається. В той же час вчинення посягань, вказаних в ч. 2 ст. 43 КК, визнається злочином. Перевищення меж (ексцес) виконання спеціального завдання виражається у вчиненні відповідного умисного злочину – особливо тяжкого злочину, поєданого з насильством над потерпілим (наприклад, ст. 112, ст. 113, ст. 115, ч. 3

і ч. 4 ст. 152, ч. 3 і ч. 4 ст. 187), або тяжкого злочину, пов'язаного із спричиненням потерпілому тяжкого тілесного ушкодження або настанням інших тяжких чи особливо тяжких наслідків (зокрема, ст. 121, ч. 2 ст. 127, ч. 3 ст. 146, ч. 3 ст. 206 КК).

Якщо з дотриманням умов правомірності виконання спеціального завдання вчиняється діяння, яке з зовнішнього боку нагадує злочин, не вказаний у ч. 2 ст. 43 КК (скажімо, особливо тяжкий злочин, не поєднаний з насильством над потерпілим, або будь-який необережний злочин), то кримінальна відповідальність особи виключається.

З одного боку, ч. 2 ст. 43 КК виправдано виходить з того, що інтереси боротьби з організованою злочинністю не можуть слугувати виправданням посягань на життя інших людей, спричинення тяжких наслідків для їх здоров'я, адже людина, її життя і здоров'я визнаються найвищою соціальною цінністю (ст. 4 Конституції України). З іншого боку, законодавчу регламентацію виконання спеціального завдання як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, є підстави визнати певною мірою непослідовною. Якщо з урахуванням ч. 4 ст. 28 КК злочинна організація створюється з метою вчинення саме і тільки тяжких та особливо тяжких злочинів, то цілком очевидно, що особа, яка виконує спеціальне завдання із викриття такої організації, вимушена буде вчиняти злочини вказаної тяжкості. Звідси – неминучість призначення цій собі покарання, хай і пом'якшеного. Щоправда, при оцінці правомірності шкоди, заподіяної під час виконання спеціального завдання, не виключається звернення до законодавчих положень про інші обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння, у т.ч. необхідну оборону і крайню необхідність.

Відповідно до ч. 3 ст. 43 КК особа, яка перевищила межі виконання спеціального завдання і вчинила відповідний злочин, не може бути засуджена до довічного позбавлення волі, а покарання у вигляді позбавлення волі не може бути призначене їй на строк, більший, ніж половина максимального строку позбавлення волі, передбаченого законом за цей злочин. Цей пільговий підхід застосовується при призначенні покарання за вчинення одиничного злочину, тобто не виключає застосування правил призначення покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків (ст.ст. 70, 71 КК). Правило, закріплене у ч. 3 ст. 43 КК, за своєю юридичною природою стосується призначення покарання, у зв'язку з чим місце йому – у розділі XI Загальної частини КК. А в ст. 43 КК, яка регламентує виконання спеціального завдання як самостійну обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння, достатньо обмежитись відповідною відсильною нормою.

КК Італії передбачає таку обставину, що виключає кримінальну відповідальність особи, як правомірне застосування зброї державним службовцем. Згідно зі ст. 53 цього КК не підлягає покаранню державний служ-

бовець, який, виконуючи службовий обов'язок, застосовує або наказує застосувати зброю чи інший засіб примусу з метою відбиття насильства, подолання опору органам державної влади або перешкоджання вчиненню злочинів, пов'язаних із масовим знищенням людей, аварією корабля чи поїзду, повінню, авіакатастрофою, умисним вбивством, озброєним грабежем чи викраденням людини. Докладний аналіз цієї кримінально-правової норми наводиться у рішенні ЄСПЛ від 25 серпня 2009 р. у справі «Джуліані та Гаджіо проти Італії»^{*}.

Взагалі у зарубіжному кримінальному законодавстві така обставина, як правомірність діяння, позначається вельми різноманітно. Йдеться про: виконання приписів закону (Бельгія, Туреччина тощо); виконання професійних обов'язків (Литва); виконання службових обов'язків (Ірак, Киргизія, Узбекистан); дію на виконання юридичного обов'язку, влади або законного здійснення права (зокрема, Аргентина, Італія, Куба, Мексика, Перу); використання уповноваженою особою сили відповідно до закону (Сан-Марино, Фінляндія, Хорватія тощо); поведінку, яку санкціоновано правом або постановою суду (КК штату Нью-Йорк).

Стосовно України, то якщо у насильницькому затриманні злочинця, пов'язаному із заподіянням останньому фізичної шкоди, беруть участь працівник міліції і випадковий перехожий, правомірність їх поведінки визначатиметься різними підставами: для міліціонера – це врегульоване Законом «Про міліцію» здійснення службового повноваження, а для пересічного громадянина – передбачене ст. 38 КК затримання особи, яка вчинила к.пр.

Література

- Анчукова М.В. Виправданий ризик як обставина, що виключає злочинність діяння: Монографія. – Харків: ФОРМ-Лекс, 2006. – 168 с.
- Баулін Ю.В. Вибрані праці. – Харків: Право, 2013. – С. 11–102, 103–321, 478–529, 817–819, 874–876.
- Дячук С.І. Виконання наказу чи розпорядження у кримінальному праві (основні поняття, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства). – К.: Атіка, 2001. – 176 с.
- Дудоров О.О., Мельник М.І. Автономні захисні засоби і кримінальний закон // Влада. Людина. Закон. – 2009. – № 1. – С. 13–24.

Запитання і завдання

1. Чому обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння, передбачену ст. 36 КК України, неправильно називати самообороною чи самозахистом?

^{*} Захист прав людини. Рішення Європейського суду з прав людини у сфері кримінального судочинства // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2014. – № 2–3. – С. 669–759.

2. Здійсніть розмежування необхідної оборони та крайньої необхідності.

3. Поясніть, у чому полягає відмінність між необхідною обороною і заподіянням шкоди правопорушнику при його затриманні.

4. Розкрийте суть та юридичну природу уявної оборони.

5. Покажіть проблеми кримінально-правової оцінки використання захисних засобів, що вражають автономно.

6. Яку кримінально-правову оцінку слід дати відданню і виконанню наказу про вчинення діянь, за які передбачено кримінальну відповідальність?

Рекомендуємо прочитати

- Володимир Висоцький «Той, хто раніше з нею був».
- Олександр Дюма «Граф Монте-Кристо».

Радимо подивитись

- Я плюю на ваші могили (США, 2010, режисер Стівен Р. Монро).
- Злочинець (США, 2008, режисер Рік Роман Во).
- Донні Браско (США, 1997, режисер Майк Ньюелл).
- Як боягуз Роберт Форд вбив Джессі Джеймса (США, Канада, Велика Британія, 2007, режисер Ендрю Домінік).
- Ямакасі: свобода в русі (Франція, 2001, режисери Аріель Зейтун, Жюльєн Сері).

Розділ 3

ВЧЕННЯ ПРО ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ

3.1. Заходи кримінально-правового впливу: загальна характеристика

3.1.1. Заходи кримінально-правового впливу як правові наслідки кримінально протиправного діяння. Кримінальна відповідальність

3.1.1.1. За час свого існування земляни зробили більше трьохсот наукових відкриттів, які без сумніву можна назвати великими, – від писемності і визначення тривалості року (приблизно 4000 р. до н.е.) до відкриття бозона й висадки на Марс 900-кілограмового марсохода з повноцінною дослідницькою лабораторією (2012 р.). Імена таких представників природничих і точних наук, як М. Копернік (теорія геліоцентричної системи світу, 1543 р.), Ч. Дарвін (вчення про еволюцію, 1859 р.), Г. Мендель (закони спадковості, 1865 р.), А. Ейнштейн (теорія відносності, 1915 р.) є всесвітньо відомими і не будуть забуті.

Ці науки розвивалися в останні століття надзвичайно швидкими темпами. Лише в 1665 р. відкрита клітинна будова рослин (Р. Гук), в 1683 р. – описані бактерії (А. ван Левенгук), в 1839 р. – створена теорія клітини (Т. Шванн), а вже в 2012 р. з'явилася перша синтетична жива бактеріальна клітина (К. Вентер). В 1985 р. винайдені вуглецеві нанотрубки волокна, що повторюють м'язи (Р. Керл, Г. Крото, Р. Смоллі й Х. О'Брайєн) – і скоро інваліди одержать нові руки, ноги й органи, і управляти ними можна буде однією лише силою думки.

В 1676 р. уперше була обчислена швидкість світла (О. Рьомер), в 1687 р. – відкритий закон гравітації (І. Ньютон), а сьогодні вже перестають дивувати космічні досягнення.

Точність відкриттів разюча: в 1956 р. К.К. Леттерсон визначив вік Землі – 4,55 млрд років, в 1918 р. обчислена відстань до туманності Андромеди і відкриті інші галактики у Всесвіту (Е. Епік, Х. Шеллі, Г. Кертис, Е. Хаббл). 1919 р. – перша штучна ядерна реакція (Е. Резерфорд), 1942 р. – теоретично доведена можливість одержання ядерної енергії (Е. Фермі), а вже в 1954 р. почала діяти перша атомна електростанція (сьогодні діє 440 ядерних реакторів).

Інші відкриття в медицині і психології: виникнення ятрохімії – хімічної фармакології (Т. Парацельс, 1523 р.), наукової анатомії (1543 р., А. Везалій), вчення про вищу нервову діяльність (І. Павлов, 1897 р.), відкриття груп крові (К. Ландтштейнер, 1901 р.), психоаналіз (З. Фрейд, 1905 р.), хіміотерапія (П. Ерліх, 1910 р.), пеніцилін (А. Флемінг, 1929 р.), інсулін (Ф.Г. Бантінг, 1921 р.). В 1967 р. здійснена перша пересадка людського серця (К. Барнард), а сьогодні такі операції зроблені десяткам тисяч людей. Проведені клінічні випробування антиретровірусних препаратів – і людство на порозі перемоги над СНІДом...

Можуть похвалитися успіхами і представники багатьох суспільних наук. Ще в 340 р. до н.е. Арістотель дав світу формальну логіку. В 440 р. до н.е. зародилася історична наука (Геродот), а в 50 рр. н.е. Пліній Старший підготував свою «Природну історію» в 37 книгах. Більш пізні досягнення суспільних наук: основи загального мовознавства В. фон Гумбольдта (1830 р.), археологічна теорія К.Ю. Томсена (1836 р.) і історична теорія Л.М. Моргана (1877 р.), економічні теорії А. Сміта (1776 р.), Д. Рікардо (1817 р.), К. Маркса й Ф. Енгельса (1848 р.), Дж. М. Кейнса (1936 р.).

Досягнення правових наук, у т.ч. кримінального права, у списку найбільших досягнень людства не значаться.

Юристи із часів створення Біблії і до сьогодні удосудились додумати-ся лише до того, що покарання за злочини повинне бути справедливим й адекватним. Про це писали сотні науковців. А як зробити, щоб воно реально стало таким? Це – дотепер загадка.

Необхідність справедливих покарань констатована в положеннях Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966 р.), Мінімальних стандартних правил ООН щодо заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням («Токійські правила», 1990 р.), Резолюції Комітету міністрів Ради Європи про деякі заходи покарання, альтернативні позбавленню волі (№ (76) 10, 1976 р.), Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи про переповнення в'язниць і зростання кількості ув'язнених (№ R 99 (22), 1999 р.) та ін.

Чи змінилося щось по суті в національному законодавстві? Візьмемо КК України. Просто кидаються в очі такі його недоліки:

1) санкції за понад 300 злочинів, переважно таких, що не є не тяжкими і особливо тяжкими, не мають альтернативних видів основного покарання і передбачають лише одне можливе покарання – позбавлення волі;

2) ряд санкцій статей, що передбачають відповідальність за тяжкі й особливо тяжкі злочини, без якого-небудь обґрунтування, яке могло б впливати з диспозиції відповідної статті, передбачають можливість призначення позбавлення волі в межах від 3 до 15 років (від 3 до 12, від 2 до 10, до 8 тощо), тобто КК України дозволяє за те саме діяння різним людям призначати абсолютно різні покарання. Санкції включають сотні варіантів застосування дванадцяти видів покарань у різних з'єднаннях і пропорціях, при цьому передбачено: кілька десятків варіантів застосування штрафу – з найрізноманітнішими нижніми та верхніми межами; тридцять дев'ять (!) варіантів позбавлення волі. Ряд санкцій охоплює «зону дії» відразу двох або трьох категорій злочинів (наприклад, у ч. 2 ст. 267, ч. 3 ст. 404, ч. 3 ст. 414 КК – позбавлення волі від 3 до 12 років). Така варіативність – свідчення безсистемності, відсутності будь-яких критеріїв розподілу;

3) при порівнянні між собою злочинів, санкції за вчинення яких (що грають, як відомо, роль формального класифікатора за ступенем тяжкості) зовсім однакові, доводиться зробити висновок про те, що нібито

цілком однаковим є ступінь тяжкості злочинів, передбачених, наприклад: ч. 1 ст. 119 (убивство з необережності) і ч. 2 ст. 158-2 (пошкодження виборчої документації); ч. 3 ст. 161 (порушення рівноправності громадян, що спричинило загибель людей) і ч. 4 ст. 185 (крадіжка у великих розмірах); ч. 2 ст. 130 (зараження іншої особи невиліковною інфекційною хворобою) і ч. 1 ст. 328 (необережне розголошення державної таємниці без тяжких наслідків);

4) з іншого боку, суттєво відрізняються санкції, установлені за злочини, які майже не відрізняються ні за своїм характером, ні за фактичним ступенем суспільної небезпеки. Наприклад:

– умисне знищення об'єктів, що мають важливе народногосподарське або оборонне значення (ст. 113) – позбавленням волі від 8 до 15 років (особливо тяжкий злочин), а шляхів сполучення, споруд на них, рухомого складу або суден (ч. 1 ст. 277) – лише штрафом до 100 нмдг або виправними роботами до 2 років, або позбавленням волі до 3 років (злочин середньої тяжкості);

– убивство двох чи більше осіб з необережності (ч. 2 ст. 119), – позбавленням волі від 5 до 8 років (тяжкий злочин), а необережне знищення чужого майна, що спричинило загибель людей (ст. 196) – виправними роботами, обмеженням волі або позбавленням волі до 3 років (злочин середньої тяжкості).

Подібних прикладів можна навести десятки.

Таким чином, зі століття в століття кращі мислителі людства й учені юристи в питанні про кримінальне покарання просунулися, прямо скажемо, недалеко... І це сильно: використовувати на практиці теорію відносності й не навчитися розрізняти злочини за їхньою дійсною тяжкістю! Це неймовірно: запускати кораблі на Марс і вирішувати правові конфлікти за допомогою вбивства злочинця!!!

Станом на 1 січня 2014 р. смертна кара як вид покарання зберігається в законодавстві, і сім її способів (у т.ч. такі, як обезголовлення і побиття камінням) застосовуються на практиці в 68 країнах світу. Серед цих країн і такі технологічно розвинуті, як Китай, Південна Корея, Сінгапур, США, Японія.

Чому успіхи кримінології настільки несуттєві? У чому причина такого відставання юридичних наук і зокрема кримінального права? Невже лише в тому, що не існує Нобелівської премії з юриспруденції?

Або в тому, що кримінально-правова, як і будь-яка інша юридична наука, забуває про необхідність можливого лише на стику наук вихування природних закономірностей розвитку суспільства та людини і пошуку можливостей для максимально більш точного відбиття в нормах законів досягнень інших наук, насамперед суміжних, – соціології, кримінології, кримінальної статистики, психології, психіатрії, медицини?

Що необхідно зробити для того, щоб покарання було насправді максимально справедливим й адекватним (максимально точно відповідало вчиненому злочину)? Почати треба з такого:

1) статистика. Слід розробити і прийняти загальні вимоги до кримінальної статистики, які повинні бути відображені у відповідному міжнародному договорі і згодом – у національному законодавстві кожної держави. Різні системи обліку злочинів повинні доповнювати одна одну. При цьому мають враховуватися не тільки абсолютний рівень і коефіцієнт злочинності, її структура і динаміка, а і індексуватися судимість, латентність, суспільна небезпека, віктимізація тощо. Повинна існувати по кожному виду злочину повна картина всіх обставин його вчинення, починаючи з характеристики суб'єкта і його мотиву та закінчуючи докладними характеристиками діяння і потерпілого. І, зрозуміло, повинна бути повна картина юридичних наслідків злочину – покарання й інших заходів кримінально-правового характеру, звільнення від покарання, причин припинення переслідування і реальних наслідків такого припинення;

2) анкетування й опитування. Офіційні статистичні дані – за будь-якого ступеня їх досконалості – обов'язково повинні доповнюватися даними віктимологічних опитувань населення. Їхня суть – анонімне репрезентативне з'ясування даних про те, як часто людям доводилося бути жертвами злочинів (і яких саме – від насильницьких до корупційних) протягом певного часу й у певній місцевості. Крім того, обов'язково потрібно ввести в практику метод самозвіту (Self-Report Survey) – чи вчиняв сам опитаний які-небудь злочини, якщо так, то які, де, коли. Зрозуміло, таке опитування не підходить для одержання даних про вбивства й зґвалтування, але цілком припустиме для збирання інформації про давання хабарів, купівлю наркотиків чи зброї тощо, тобто інформації, надання якої саме по собі є підставою для звільнення респондента від відповідальності за це діяння;

3) усвідомлення того факту, що світ є математичним. Отже, математичним має бути і кримінальний закон. Якщо ми проголошуємо необхідність призначення адекватного покарання, то повинні визначити й належні критерії тяжкості злочинів і здійснити їхню точну градацію, а якщо говоримо про необхідність призначення покарання в межах відповідної санкції із всебічним, повним і точним врахуванням положень Загальної частини КК, то неминучим є запровадження у КК типових санкцій;

4) експертний супровід кримінального процесу. Кримінальний процес – сфера не суто юридична, а соціальна. Вона підлягає дослідженню насамперед психологами, медиками, економістами, соціологами й істориками. Якщо ми дійсно вважаємо важливим урахувувати при призначенні покарання особистість підсудного, як пишемо у законах, то для надання прокурорам і суддям консультацій, що стосуються особливостей особистості підсудного й обставин, що пом'якшують і обтя-

жують покарання, які стосуються сфери суб'єктивного, запровадження посад судових психологів повинне стати правилом у всіх країнах. З часом дійде черга і до нейрохірургії на службі у кримінального права.

3.1.1.2. За багато століть людство звикло до існування дихотомії «злочин – покарання». При цьому під злочиним в різні часи і у різних народів розумілось все, що завгодно – від жорстокого вбивства до прогулу учнем занять у школі і від належності до певної політичної партії до чаклунства... А під покаранням найчастіше розуміли і розуміють смертну кару і тюремне ув'язнення: якщо когось не ув'язнили, то ніби як слід і не покарали.

Проте історичний прогрес кримінального законодавства, хочемо ми цього чи ні, полягає у гуманізації ставлення до засудженого. У ретроспективі це виглядає таким чином:

- відмова від кваліфікованих (жорстоких) видів смертної кари, калічних та інших тілесних покарань, каторжних робіт;
- значне витіснення тюремного ув'язнення штрафом та іншими майновими покараннями, обов'язковими роботами;
- запровадження пробації, інших видів так званого умовного покарання;
- вилучення неповнолітніх із сфери загального кримінального права;
- загальна заборона смертної кари і будь-яких покарань, які можуть завдати фізичних страждань або принизити людську гідність;
- все більш широкий спектр покарань, альтернативних позбавленню волі;
- трансформація окремих видів покарань в інші примусові заходи, які не є покаранням.

У перспективі йдеться про поступову заміну тюремного ув'язнення та інших видів покарань системою соціально-терапевтичного (іноді, зокрема у справах про статеві злочини, – аж до хірургічного) впливу на осіб, які вчинятимуть к.пр. Основний постулат концепції нового соціального захисту сформульовано у такому виді: «Настільки мало покарання, наскільки це необхідно, настільки багато соціальної допомоги, наскільки це можливо».

Вже сьогодні більшість розвинених держав світу, поступово відступаючи від постулатів неокласичної школи кримінального права і виходячи із мети ресоціалізації винного як основної мети кримінального закону, у своїй кримінально-правовій політиці дотримуються дуалізму покарань та інших заходів кримінально-правового впливу, насамперед так званих «заходів безпеки» (у КК різних держав останні іменуються також як «кримінально-правові заходи», «заходи виправлення і безпеки», «заходи впливу», «інші заходи кримінальної відповідальності», «інші заходи», «наслідки засудження до покарання», «запобіжні заходи», «особливі правові наслідки злочину», «інші правові наслідки злочину» тощо).

*Зазначений дуалістичний підхід, який отримав назву «двоколіїності» (від нім. *das zweispurige System*) заходів кримінально-правового впливу, застосовано, наприклад, у кримінальному законодавстві Іспанії, Австрії, Швейцарії, ФРН, Голландії, Данії, Італії, Болгарії, Польщі, Естонії, Литви, Молдови та ін. Суть його у тому, що приблизно в рівних частинах застосовуються покарання (*die Strafe*), спрямоване на відплату і залякування, та інші заходи (*die Massnahme*), спрямовані на спеціальну превенцію, усунення небезпеки і вирішення завдань з відновлення становища, що існувало до вчинення діяння.*

Висунуто і в багатьох державах світу реалізовано ідею створення третьої колії заходів кримінально-правового впливу – передбачених законом можливостей добровільного подолання (вирівнювання, нейтралізації) шкоди, заподіяної діянням, або відновлення (*die Wiedergutmachung*). Ця ідея побудована на концепції примирення (медіації), яка у багатьох випадках взагалі виключає застосування покарання, як і будь-яких інших примусових заходів кримінально-правового впливу. Якщо розглядати к.пр. як вид соціального конфлікту, то, зрозуміло, підходять будь-які засоби (а не лише кара, залякування) для того, щоб цей конфлікт вирішити за згодою усіх його сторін (учасників) поза межами кримінального провадження або одночасно з його припиненням.

Остання доктринальна новела-провокація на цю тему – ідея «чотиріколіїки», яка передбачає: заходи покарання; заходи заохочення; заходи поновлення; заходи безпеки*.

Проте очевидно, що заходи відновлення вживаються з метою стимулювання правопорушника до суспільно корисної, правильної поведінки, а тому є різновидом заходів заохочення. Таким чином, правильно все ж таки виділяти **три колії**: 1) заходи заохочення; 2) заходи покарання; 3) заходи безпеки.

3.1.1.3. Але в Україні до сьогодні в сфері кримінального права в основному діє застаріла «одноколіїка», якою «паровоз» покарання тягне свої «вагони» кари, відплати і залякування.

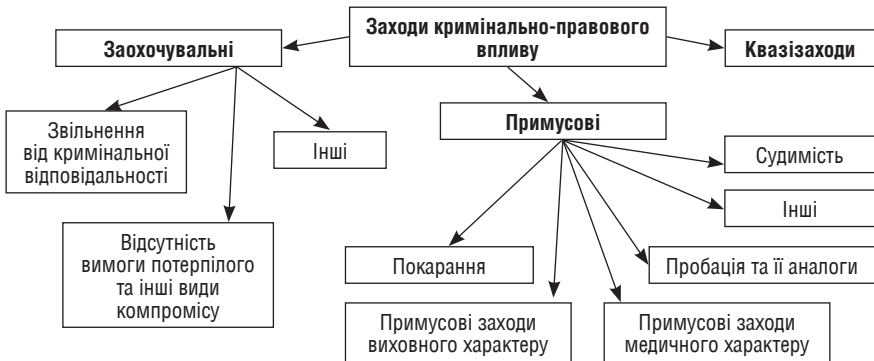
У ст. 35 і ч. 5 ст. 36 КК називаються (очевидно як види заходів кримінально-правового впливу) кримінальна відповідальність і покарання, а також звільнення від кримінальної відповідальності та покарання. Крім того, у ст. 3 і ст. 4 КК згадуються «інші кримінально-правові наслідки» без зайвої конкретизації. Під ними, очевидно, слід розуміти: судимість; примусові заходи виховного характеру (крім випадків застосування їх до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння до досягнення

* Щедрин Н. Четыре «колеи» российского уголовного права // Уголовное право. – 2008. – № 4. – С. 59–62.

віку, з якого може настати кримінальна відповідальність); примусові заходи медичного характеру; примусове лікування; спеціальна конфіскація; заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб.

Якоїсь класифікації названих заходів в законі не робиться. Спробуємо зробити це ми. Отже, якщо поділяти заходи кримінально-правового впливу за критерієм *характеру їхнього впливу на особу, яка вчинила к.пр.*, то можна назвати такі їх **види (див. схему 1)**. Обмовимось, що ця система стосується лише фізичних осіб: до неї не включені заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб.

Схема 1. **Види заходів кримінально-правового впливу**



Перевага такого поділу полягає в тому, що він дозволяє наочно побачити **систему заходів кримінально-правового впливу**, яка реально існує, але про існування якої, «розкидавши» відповідні положення по різних розділах Загальної частини КК, не здогадується і сам український законодавець. Звичайно, знаючи про цю систему та взаємозв'язок її елементів, можна більш відповідально підходити і до питання про обрання тих чи інших заходів в кожній конкретній правовій ситуації, більш точно реалізовувати принципи справедливості, гуманізму, індивідуалізації покарання тощо.

На гуманізацію кримінального законодавства серйозно вплинув у 2013–2014 рр. новий КПК України. Експерти відзначають, що у зв'язку з його прийняттям, зокрема:

– кількість осіб, звільнених судом від кримінальної відповідальності, зростає майже на 20%, або на 1350 (з 6500 у I півріччі 2012 р. до 7850 у I півріччі 2013 р.). Отже, рівень репресивності кримінального правосуддя суттєво знижується, що має наслідком зменшення кількості «тюремного населення»;

– кількість угод про примирення становить 8% від загальної кількості проваджень, переданих до суду (1075 угод на місяць протягом 2013 р.). Передбачена законом можливість домовленості між підозрюваним (обвинуваченим) і потерпілими значною частиною населення сприйнята позитивно та стає

поширеним альтернативним способом вирішення кримінально-правового конфлікту;

– чисельність засуджених зменшилася на 25%, або на 20 тис. (у I півріччі 2012 р. засуджено 76 тис. осіб, а за аналогічний період 2013 р. – 56 тис.)^{*}.

Кількість виправданих осіб не зменшується, але причиною цього, очевидно, є велика кількість проваджень – понад 1/3 від усіх проваджень, які завершуються звільненням від кримінальної відповідальності та укладанням угод (див. табл. 8)^{**}.

Таблиця 8. **Результати розгляду судами України кримінальних проваджень у 2013 р.**

Розглянуто справ			Кількість осіб у справах із закінченим провадженням (усього – 142381)					
Усього	у тому числі із			засуджених	виправданих	закриттям провадження і звільненням від кримінальної відповідальності	застосуванням примусових заходів медичного характеру	застосуванням примусових заходів виховного характеру
	постановленням вироку		з них – із затвердженням угоди					
	Усього							
139188	109126 (78,4%)	25610 (23,5%)	21092 (15,2%)	118089 (83,0%)	316 (0,2%)	21952 (15,4%)	881 (0,6%)	1143 (0,8%)

3.1.1.4. Безпосереднє практичне значення мають й **інші поділи (класифікації)** заходів кримінально-правового впливу.

Наприклад, критерій їхньої *юридичної значущості* дозволяє говорити про такі їх види: 1) основні – ті, із реалізацією яких кримінально-правовий конфлікт може вважатися у цілому вичерпаним (це звільнення від кримінальної відповідальності, різні види кримінально-правового компромісу, покарання, пробація, примусові заходи медичного характеру, примусові заходи виховного характеру); 2) додаткові (акцесорні) – ті, які мають другорядне, допоміжне значення для вирішення кримінально-правового конфлікту (зокрема, судимість, примусове лікування, спеціальна конфіскація, нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі).

^{*} Банчук О. 300 тисяч збережених надій, або Інший бік нового КПК // Закон і бізнес. – 2013. – 12–18 жовтня.

^{**} Загальні показники кримінального судочинства // <http://data.gov.ua/dataset>

За критерієм *суб'єкта, якого вони стосуються*, заходи кримінально-правового впливу можна поділити на такі, що застосовуються до: 1) особи, яка вчинила к.пр. (покарання, пробація, судимість тощо); 2) особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, що не є к.пр. (зокрема, примусові заходи медичного характеру); 3) юридичної особи.

3.1.1.5. У КК поняття «заходи кримінально-правового впливу» не застосовується (лише нещодавно, у зв'язку із запровадженням спеціальної конфіскації, у назві розділу XIV з'явилося словосполучення «інші заходи кримінально-правового характеру», зміст якого в законі не розкривається). Водночас вживаються такі термінологічні звороти, як «підставою кримінальної відповідальності є» (ч. 1 ст. 2), «притягнення до кримінальної відповідальності» (ч. 3 ст. 2, частини 1 і 3 ст. 10 та ін.), «звільнення від кримінальної відповідальності» (ч. 2 ст. 9 та ін.), «кримінальна відповідальність настає» (ст. 16), «особа підлягає кримінальній відповідальності» (ч. 2 ст. 17), «може наставати кримінальна відповідальність» (ч. 1 ст. 18), «не підлягає кримінальній відповідальності особа» (ч. 2 ст. 19, ч. 4 ст. 36 та ін.), «кримінальній відповідальності підлягають» (ст. 22), «стаття... Особливої частини цього Кодексу, що передбачає відповідальність» (ч. 1 ст. 65) тощо.

Поняття «кримінальна відповідальність» загалом з'явилося у вітчизняному кримінальному праві у 50-х рр. ХХ століття, а в кримінальних законах більшості держав світу його немає. Відповідно, немає і таких понять, як «підстава кримінальної відповідальності», «звільнення від кримінальної відповідальності», «настання кримінальної відповідальності» тощо. Натомість застосовуються більш зрозумілі поняття: «підстава застосування заходів кримінально-правового впливу», «звільнення від покарання», «припинення кримінального переслідування» тощо.

То що ж становить собою кримінальна відповідальність і чим вона відрізняється від покарання та інших заходів кримінально-правового впливу?

Кримінальна відповідальність – це один із видів юридичної відповідальності (поряд з адміністративною, дисциплінарною, цивільно-правовою тощо), що становить собою специфічні правовідносини між державою та правопорушником.

Ознаками кримінальної, як і іншої юридичної відповідальності публічно-правового характеру, є: з одного боку – негативна реакція держави на правопорушення і на його суб'єкта, що становить собою легітимні (від лат. *legitimus* – такий, що відповідає закону, законний, правомірний) заходи впливу; з другого – обов'язок правопорушника перетерпіти застосовані до нього заходи впливу (у даному випадку – примусові заходи кримінально-правового впливу).

Якщо заходи впливу не є легітимними (скажімо, застосовуються тортури, взяття під варту без законних підстав, постановлено завідомо

неправосудний вирок), то й обов'язку їх перетерпіти не виникає, і невиконання цього обов'язку не може бути покараним.

Кримінальна відповідальність застосовується тільки до правопорушника, тобто її суб'єктом не може бути особа, яка за законом не є суб'єктом к.пр., і тільки у зв'язку із к.пр., тобто кримінальної відповідальності не існує, якщо немає складу к.пр. (докладніше про склад к.пр. див. п. 2.1.3 посібника).

Згідно з п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК притягнення до кримінальної відповідальності є стадією кримінального переслідування і означає повідомлення особи про підозру у вчиненні к.пр. Власне кримінальна відповідальність, як роз'яснив КС в Рішенні у справі про депутатську недоторканість від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99, настає з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду.

Іншими словами, **настання кримінальної відповідальності** – це юридичний факт, а **притягнення до кримінальної відповідальності**, що відбувається з моменту повідомлення особі про підозру і до моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду, – характеризує процес. У зв'язку з цим процесом особа мусить перетерпіти повідомлення про підозру, затримання, певні запобіжні заходи (зокрема, домашній арешт, заставу, тримання під вартою), інші заходи забезпечення кримінального провадження (виклик, привід, відсторонення від посади, арешт майна та ін.), слідчі і розшукові дії, проведені за її участю або стосовно неї, тощо, але це все не є кримінальною відповідальністю, а, так би мовити, підготовкою до неї. Кримінальні процесуальні відносини між суб'єктом кримінальної відповідальності та державою (в особі слідчого, прокурора, слідчого судді і суду) забезпечують настання кримінальної відповідальності, її реалізацію у певній визначеній законом формі.

Отже, якщо судом не винесено обвинувального вироку, то ми не можемо говорити і про настання кримінальної відповідальності. З цієї причини заходи кримінально-правового впливу, не пов'язані із постановленням обвинувального вироку, перебувають за межами поняття «настання кримінальної відповідальності».

Проте із ст.ст. 3–8 КК та інших, де застосовані терміни «законодавство про кримінальну відповідальність» і «закони про кримінальну відповідальність», впливає, що кримінальна відповідальність – це надзвичайно широке поняття, яке охоплює усе те, що стосується як можливих правових наслідків вчинення к.пр., так й інших заходів кримінально-правового впливу, які не є правовими наслідками вчинення к.пр.

3.1.1.6. Усі заходи кримінально-правового впливу за критерієм їх зв'язку із кримінальною відповідальністю можна поділити на три групи (див. табл. 9).

Таблиця 9. **Зв'язок заходів кримінально-правового впливу із кримінальною відповідальністю**

Заходи, пов'язані із кримінальною відповідальністю (форми реалізації кримінальної відповідальності)	Заходи, не пов'язані із кримінальною відповідальністю (вона не настає)	
Визнання судом особи винною у вчиненні к.пр., а також пов'язані з цим:	а) покарання, у т.ч. із врахуванням позитивної посткримінальної поведінки	Примусові заходи виховного характеру
	б) пробація чи її аналоги	Примусові заходи медичного характеру
	в) звільнення від покарання (якщо це не квазізахід)	Звільнення від кримінальної відповідальності
	г) звільнення від подальшого відбування покарання чи заміна покарання більш м'яким (якщо це не квазізахід)	Закриття кримінального провадження через відсутність вимоги потерпілого та інші види компромісу
	г) судимість	
д) заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб		

Третю групу, не показану в табл. 9, становлять: примусова кримінально-правова реституція, нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі, тощо. За чинним КК їх застосовують тільки на підставі вироку суду. Тобто, вони ніби пов'язані із кримінальною відповідальністю, *але de lege ferenda* (тобто з точки зору бажаного, необхідного закону) можуть бути і не пов'язані із нею, якщо застосовуватимуться, як в інших державах, і до осіб, визнаних неосудними, і до осіб, які виконали склад к.пр. до досягнення ними віку кримінальної відповідальності.

Так само спеціальна конфіскація відповідно до ч. 3 ст. 96-2 КК може бути застосована і до особи, яка не була суб'єктом к.пр., але прийняла відповідне майно, якщо вона знала або повинна була знати, що таке майно одержано внаслідок вчинення к.пр. Тобто вона може бути як пов'язана, так і не пов'язана з кримінальною відповідальністю (докладніше про спеціальну конфіскацію – в п. 3.4.4 цього посібника).

Заходи, пов'язані із кримінальною відповідальністю, іноді називають **формами реалізації кримінальної відповідальності**. Вони завжди застосовуються одночасно із визнанням судом особи винною у вчиненні к.пр., тобто осудом її з боку держави (як відомо, суд постановляє вирок від імені держави). Це – обов'язковий елемент будь-якої форми кримінальної відповідальності (як, скажімо, обов'язковим елементом військової форми одягу є знаки розрізнення військового звання), але не її окрема форма.

Як правило, кримінальна відповідальність після її настання припиняється в день погашення чи зняття судимості, у випадках декриміналізації діяння – в день, коли злочинність і караність діяння усунута законом, а у випадках, коли судимість не погашається і не знімається, кримінальна відповідальність настає і припиняється в один і той самий день і час – день і час засудження особи без призначення покарання або зі звільненням від покарання (ч. 3 ст. 88 КК).

3.1.1.7. Викладене вище демонструє співвідношення понять «заходи кримінально-правового впливу» та «кримінальна відповідальність».

Крім того, слід пам'ятати, що матеріальною **підставою кримінальної відповідальності** (тобто розумною причиною, тим, що виправдовує і робить кримінальну відповідальність обґрунтованою) є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад к.пр., передбаченого КК (ч. 1 ст. 2 КК), а процесуальною (формальною) її підставою – обвинувальний вирок суду.

Підстави застосування заходів кримінально-правового впливу, пов'язаних із кримінальною відповідальністю, такі самі.

На відміну від цього, матеріальною підставою застосування заходів кримінально-правового впливу, не пов'язаних із кримінальною відповідальністю, слід вважати вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить певні ознаки складу к.пр., передбаченого КК (кілька ознак або всі необхідні ознаки за винятком однієї, або лише одну ознаку), але не містить його складу. Винятками є випадки відсутності вимоги потерпілого і звільнення від кримінальної відповідальності: склад к.пр. тут наявний, але потерпілий або держава вважають за можливе виявити надзвичайний гуманізм і вибачити правопорушника ще на стадії досудового розслідування чи в суді до постановлення обвинувального вироку.

Подібний гуманізм з боку держави взагалі є невластивим кримінальному праву.

Цим і пояснюється той факт, що у більшості держав світу кримінально-правовий інститут звільнення від кримінальної відповідальності відсутній – в усіх необхідних випадках (примирення з потерпілим, дійового каєття, закінчення строків давності тощо) застосовується звільнення від покарання або його пом'якшення, у т.ч. виключне або надзвичайне. Словосполучення «звільняється від відповідальності» у деяких державах застосовується, коли йдеться про непритягнення до кримінальної відповідальності особи за обставин, що виключають винність або кримінальну протиправність вчиненого діяння (неосудність, необхідна оборона тощо).

Покарання поки що залишається основною формою реалізації кримінальної відповідальності. Утім, його частка постійно зменшується і в останні роки зазвичай не перевищує 60%, оскільки одночасно з визнанням особи винною суди все частіше застосовують різні види звільнення від покарання.

3.1.2. Заохочувальні заходи кримінально-правового впливу

3.1.2.1. **Заохочувальними заходами** кримінально-правового впливу є такі, що спонукають особу до поведінки, яка дозволяє вирішити кримінально-правовий конфлікт без державного примусу, «з найменшими втратами» для особи та інших суб'єктів відповідних правовідносин. Це своєрідний «пряник», якщо «батоном» вважати примусові заходи кримінально-правового впливу.

Як правило, заохочувальні заходи застосовуються у випадках, коли не йдеться про тяжкі та особливо тяжкі злочини. Хоча бувають і винятки, коли необхідно зважено підходити до питання про те, що важливіше: реалізація принципу невідворотності покарання стосовно певної особи чи запобігання тяжкої шкоди, яка може бути завдана різноманітним цінностям. Саме для таких випадків передбачена, скажімо, норма ч. 2 ст. 255 КК, згідно з якою звільняється від кримінальної відповідальності учасник злочинної організації, який активно сприяв її розкриттю.

Ознаками цих заходів є те, що:

– вони застосовуються за ухвалою суду (звільнення від кримінальної відповідальності) або постановою слідчого чи прокурора;

– відсутні негативна реакція держави на правопорушення і на його суб'єкта, а тим більш примусове обмеження прав і свобод особи та покладання на неї додаткових обов'язків;

– правопорушник не мусить ані терпіти жодних обмежень прав і свобод, ані виконувати жодних додаткових обов'язків. Є лише незначні винятки з цього правила.

Наприклад, згідно із ст. 47 КК остаточно питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності вирішується, якщо вона протягом року з дня передачі її на поруки виправдала довіру колективу, не ухилилась від заходів виховного характеру та не порушувала громадського порядку. Утім, серйозно говорити про певні обмеження прав і свобод та виконання додаткових обов'язків не можна, оскільки заходи виховного характеру самі по собі не можуть обмежувати права і свободи людини, обов'язок же не порушувати громадський порядок несуть усі фізичні особи, а не лише передані на поруки;

– їх застосування стимулює правопорушника до суспільно корисної, правильної поведінки.

Види заохочувальних заходів:

1) звільнення від кримінальної відповідальності. Йдеться про загальні (ст.ст. 45–49, 97) і спеціальні (ч. 2 ст. 111, ч. 4 ст. 212, ч. 4 ст. 401 та ін.) види такого звільнення. Наприклад, норма ст. 45 КК заохочує особу до добровільної кримінально-правової реституції (відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди), до щирого каяття, активного сприяння розкриттю к.пр. – усі ці умови необхідно виконати, щоб кримінальне переслідування було припинено і провадження закрито;

2) закриття кримінального провадження через відсутність вимоги потерпілого та інші види компромісу.

Відповідно до ст. 477 КПК кримінальне провадження не може бути розпочате щодо ряду к.пр. за відсутності заяви потерпілого. Суть цього заохочувального заходу у тому, що особа має зробити все від неї залежне для того, щоб потерпілий не подав відповідну заяву, – припинити протиправні дії, повернути викрадене або надати рівнозначне, відбудувати зруйноване, відремонтувати пошкоджене, відшкодувати шкоду, у т.ч. моральну, надати грошову допомогу на лікування й оздоровлення, попросити вибачення тощо.

До **інших видів компромісу** слід відносити усі види обставин, які спонукають особу до того, щоб вона «вчасно зупинилась». Це, зокрема, норми, згідно з якими особа не буде притягнута до кримінальної відповідальності, якщо вона відмовиться: на стадії готування до злочину невеликої тяжкості – від переходу до стадії замаху (ч. 2 ст. 14); на стадії готування або замаху – добровільно – від доведення злочину до кінця (ст. 17, частини 2 і 3 ст. 31); дати обіцянку переконатися злочин або не повідомити про нього (частини 6 і 7 ст. 27); виконати явно злочинний наказ або явно злочинне розпорядження (ч. 3 ст. 41 КК).

А ось приклади кримінально-правового компромісу з історії та зарубіжно-го законодавства. У П'ятикнижжі Мойсея зазначалось: «Коли хто зведе ще незаручену дівчину та спізнає її, мусить дати їй посаг і взяти собі за жінку» (Вих. 22: 15, 16). Второзаконня додає до цього, що той, хто «знечестив її», не може розлучитися з нею, «поки життя його» (Втор. 22: 29). Досі у кримінальних законах деяких європейських держав збереглися норми, які допускають зазначений кримінально-правовий компроміс. Згідно з § 227 КК Данії покарання, що підлягає призначенню за вчинення статевого злочину, передбаченого §§ 216–224 чи 226, може бути скасовано, якщо особи, що вступили в недозволені сексуальні стосунки, згодом уклали шлюб один з одним;

3) **інші види заохочувальних заходів** кримінально-правового впливу – інші, крім відповідних видів звільнення від кримінальної відповідальності, заходи, що стосуються позитивної посткримінальної поведінки і заохочують до неї. Це:

– призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, і призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання, – із врахуванням позитивної посткримінальної поведінки (ст. 69 і ст. 69-1 КК);

– звільнення від покарання – із врахуванням «бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці» (ч. 4 ст. 74 КК);

– звільнення від подальшого відбування покарання і заміна невідбутої частини покарання більш м'яким – із врахуванням, відповідно, «сумлінної поведінки і ставлення до праці» і «вставання засудженого на шлях виправлення» (ст. 81 і ст. 82 КК).

Цікавими є такі статистичні дані за 2012/2013 рр.: із 5062/4504 осіб, які постали перед судом за к.пр., передбачені ст. 190 КК (шахрайство), стосовно 817/668 осіб (14,8–16,1%) кримінальні провадження були судом закриті. Водночас у випадках вчинення к.пр. проти власності суди закривали провадження в середньому стосовно лише 4,6–5,3% осіб. Отже, шахраї демонструють не лише кримінальний талант, а й своєрідний талант ухилення від правосуддя.

3.1.3. Покарання та інші примусові заходи кримінально-правового впливу

3.1.3.1. **Примусові заходи кримінально-правового впливу** – це заходи, що застосовуються судом від імені держави і полягають в примусовому обмеженні прав і свобод особи та покладанні на неї додаткових обов'язків.

Примусові заходи повинні застосовуватися тоді, коли за конкретних обставин заохочувальні заходи не спроможні вирішити кримінально-правовий конфлікт через його глибину, гостроту чи складність. У КК (розділ XIV) їх іменують «інші заходи кримінально-правового характеру».

Ознаками цих заходів є те, що:

- вони застосовуються за вироком або ухвалою суду;
- яскраво вираженою є негативна реакція держави на правопорушення і на його суб'єкта, що полягає в примусовому обмеженні прав і свобод особи та покладанні на неї додаткових обов'язків;
- правопорушник змушений перетерпіти ці обмеження прав і свобод та виконати зазначені обов'язки.

Види примусових заходів: покарання; пробація (в Україні діє її аналог – звільнення від відбування покарання з випробуванням); примусові заходи виховного характеру; примусові заходи медичного характеру; судимість; спеціальна конфіскація; заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб; інші (це примусова кримінально-правова реституція, нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі, тощо. Найчастіше їх іменують «заходи безпеки»).

Основними примусовими заходами на сьогодні залишаються покарання і звільнення від відбування покарання з випробуванням. Про кількість осіб, які потрапляють під дію цих заходів, можна створити уявлення з **табл. 10**.

Таблиця 10. **Відомості про призначені судами першої інстанції покарання у 2013 р. (щодо 117654 засуджених осіб)***

А. Основні покарання (68175 осіб – 57,9%)**								Інше (49479 осіб – 42,1%)	
штраф	позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю	громадські роботи	виправні роботи	арешт	обмеження волі	позбавлення волі на певний строк	довічне позбавлення волі	засуджено без призначення покарання	засуджено і звільнено від відбування покарання з випробуванням
26594 (22,6%)	32 (0,03%)	12532 (10,6%)	501 (0,4%)	3928 (3,3%)	1960 (1,7%)	22526 (19,1%)	61 (0,05%)	9 (0,01%)	49470 (42,1%)

* Загальні показники кримінального судочинства // <http://data.gov.ua/dataset>

** Крім того: службові обмеження для військовослужбовців – 37 осіб і тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців – 4 особи.

Б. Додаткові покарання (5857 осіб – 5,0% усіх засуджених)			
штраф	позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу	позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю	конфіскація майна
218	193	2860	2586

Усі названі види примусових заходів за їхньою юридичною значущістю можна поділити на три **групи**. Це примусові заходи, що застосовуються:

1) як основні. Насамперед це покарання і пробація, а також заходи, які призначаються *замість покарання* до осіб, щодо яких не може бути застосоване покарання: примусові заходи медичного характеру; примусові заходи виховного характеру (в деяких інших державах – також примусова опіка чи примусове піклування, які застосовуються, зокрема, щодо особи, яка зловживає алкогольними напоями);

2) як додаткові:

а) що застосовуються тільки до покарання і пробації (судимість);

б) що застосовуються до покарання, пробації, примусових заходів медичного характеру і примусових заходів виховного характеру. Йдеться про «інші примусові заходи кримінально-правового впливу». В Україні це примусове лікування і спеціальна конфіскація, а в інших державах – також вилучення вигоди, одержаної внаслідок вчинення злочинного діяння, закриття належного засудженому закладу, заборона проживати або перебувати у певних місцях, обмеження права виховувати дітей та викладати у навчальних закладах тощо. Власне головне, чим ця група заходів відрізняється від покарання та пробації, – це те, що вони можуть застосовуватися і до осіб, які не є суб'єктами к.пр. Дійсно, як можна не конфіскувати рушницю в малолітньої дитини, яка вчинила вбивство, або не встановити нагляд за особою, яка під впливом гострого розладу психічної діяльності напала на жінок, після її виписки із психіатричного закладу?

Примусові заходи, віднесені нами до «інших», в зарубіжних державах застосовуються поряд з покаранням, пробацією або примусовими заходами медичного чи виховного характеру і переважно відповідають меті спеціальної превенції, тобто виконують – і виконують її набагато краще – ту роль, яку в законодавстві України відведено таким додатковим покаранням, як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, і певною мірою, оскільки це скоріше атавізм покарання, що ганьбить, – позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу.

3.1.3.2. Що становлять собою **«інші примусові заходи кримінально-правового впливу» в зарубіжному законодавстві?** Наведемо їх орієнтовний перелік:

– заборона користуватися певними правами або обмеження певних прав, зокрема права: керувати транспортним засобом (КК Литви, Польщі, Іспанії, ФРН, Франції); зберігати і носити зброю, на полювання,

риболовлю (КК Литви, Франції); позбавлення ліцензії на зброю, професійна дискваліфікація (КК Іспанії); займатися певною професійною діяльністю (КК Польщі, ФРН, Таїланду); здійснювати підприємницьку діяльність (КК Польщі, Данії); обіймати певну посаду; брати участь у відправленні правосуддя, виконувати функції у державних органах і органах територіального чи професійного самоврядування, виборчого права (КК Польщі);

– спеціальна конфіскація (КК Литви, Молдови, Естонії, Болгарії, Польщі, Австрії, Франції, Швеції, Норвегії, Голландії, Італії, Південної Кореї, Аргентини); внесок у фонд осіб, що постраждали від злочинів (КК Литви); вилучення вигоди, одержаної внаслідок вчинення злочинного діяння (КК Австрії, Норвегії); грошова компенсація на громадські цілі; грошова виплата (КК Польщі); конфіскація доходів і вилучення вартості фінансових переваг, одержаних в результаті злочину (КК Швеції); вилучення доходу, одержаного в результаті кримінально караного діяння (КК Норвегії, Голландії); конфіскація злочинних доходів (КК Данії); повна чи часткова конфіскація майна (КК Норвегії, Данії); зобов'язання утриматися від вчинення злочину, поєднане із внесенням застави (КК Ізраїлю);

– відшкодування або загладження майнової шкоди (КК Литви); обов'язок відшкодувати шкоду незалежно від позовної давності (КК Польщі); покладення обов'язку відшкодування шкоди або компенсація матеріальної і моральної шкоди (КК Іспанії, Швеції, Аргентини, Ізраїлю); зобов'язання сплатити певну грошову суму на користь жертви (КК Голландії);

– заслання (КК Таїланду); заборона проживати у певних місцях (КК Франції, Італії); обов'язок перебувати у певній місцевості; заборона проживати чи перебувати у певній місцевості (КК Іспанії, Таїланду); заборона відвідувати ресторани і місця публічного продажу спиртних напоїв, обов'язкове примусове проживання в певних комунах (КК Італії); визначення місця проживання чи роботи, заборона з'являтися в громадських парках чи садах, поблизу шкіл, у дитячих будинках, психіатричних лікарнях і установах для недоумкуватих чи у певних лісах, на пляжах чи приморських курортах, заборона проживання дітей у будинку засудженого (КК Данії); покладення обов'язку залишити будинок дружини (чоловіка), в якому перебуває його колишня жертва, та припинити з нею будь-який зв'язок; заборона утримання собак (закони ФРН);

– пониження у військовому званні, звільнення з кадрової військової служби, поєднане з позбавленням військових нагород і почесних знаків, а також розжалування – щодо військовослужбовців; втрата орденів, нагород та почесних звань і здатності до їх набуття (КК Польщі); відсторонення від посади; втрата прав, які стосуються виборів, нагород чи призначення на посаду (КК Австрії);

– безоплатні роботи (КК Литви);

- вислання іноземців (КК Молдови, Італії, Іспанії, Сан-Марино);
- оприлюднення вироку (КК Польщі);
- нагляд за небезпечними особами (КК Італії, Сан-Марино, ФРН, Данії);
- заборона вживати алкоголь і наркотики (КК Таїланду).

Відповідно до законодавства деяких держав захід, який особа не здатна виконати з поважних причин, може бути замінений іншим заходом; якщо особа ухиляється від виконання призначеного їй заходу (за винятком спеціальної конфіскації), суд, не скасовуючи його виконання, призначає їй покарання відповідно до статті Особливої частини КК, яка передбачає відповідальність за таке ухилення (КК Литви, Іспанії).

3.1.3.3. У чому відмінність покарання та пробації від «інших примусових заходів кримінально-правового впливу»? Вони відрізняються за такими основними ознаками (**див. табл. 11**).

Таблиця 11. **Відмінності покарання та пробації від «інших примусових заходів кримінально-правового впливу»**

Покарання та пробація	Інші примусові заходи
Передбачають правовий наслідок винного кримінально караного діяння	Можуть призначатися і за відсутністю вини
Є можливими лише у разі притягнення особи до кримінальної відповідальності та є її формами	Можуть бути застосовані і поза кримінальною відповідальністю
Носять репресивний характер, мають на меті насамперед відплату та залякування	Безпосередньо спрямовані на усунення «небезпечного стану» особи, яка вчинила або може вчинити суспільно небезпечне діяння
Їхня превентивна роль є другорядною	Безпосередньо спрямовані на спеціальну превенцію і вирішення завдань з відновлення становища, яке існувало до вчинення діяння
Передбачені (у КК України – тільки покарання) санкцією відповідної статті	В силу їхньої різноманітності, як правило, санкцією не передбачаються
При їх призначенні судом враховується насамперед ступінь тяжкості злочинного діяння, а принцип індивідуалізації означає лише вибір того чи іншого виду і розміру покарання (за загальним правилом – у межах санкції) чи пробації	Суд має можливість обрати такі заходи, що найбільше відповідають особистості порушника загалом (зокрема, його суспільній небезпечності) та мотивам вчиненого ним діяння, тобто максимально суб'єктивувати

3.1.4. Квазізаходи кримінально-правового впливу

Нарешті, третя група заходів кримінально-правового впливу – це квазізаходи, тобто уявні, несправжні заходи, такі, що не здатні повноцінно вплинути на вирішення кримінально-правового конфлікту. Виникає питання – навіщо вони тоді? Але без них також не може існувати кримінальне право. Кримінально-правовий конфлікт в житті може «погаснути» сам по собі, але закон повинен містити як відповідні пояснення – чому держава не реагує на цей конфлікт, так і форми фіксації того факту, що конфлікт вичерпано.

Отже, ознаками цих заходів є те, що:

- вони застосовуються виключно за ухвалою суду;
- негативна реакція держави на правопорушення і на його суб'єкта виражається, як правило, лише в осуді;
- у зв'язку із застосуванням цих заходів правопорушник не мусить ані терпіти жодних додаткових обмежень прав і свобод, ані виконувати жодних додаткових обов'язків;
- їх застосування не стимулює, не спонукає правопорушника до суспільно корисної, правильної поведінки.

Види квазізаходів:

1) звільнення від кримінальної відповідальності: у зв'язку із зміною обстановки (ст. 48); у зв'язку із закінченням строків давності вчинення к.пр. (ст. 49);

2) звільнення від покарання: у зв'язку з усуненням караності діяння (ч. 2 ст. 74); за хворобою (ст. 84); у зв'язку із закінченням строків давності вчинення к.пр. або виконанням обвинувального вироку (ч. 5 ст. 74, ст. 80); в порядку амністії чи помилування (ч. 2 ст. 86, ч. 2 ст. 87);

3) заміна покарання більш м'яким: через неможливість застосувати давність (заміна довічного позбавлення волі позбавленням волі на певний строк – ч. 4 ст. 49); в порядку амністії чи помилування (ч. 2 ст. 86, ч. 2 ст. 87);

4) звільнення юридичної особи від застосування заходів кримінально-правового характеру через давність вчинення злочину (ст. 96-5).

Як видно з цього переліку, не існує жодної «заслуги» особи у тому, що закон раптово став «прихильним» до неї, як немає і жодної заслуги держави – ні щодо виправлення особи, ні щодо запобігання вчиненню нових к.пр. нею та іншими особами. Квазізаходи застосовуються тому, що «просто так сталося», або через політичну, економічну чи іншу доцільність.

Водночас треба мати на увазі, що межа між заохочувальними заходами кримінально-правового впливу та квазізаходами не є непорушною і непереборною. Якщо, скажімо, черговим законом про амністію як умова її застосування до певних осіб буде, наприклад, передбачено відшкодування ними шкоди чи вчинення певних інших суспільно-корисних дій, то звільнення особи від покарання за амністією може розглядатися як заохочувальний захід кримінально-правового впливу. Так само теоретично і звільнення від відбування покарання у зв'язку з тяжкою хворобою може втратити ознаки квазізаходу, якщо таке звільнення сконструювати в законі як умовне (наприклад, коли у разі ухилення особи від лікування, поєданого із систематичним пияцтвом, відмовою від працевлаштування тощо, вона за рішенням суду поверталась би до установи відбування покарання) (докладніше про це див. п. 3.5.3.6 посібника).

Квазізаходів у КК має бути передбачена мінімальна кількість: давність, декриміналізація діяння, тяжка хвороба і – за певних умов – амністія.

Література

- Антипов В.В., Антипов В.І. Обставини, які виключають застосування кримінального покарання. – К.: Атіка, 2004. – 208 с.
- Багрий-Шахматов Л.В. Социально-правовые проблемы уголовной ответственности и форм ее реализации: Общая часть: Курс лекций. – Одесса: Бахва, 1998. – 192 с.
- Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.
- Меркулова В.О. Деякі міркування щодо співвідношення кримінальної відповідальності та покарання // Проблеми законності. – 2001. – Вип. 50. – С. 120–125.
- Хавронюк А. Зло чинити вигідно // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 10. – С. 128–133.

Запитання і завдання

1. Які вам відомі види заходів кримінально-правового впливу?
2. Поясніть, чим відрізняється притягнення до кримінальної відповідальності від її настання.
3. Чи обмежується зміст кримінальної відповідальності, а також заходів кримінально-правового впливу визнанням судом особи винною у вчиненні к.пр.? Які існують форми кримінальної відповідальності?

3.2. Заохочувальні заходи кримінально-правового впливу

3.2.1. Звільнення від кримінальної відповідальності як заохочувальний захід кримінально-правового впливу

3.2.1.1. Інститут звільнення від кримінальної відповідальності, будучи втіленням принципів гуманізму, справедливості та економії кримінально-правової репресії, є формою реагування сучасної держави на вчинення к.пр., альтернативною покаранню та звільненню від покарання. Його практичну значущість, затребуваність засвідчують статистичні дані: щороку в Україні від кримінальної відповідальності звільняється понад 20 тис. осіб.

Звільнення від кримінальної відповідальності може бути визначене як врегульована кримінальним і кримінальним процесуальним* законодавством відмова держави від засудження особи, яка вчинила

* § 2 глави 24 КПК України 2012 р. має назву «Звільнення особи від кримінальної відповідальності».

к.пр., і від застосування щодо останньої примусу у вигляді покарання. За своїм змістом звільнення від кримінальної відповідальності характеризується трьома ознаками:

- 1) не відбувається державний осуд особи, яка вчинила к.пр.;
- 2) до винного не застосовується покарання;
- 3) відсутній обвинувальний вирок, й особа вважається такою, що не має судимості.

Звільнення від кримінальної відповідальності немає підстав визнавати формою реалізації кримінальної відповідальності – це форма реалізації кримінально-правових норм поза інститутом кримінальної відповідальності.

Але звільнення від кримінальної відповідальності не свідчить про виправдання особи, про визнання її невинуватою; передбачені законом підстави звільнення від кримінальної відповідальності визнаються не-реабілітуючими. Тому, зокрема, звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинення основного (первинного) к.пр. не виключає кримінальної відповідальності за причетність до цього к.пр. З урахуванням того, що від кримінальної відповідальності може звільнитись лише та особа, яка зобов'язана її нести, вирішенню питання про звільнення від кримінальної відповідальності має передувати повне і точне встановлення фактичних обставин і правильна кваліфікація вчиненого к.пр.

Постановою Ялтинського міського суду АРК Г.М. було звільнено від кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК, у зв'язку з дійовим каяттям. Скасовуючи цю постанову і направляючи справу на новий судовий розгляд, колегія суддів судової палати у кримінальних справах ВСС у своїй ухвалі, зокрема, зазначила, що міський суд у порушення вимог законодавства не виклав формулювання обвинувачення, визнане судом доведеним, не навів доказів на його підтвердження і не встановив факту наявності в діях Г.М. інкримінованого йому складу злочину. Крім того, у постанові міського суду не наведено, які саме обставини свідчили про дійове каяття підсудного, його сприяння розкриттю злочину, вжиття ним заходів щодо відшкодування завданих злочином збитків або усунення заподіяної шкоди. За таких обставин звільнення Г.М. від кримінальної відповідальності на підставі ст. 45 КК визнане передчасним.*

Відповідно до ст. 287 КПК у клопотанні прокурора про звільнення від кримінальної відповідальності, яке надсилається до суду, крім інших моментів, мають бути вказані фактичні обставини к.пр. та його правова кваліфікація із зазначенням статті (частини статті) закону про кримінальну відповідальність.

Від кримінальної відповідальності звільняється особа, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, що містить склад конкретного к.пр. У зв'язку з цим звільнення від кримінальної відповідальності

* Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. – 2012. – Вип. 4. – С. 8–10.

потрібно відрізнати від тих випадків, коли склад к.пр. взагалі відсутній. Маються на увазі: дія або бездіяльність, яка, хоч формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого кримінальним законом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки (ч. 2 ст. 11); обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння (ст.ст. 36–43); вчинення суспільно небезпечного діяння неосудною особою (ч. 2 ст. 19) або особою, яка не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ст. 22); готування до злочину невеликої тяжкості (ч. 2 ст. 14); добровільна відмова при незакінченому к.пр. (ст. 17).

Звільнення від кримінальної відповідальності слід також відрізнати від випадків, коли особа такій відповідальності не підлягає (ч. 2 ст. 7, ч. 2 ст. 385, ч. 2 ст. 396 КК), від зворотної дії закону про кримінальну відповідальність, що скасовує кримінальну протиправність діяння (однією з підстав закриття кримінального провадження виступає набрання чинності законом, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою, – п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК), а так само від непритягнення до кримінальної відповідальності осіб, які користуються недоторканністю (дипломатичні представники іноземних держав, народні депутати України тощо), стосовно яких законодавством встановлено особливий порядок притягнення до кримінальної відповідальності.

Згідно з КК звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування – самостійні, відокремлені один від одного інститути.

Для кримінального законодавства більшості європейських держав таке «подвоєння» пільгових інститутів не притаманне; відповідні приписи, як правило, розглядаються як єдине ціле. Наприклад, звільнення від покарання, а не від кримінальної відповідальності регламентується кримінальним законодавством Польщі, Словаччини, Франції, Чехії, Швейцарії.

Якщо звільнення від кримінальної відповідальності регламентується не лише Загальною, а й Особливою частиною КК України, то звільнення від покарання та його відбування – інститут виключно Загальної частини кримінального права, який складають норми, розміщені у розділі XII Загальної частини КК.

Звільнення від кримінальної відповідальності охоплює звільнення від покарання. Разом з тим звільнення від покарання не означає звільнення від кримінальної відповідальності, адже у разі звільнення від покарання (його відбування) має місце щонайменше такий обов'язковий елемент кримінальної відповідальності, як осуд особи, яка вчинила к.пр., обвинувальним вироком суду. Крім того, особа, піддана кримінальній відповідальності, може зазнавати певних правообмежень у деяких випадках звільнення від покарання та його відбування. Наприклад, у ст. 76 КК перелічені обов'язки, які можуть покладатися судом

на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням у порядку, передбаченому ст. 75 і ст. 79 КК*.

КК передбачає такі випадки звільнення від кримінальної відповідальності:

- 1) у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45);
- 2) у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46);
- 3) у зв'язку з передачею особи на поруки (ст. 47). До речі, це законодавче положення – одна з ідеологічних догм, скасування яких стоїть на порядку денному; воно є застарілим через зміну суспільної моралі і перехід до ринкових відносин;
- 4) у зв'язку із зміною обстановки (ст. 48);
- 5) у зв'язку із закінченням строків давності (ст. 49);
- 6) у зв'язку із застосуванням до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру (ст. 97);
- 7) спеціальні випадки звільнення від кримінальної відповідальності, передбачені Особливою частиною, а специфічне звільнення від кримінальної відповідальності, врегульоване одночасно Загальною та Особливою частинами, передбачено у ч. 4 ст. 401 КК.

Не всі випадки звільнення від кримінальної відповідальності, відомі КК, треба пов'язувати із кримінально-правовим заохоченням. Юридичними фактами, з якими законодавець пов'язує звільнення від кримінальної відповідальності, є або певні дії особи після вчинення нею к.пр. (наприклад, дійове каяття), або події (зміна обстановки тощо). З огляду на це звільнення від кримінальної відповідальності, зокрема у зв'язку із зміною обстановки та у зв'язку із закінченням строків давності, немає підстав визнавати проявом кримінально-правового заохочення.

Буквальне тлумачення ч. 1 ст. 62 Конституції України дозволяє стверджувати, що встановлення винності особи у вчиненні к.пр. обвинувальним вироком суду вимагається лише у тому разі, коли особа піддається покаранню. Але Конституція України не дає прямої відповіді на питання про те, в якому порядку має встановлюватись винність особи у вчиненні к.пр., якщо цій особі покарання не призначається. Міжнародно-правові документи з прав людини (ч. 1 ст. 11 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р., ч. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., ч. 2 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, прийнятого Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 р.) також не виключають можливість визнання особи винною у вчиненні к.пр. процесуальним актом, відмін-

* Докладніше див.: Письменський Є.О. Теоретико-прикладні проблеми звільнення від покарання та його відбування за кримінальним правом України: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2014. – С. 79–101.

ним від обвинувального вироку суду. Таким чином, регламентований КК і КПК інститут звільнення від кримінальної відповідальності не суперечить презумпції невинуватості у тому вигляді, в якому цей процесуальний принцип закріплений у ч. 1 ст. 62 Конституції України.

ЄСПЛ, інтерпретуючи положення про презумпцію невинуватості як складову права кожного на справедливий суд (ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод), неодноразово вказував на те, що Конвенція має тлумачитись таким чином, щоб гарантувати конкретні й реальні, а не ілюзорні і теоретичні права. Так, порядок спростування презумпції невинуватості може розрізнятись, але із гарантуванням при цьому права особи на захист. Виявляється, що практика ЄСПЛ не відкидає як таку можливість закриття кримінальної справи на етапі досудового розслідування, зокрема, якщо особа відмовилась від свого права на судовий захист, визнає себе винною і відшкодовує заподіяну шкоду, а також в інших випадках, коли слідство не вважає за необхідне передавати справу до суду.*

*Про це варто пам'ятати, даючи оцінку рішенням ЄСПЛ від 21 вересня 2006 р. у справі «Грабчук проти України», яким Суд визнав порушенням презумпції невинуватості винесення постанов про закриття кримінальної справи щодо заявниці, сформульованих таким чином, що не залишалось сумніву у винності особи**.* Вказані постанови, у т.ч. у зв'язку із закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності, слідчий і суд ухвалювали, незважаючи на те, що Грабчук не визнавала себе винною в ікримінованій їй халатності (ст. 167 КК 1960 р.).

З погляду дотримання європейських стандартів принципове значення має те, що закріплений у вітчизняному законодавстві алгоритм звільнення від кримінальної відповідальності не означає звуження прав людини у сфері кримінального судочинства. Адже закриття кримінального провадження ухвалою суду у зв'язку зі звільненням особи від кримінальної відповідальності не допускається, якщо підозрюваний (обвинувачений) проти цього заперечує. У цьому разі кримінальне провадження продовжується у загальному порядку (ч. 7 ст. 284, ч. 3 ст. 285 КПК)***.

3.2.1.2. Суть **дійового каяття** як підстави обов'язкового звільнення від кримінальної відповідальності полягає в тому, що особа, яка вчинила к.пр., не лише внутрішньо переживає і словесно розкаюється у вчиненому, а і підтверджує це своїми соціально корисними та активними

* Европейский суд по правам человека: Избранные решения: В 2 т. – Т. 2 / Председатель ред. ком. В.А. Туманов. – М.: НОРМА, 2001. – С. 87; Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий / Отв. ред. В.А. Четвернин. – М., 1997. – С. 282.

** Рішення від 21 вересня 2006 р. у справі «Грабчук проти України». Справа щодо дотримання принципу презумпції невинуватості (стилий виклад) // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 7. – С. 46–47.

*** Докладніше див.: Кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 743–753.

діями. Вчинити їх вона може з власної ініціативи, проте застосування ст. 45 КК не виключається і у разі, коли дійовому каяттю передувала роз'яснювальна робота компетентних органів.

Як загальна підстава звільнення від кримінальної відповідальності або від покарання дійове каяття передбачено законодавством держав СНД (крім Киргизії), КНР, Латвії, Монголії, Республіки Корея. Але набагато ширше поширення дійове каяття отримало у сучасному зарубіжному кримінальному законодавстві як обставина, яка пом'якшує покарання.

Згідно зі ст. 45 КК звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям здійснюється, якщо: 1) особа вчинила к.пр. уперше; 2) діяння належить до злочинів невеликої тяжкості або необережних злочинів середньої тяжкості; 3) встановлено позитивну посткримінальну поведінку винного, яка виражається у щирому каятті особи, активному сприянні розкриттю к.пр., повному відшкодуванні завданих збитків або усуненні заподіяної шкоди.

*Постановою Лутугинського районного суду Луганської області В. і С. були звільнені від кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ч.1 ст. 366 КК, у зв'язку з дійовим каяттям. Скасовуючи цю постанову, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС аргументувала своє рішення тим, що ні в постанові слідчого про направлення справи до суду, ні в постанові районного суду не вказано вид і розмір заподіяної злочином шкоди і не зазначено про її усунення В. і С.**

Звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. 45 КК не повинно виключатись у разі, коли винний об'єктивно позбавлений можливості виконати всі вимоги, які містяться у цій нормі. Так, якщо посягання не спричинило чітко виражених суспільно небезпечних наслідків (як це, наприклад, має місце у разі затримання злодія «на гарячому»), особа не в змозі здійснити такі дії, як повне відшкодування завданих збитків та усунення заподіяної шкоди. Відсутність активного сприяння розкриттю к.пр. з боку винної особи може бути зумовлена тим, що правоохоронним органам і без її допомоги вдалося повністю розкрити к.пр.

Щире каяття означає, що особа визнає свою винність за усіма пунктами висунутого проти неї обвинувачення, дає правдиві свідчення, щиро шкодує про вчинене, негативно оцінює к.пр., співчуває потерпілому, демонструє готовність понести заслужене покарання. Щире каяття може мати місце на будь-якій стадії кримінального процесу, у т.ч. після того, як правоохоронними органами зібрані докази винності особи в інкримінованому їй к.пр. Виражене словесно і закріплене письмово визнання особою своєї винності у к.пр. не завжди є проявом саме щирого каяття, оскільки може поєднуватись із критикою чинно-

* Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 5. – С. 18–19.

го законодавства, виправдуванням своєї поведінки. Не виключається можливість імітації каяття або недостовірного каяття (наприклад, у випадку самообмови).

Під **активним сприянням розкриттю** к.пр. треба розуміти дії винної особи, спрямовані на те, щоб надати допомогу правозастосовним органам у встановленні істини, з'ясуванні тих фактичних обставин, які мають істотне значення для розкриття к.пр. Конкретно така поведінка може полягати у повідомленні про всі відомі епізоди й обставини діяння, викритті інших співучасників тощо.

Відшкодування завданих збитків та усунення заподіяної шкоди – це дії, які фактично усувають негативні наслідки вчиненого к.пр. Із КК випливає, що звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям можливе тільки у разі реального відшкодування (усунення) у повному обсязі спричинених к.пр. втрат фізичного, майнового або морального характеру, а не обіцянок це зробити.

Відшкодуванням завданих збитків та усуненням заподіяної шкоди слід визнавати, зокрема: повернення вилученого майна або надання потерпілому замість вилученого, знищеного чи пошкодженого рівноцінного майна; компенсацію у грошовій формі вартості вилученого, знищеного чи пошкодженого майна; відновлення своєю працею або за свій рахунок властивостей пошкодженого майна; оплату вартості лікування. Питання, чи повністю відшкодовані завдані збитки або усунена заподіяна шкода, вирішується у кожному конкретному випадку з урахуванням обставин кримінальної справи, обґрунтованості вимог потерпілої особи тощо. При цьому слід, зокрема, враховувати те, що згідно зі ст. 22 ЦК відшкодування збитків у повному обсязі означає відшкодування не тільки реальних збитків, а і упущеної вигоди.

3.2.1.3. Передбачене ст. 46 КК звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з **примиренням винного з потерпілим** дозволяє потерпілому більш оперативно отримати належну компенсацію заподіяної йому шкоди, особі, яка вчинила к.пр., – уникнути відповідальності, а державі – зекономити ресурси для боротьби зі злочинністю. Розглядуване звільнення від кримінальної відповідальності – прояв гуманізму щодо особи, яка вчинила к.пр., і щодо потерпілого, якому надається право вибачити або ні цю особу і водночас у повному обсязі захистити свої права людини і громадянина*.

Ставлення до кримінально-правового примирення серед відомих правників минулого було неоднозначним. Наприклад, Чезаре Беккарія писав, що звільнення від покарання у випадку, коли потерпілий вибачив винного, відповідає

* Мальцев В. Освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием и примирением с потерпевшим // Уголовное право. – 2007. – № 6. – С. 27.

вимогам милосердя і людяності і водночас суперечить суспільному благу. Окремий громадянин може відмовитись від відшкодування заподіяної йому шкоди, однак його вибачення не усуває необхідності показати іншим приклад. Право покарання є правом не однієї людини, а всіх громадян чи суверена. Натомість І.Я. Фойницький, допускаючи примирення з кривдником, наприклад, при з'явтанні або перелюбстві, вважав примирення необхідним, якщо переслідування окремих злочинів може викликати негативні наслідки не лише для злочинця, а і для потерпілого.

З історичної точки зору першим свідченням виникнення примирення між скривдженим і кривдником як засобу розв'язання кримінального конфлікту може вважатись заміна кровної помсти викупом. У радянський період і протягом першого десятиліття незалежності України примирення з потерпілим як підстава закриття кримінальної справи передбачалось тільки кримінально-процесуальним законом у кримінальних справах приватного обвинувачення. На сьогодні положення про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням із потерпілим передбачають тільки КК держав СНД, а також Латвії, Литви, Монголії і Румунії.

З точки зору забезпечення інтересів потерпілих конструктивною видається доктринальна пропозиція розширити (залежно від тяжкості вчиненого злочину і того, чи був він вчинений вперше) перелік кримінально-правових наслідків примирення за рахунок звільнення від покарання та його відбування, а також пом'якшення покарання. Крім всього іншого, така пропозиція враховує відповідний зарубіжний досвід (ст. 155 КК Іспанії, § 46-а КК ФРН, ст. 60 КК Польщі тощо)*.

До умов звільнення від кримінальної відповідальності, передбаченого чинною редакцією ст. 46 КК, належать: 1) примирення особи, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, з потерпілим; 2) відшкодування винним завданих ним збитків або усунення заподіяної шкоди.

*Постановою Голосіївського районного суду м. Києва Я.С., який вчинив злочин, передбачений ч. 1 ст. 185 КК, на підставі ст. 46 КК був звільнений від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням із потерпілою. Колегія суддів судової палати у кримінальних справах ВСС скасувала цю постанову, а справу направила на новий судовий розгляд на тій підставі, що злочин, вчинений Я.С., відповідно до закріпленої у ст. 12 КК класифікації належить до умисних злочинів середньої тяжкості**.*

Стаття 46 КК не містить формальних обмежень, пов'язаних із потерпілими, суб'єктами к.пр. і характером заподіяної шкоди, щодо злочинів невеликої тяжкості і необережних злочинів середньої тяжкості, за вчинення яких особа звільняється від кримінальної відповідальності. У літературі з цього приводу зустрічаються різні обмежувальні тлумачення

* Про зарубіжний досвід медіації див.: Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – С. 538–546.

** Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. – 2012. – № 3. – С. 41–42.

КК. Цілком очевидним є існування к.пр., які носять переважно публічний характер і за вчинення яких звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням із потерпілим *de lege ferenda* або не повинне застосовуватись взагалі, або має бути не обов'язковим, а факультативним. На користь такої доктринальної пропозиції вказує суперечливість судової практики (у т.ч. на рівні ВС) з питання про коло тих злочинів, вчинення яких дозволяє застосовувати ст. 46 КК (типовий приклад – кримінально каране хуліганство*).

З точки зору застосування ст. 46 КК **відшкодування** завданих збитків (усунення заподіяної шкоди) може бути і неповним (на відміну від ст. 45 КК), але у будь-якому разі воно має бути достатнім. Цей критерій визначається за угодою потерпілого, який пропонує конкретні форми та механізми відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди, та особи, яка вчинила к.пр. Відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди (одномоментне або у кілька прийомів) може як передувати примиренню, так і здійснюватись одночасно з ним, але у будь-якому разі повинне мати місце до винесення постанови суду про звільнення особи від кримінальної відповідальності.

§ 46-а КК ФРН, який передбачає право суду пом'якшити покарання або навіть відмовитись від його призначення, якщо правопорушник пройшов через процес медіації з жертвою, альтернативно вказує на виплату компенсації жертві або докладання до цього серйозних зусиль. Стаття 66 КК Польщі, надаючи суду право застосувати умовне припинення провадження у кримінальній справі у випадку, коли потерпілий примирився з правопорушником і останньому загрожує позбавлення волі на строк не більше 5 років, передбачає, що правопорушник виправив шкоду або потерпілий або правопорушник узгодили спосіб виправлення шкоди. Однією з умов передбаченого ст. 38 КК Литви звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням виступає із потерпілим є те, що особа добровільно відшкодувала шкоду, заподіяну фізичній або юридичній особі, або домовилась про відшкодування або загладження цієї шкоди. Якщо особа без поважних причин не виконує затверджену судом домовленість про умови і порядок відшкодування заподіяної шкоди, суд може скасувати своє рішення й ухвалити рішення про кримінальну відповідальність цієї особи за вчинене.

Вважаємо, що поліпшений у подібний спосіб КК України має передбачати важелі впливу на звільнену від кримінальної відповідальності особу, яка не виконує взяті на себе зобов'язання із відшкодування завданих збитків (усунення заподіяної шкоди). Застосування вдосконаленої ст. 46 КК також не повинне виключатись у випадку пробачення (повністю або частково) потерпілим шкоди, заподіяної йому особою, яка вчинила к.пр.

* Див., наприклад: Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 6. – С. 15–16; Рішення Верховного Суду України. – 2011. – Вип. 2. – С. 98–99.

Момент відшкодування завданих збитків (усунення заподіяної шкоди) має знайти конкретне відображення і закріплення у процесуальних документах, у т.ч. для того, щоб унеможливити у майбутньому необґрунтовані вимоги з боку потерпілого про необхідність виплати йому додаткових коштів.

Мелітопольський міський суд Запорізької області своєю постановою заклав кримінальну справу щодо М., обвинуваченого за ч. 2 ст. 286 КК, і звільнив його від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням потерпілих із підсудним. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС скасувала цю постанову, вказавши на те, що при її ухваленні міський суд порушив вимоги кримінального і кримінально-процесуального закону. Зокрема, міський суд необґрунтовано перекваліфікував дії М. з ч. 2 ст. 286 КК на ч. 1 цієї статті (одній з потерпілих осіб в результаті ДТП було заподіяно неправне знівечення обличчя, тобто тяжке тілесне ушкодження), а також не врахував того, що М. відшкодував потерпілим лише частину заподіяної шкоди, а решту зобов'язався відшкодувати у майбутньому, що унеможливає застосування ст. 46 КК.*

У разі наявності кількох потерпілих винний, який претендує на звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК, повинен досягти примирення з кожним із них і кожному з потерпілих відшкодувати завдані збитки або усунути заподіяну шкоду. Якщо винний примирився не з усіма потерпілими, не кожному із них відшкодував завдані збитки (усунув заподіяну шкоду), ст. 46 КК застосуванню не підлягає. У разі, коли к.пр. вчинене у співучасті, потерпілий може примиритись з усіма, кількома або лише з одним із співучасників.

Для звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, на відміну від ст. 45 КК, не вимагається, щоб суб'єкт, який вчинив к.пр., щиро покаявся та активно сприяв його розкриттю. Якщо заподіяна шкода відшкодована, проте примирення потерпілого з винним не відбулося, останній не може бути звільнений від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК. Однак відсутність зазначеного примирення не перешкоджає застосуванню у цьому разі ст. 45 КК (за наявності всіх передбачених нею умов). З огляду на конституційний імператив «усі сумніви – на користь обвинуваченого», при вирішенні питання про конкуренцію ст. 45 і ст. 46 КК пріоритет слід віддавати нормі, що передбачає такі умови звільнення від кримінальної відповідальності, які у конкретній ситуації склалися раніше. Якщо відповідні умови виконані одночасно, пріоритет (з урахуванням того, що воля потерпілої особи має бути визначальною для розв'язання кримінально-правового конфлікту) повинна мати ст. 46 КК.

* Рішення Верховного Суду України – 2004. – Вип. 2. – С. 89–91.

Під **примиренням** потрібно розуміти добровільну юридично значущу угоду між суб'єктом к.пр. і потерпілим, яка є умовою звільнення винного від кримінальної відповідальності. Потерпілий, примирившись з винною особою і будучи задоволеним відшкодуванням завданих збитків та усуненням заподіяної шкоди, може звернутись до суду з клопотанням звільнити від кримінальної відповідальності особу, яка вчинила к.пр., або принаймні не заперечувати проти такого звільнення. Факт примирення потребує відповідного процесуального закріплення.

Постановою Красногвардійського районного суду АРК А.М. було звільнено від кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 296 КК, на підставі ст. 46 КК у зв'язку з примиренням підсудного з потерпілим. Скасовуючи цю постанову і направляючи справу на новий судовий розгляд, колегія суддів судової палати у кримінальних справах ВСС у своїй ухвалі, зокрема, вказала на відсутність у матеріалах справи заяв потерпілих щодо їх примирення з А.М. Закриваючи провадження у справі, суд у постанові послався на заяви потерпілих і зазначив, що вони у судовому засіданні заявили клопотання про закриття провадження у зв'язку з примиренням із підсудним і про відсутність до нього претензій матеріального і морального характеру. Однак це не відповідає протоколу судового засідання, який не містить даних про розгляд справи за участю потерпілих і заявлення ними такого клопотання.*

Для застосування ст. 46 КК не мають значення мотиви, якими керується потерпілий, добровільно погоджуючись на примирення (жалість, релігійні переконання, сподівання на дружбу, бажання поліпшити своє майнове становище тощо), а також те, хто виступив ініціатором примирення (винний, потерпілий, їх знайомі, родичі, працівники правоохоронних органів). Однак звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. 46 КК не допускається, якщо встановлено, що заяву про припинення подальшого кримінального переслідування винної особи потерпілий зробив не добровільно, а вимушено – в результаті погроз, залякувань або іншого неправомірного впливу з боку винного або його оточення.

Із тексту ст. 46 КК випливає, що примирення має відбутись з потерпілим (важливим є волевиявлення саме цієї особи), а не з іншими особами, які беруть участь у кримінальному провадженні.

Дискусійним у літературі є питання, чи можуть укласти угоду про примирення законні представники потерпілого, якщо ним є неповнолітній або особа, визнана недієздатною чи обмежено дієздатною. У літературі з цього приводу висловлено точку зору, згідно з якою право на примирення – це матеріальне право особи, яке не може бути передано

* Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. – 2012. – Вип. 4. – С. 10–12.

представнику, оскільки кримінальне право не знає інституту представництва. У зв'язку з цим законні представники відповідних потерпілих не вправі здійснювати належні останнім матеріальні права і, відповідно, бути суб'єктами примирення, врегульованого кримінальним законом. До такої думки схиляє і ч. 4 ст. 56 чинного КПК, в якій йдеться про те, що право примиритись з підозрюваним (обвинуваченим) і укласти угоду про примирення, у т.ч. у випадках, передбачених законом про кримінальну відповідальність, має потерпілий. Про законних представників, як бачимо, тут не йдеться. А відповідно до ч. 5 ст. 44 КПК законний представник користується процесуальними правами особи, інтереси якої він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним (обвинуваченим) і не може бути доручена представнику.

Якщо потерпілими виступають малолітні особи чи особи, які за своїм психічним станом не можуть адекватно використовувати належні їм права, пропонується виходити із презумпції їх незгоди з примиренням. Якщо посягання вчинено проти такого потерпілого, це засвідчує більшу суспільну небезпеку особи, у зв'язку з чим безпідставно звільняти її від кримінальної відповідальності. Навіть якщо допустити прямо не передбачену законом можливість укладання угоди про примирення з батьком або опікуном неповнолітнього, який не досяг 15 років, а також із самим неповнолітнім за згодою батьків, слід враховувати певну аморальність такого примирення.

Мабуть, подібними міркуваннями керувався законодавець Латвії, вказавши (ч. 2 ст. 58 КК) на те, що особа, яка вчинила кримінальний проступок щодо неповнолітнього, не підлягає звільненню від кримінальної відповідальності на підставі мирової угоди. Натомість згідно зі ст. 109 КК Молдови примирення як акт, за допомогою якого усувається кримінальна відповідальність за певні злочини, здійснюється особисто. Однак щодо недієдатних осіб примирення здійснюється їх законними представниками, а обмежено дієдатні здійснюють примирення за згодою осіб, передбачених законом.

Проблему суб'єктного складу кримінально-правового примирення необхідно розв'язати у законодавчому порядку так, як це зроблено, наприклад, у КК Іспанії. Стаття 130 цього Кодексу до підстав припинення кримінальної відповідальності відносить у тому числі висловлене у чітко вираженій формі вибачення потерпілим винного. При цьому у справах про злочини і проступки проти неповнолітніх і недієдатних суд, враховуючи думку прокуратури, може відхилити вибачення винних законними представниками неповнолітніх або недієдатних.

3.2.1.4. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, передбачене ст. 46 КК України, нагадує відомий зарубіжному законодавству інститут **медіації** як альтернативного способу врегулювання кримінально-правових конфліктів, в основу якого покладено посередництво у примиренні сторін.

У Концепції реформування кримінальної юстиції України, затв. Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008, перспективною формою правосуддя було названо відновне правосуддя, основною метою якого є створення умов для примирення потерпілих і правопорушників та усунення наслідків, спричинених злочином (кримінальним проступком).

Останнім часом відновне (примирювальне) провадження активно практикується в Австралії, Бельгії, Великобританії, Канаді, Нідерландах, Новій Зеландії, Польщі, США, ФРН, Франції, Чехії, деяких інших державах. При цьому у більшості держав світу примирення з потерпілим є інститутом не кримінального, а кримінально-процесуального права.

Ознайомлення з главою 35 КПК (назва глави – «Кримінальне провадження на підставі угод») дозволяє стверджувати, що вітчизняний законодавець сприймає саме такий підхід. Регламентовані КПК угоди про примирення між потерпілим і підозрюваним (обвинуваченим) не стосуються врегульованого КК звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, тобто в цій частині КК і КПК між собою не узгоджені. Адже кримінальне провадження на підставі вказаних угод передбачає ухвалення вироку і призначення покарання, хай і узгодженого сторонами відповідної угоди*, чого не відбувається у випадку звільнення від кримінальної відповідальності. У цьому разі обвинувальний вирок суду, яким особа офіційно визнається винною у к.пр. та який виражає негативну оцінку вчиненому з боку держави, як вже зазначалось, не постановляється. Відрізняється і коло тих к.пр., щодо яких застосовуються кримінально-правове і кримінально-процесуальне примирення.

Якщо до суду надійшла угода сторін про примирення, укладена у порядку, визначеному КПК, однак мають місце передбачені ст. 46 КК умови звільнення від кримінальної відповідальності, суд повинен відмовити у затвердженні угоди про примирення і звільнити обвинуваченого від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим. Інакше кажучи, питання про конкуренцію між ст. 46 КК і нормами КПК щодо угод про примирення між потерпілим і підозрюваним (обвинуваченим) має вирішуватись на користь ст. 46 КК як норми, застосування якої тягне для порушника кримінально-правової заборони більш сприятливі наслідки**.

* Відповідно до ч. 5 ст. 65 КК у випадку затвердження вироком угоди про примирення або про визнання вини суд признає покарання, узгоджене сторонами угоди.

** Про те, що здійснюване на підставі ст. 46 КК звільнення від кримінальної відповідальності є більш сприятливим для особи, ніж передбачене КПК укладення угоди про примирення, говориться і в здійсненому апеляційним судом м. Києва Узагальненні судової практики застосування законодавства про звільнення від кримінальної відповідальності або від кримінального покарання від 1 вересня 2013 р. (Юридичний вісник України (Інформаційно-правовий банк). – 2013. – № 49. – С. 11, 28).

Передбачена КПК угода про примирення:

- укладається між потерпілим та обвинуваченим (підозрюваним);
- може бути укладена у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості та у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення;
- повинна мати письмову форму та скріплюватися підписами, її зміст має відповідати вимогам, передбаченим ст. 471 КПК*;
- може передбачати розстрочення відшкодування шкоди, завданої к.пр., при цьому має бути вказаний відповідний строк;
- може передбачати перелік дій, не пов'язаних з відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язані вчинити на користь потерпілого, при цьому вказується строк їх вчинення;
- передбачає як її наслідки погодження покарання, домовленість про призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням.

Фактично чинні КК і КПК регулюють два різновиди звільнення від покарання з випробуванням: 1) загальний – коли вимагається встановлення можливості виправлення засудженого без відбування покарання; 2) спеціальний – у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, для укладення якої з'ясування питань, визначених у ч. 1 ст. 75 КК, не є обов'язковим.

Окремі положення, пов'язані з кримінально-процесуальним примиренням, могли б стати у нагоді при вдосконаленні ст. 46 КК (зокрема, щодо відмінних від відшкодування шкоди дій, які підозрюваний (обвинувачений) зобов'язаний вчинити на користь потерпілого, вказівки на строк відшкодування шкоди, заподіяної к.пр., наслідків невиконання угоди про примирення).

За відсутності однієї з умов примирення, регламентованого ст. 46 КК (наприклад, винний і потерпілий домовились про відшкодування шкоди у майбутньому), особа не може бути звільнена від кримінальної відповідальності, проте це не виключає укладення угоди про примирення у порядку, передбаченому КПК**.

3.2.1.5. Поряд із звільненням від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим як положенням матеріального права (ст. 46 КК), процесуальний порядок застосування якого визначений у § 2 глави 24 КПК, паралельно (автономно) існує інститут кримінального провадження у формі **приватного обвинувачення** (глава 36 КПК). Відмінності між ними полягають, зокрема, у тому, що:

* Ця стаття КПК, в якій фігурує узгоджене покарання, не стосується звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим.

** Про несистемний характер законодавчих змін щодо процедур примирення, пов'язаних з ухваленням у 2012 р. КПК, див. також: Дудоров О.О. Про проблеми кримінально-правового заохочення // Юридичний науковий електронний журнал. – 2013. – № 1. – С. 73–77 // http://lsej.org.ua/1_2013/ukr/Dudorov.pdf

1) кримінальне провадження щодо к.пр., за якими можливе примирення на підставі ст. 46 КК, розпочинається на загальних підставах (тобто і за відсутності волевиявлення потерпілого), а здійснюване щодо к.пр., перелічених у ст. 477 КПК, може бути розпочате слідчим або прокурором лише на підставі заяви потерпілого;

2) кримінальне провадження у зв'язку із звільненням від кримінальної відповідальності (у т.ч. у зв'язку з примиренням винного з потерпілим) закривається судом, а у зв'язку з відмовою потерпілого (його представника) від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення – прокурором (ст. 284 КПК);

3) ст. 46 КК застосовується щодо особи, яка вчинила будь-який злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, у той час як у ст. 477 КПК наведено конкретний перелік к.пр. (порівняно з попереднім КПК кількість відповідних кримінально караних діянь зросла у 23 рази; наразі – це 93 склади, що описані у 54 статтях КК);

4) на відміну від примирення, про яке говориться у ст. 46 КК, відмова потерпілого (його представника) від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення може бути здійснена незалежно від того, чи вперше вчинила винна особа те чи інше к.пр.;

5) якщо ст. 46 КК чітко вимагає відшкодування завданих збитків (усунення заподіяної шкоди), і це має бути здійснене до звільнення особи від кримінальної відповідальності, то приписи нового КПК у частині обов'язковості або факультативності відшкодування шкоди потерпілому у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення, на жаль, позбавлені однозначності.

Процесуальний порядок закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення не має у КК України належної матеріально-правової підстави. Водночас у кримінальному законодавстві багатьох зарубіжних держав (зокрема, Австрії, Білорусі, Болгарії, Голландії, Данії, Іспанії, Литви, Норвегії, Польщі, Франції, Швейцарії, Швеції) містяться положення про те, що певні злочинні діяння караються тільки за скаргою (заявою) потерпілого (його представника).

Так, чимало глав частини другої КК Швеції (аналог Особливої частини КК України) закінчуються статтею, яка регламентує порядок кримінального переслідування. Роль потерпілого при цьому полягає у тому, що він повідомляє про вчинення злочину, вимагає кримінального переслідування, розпочинає його, а також подає відповідну скаргу.

Стаття 33 КК Білорусі («Діяння, які тягнуть кримінальну відповідальність на вимогу потерпілого») містить вичерпний перелік злочинів, вчинення яких тягне кримінальну відповідальність лише за наявності вираженої у встановленому у кримінально-процесуальному порядку вимоги особи, яка постраждала від злочину, її законного представника або представника юридичної особи.

У Загальній частині КК ФРН є розділ 4 під назвою «Скарга у справах приватного обвинувачення, дозвіл на кримінальне переслідування, вимога кримінального переслідування», в якому чітко встановлено, які особи можуть

звертатись із відповідною скаргою. А в Особливій частині КК ФРН визначені злочини, кримінальне переслідування яких здійснюється за скаргою потерпілого (порушення недоторканності житла, образа, порушення таємниці листування, тілесне ушкодження, браконьєрство тощо).

3.2.2. Кримінально-правовий компроміс

Звільнення від кримінальної відповідальності регламентується не лише Загальною, а й Особливою частиною КК. Тобто критерієм поділу видів звільнення на загальні і спеціальні, на перший погляд, є структура кримінального закону. Насправді критерієм вказаного поділу є те, на які саме к.пр. (різного або одного характеру) розраховані відповідні кримінально-правові норми.

Визнавши спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності, передбачені Особливою частиною КК, перспективною формою депеналізації, законодавець у КК 2001 р. істотно збільшив кількість відповідних заохочувальних приписів (це ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 4 ст. 212, ч. 6 ст. 260, ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309 та ін.). В основу звільнення від кримінальної відповідальності на підставі норм Особливої частини КК покладені не лише загальновизнані фундаментальні ідеї кримінального права, а і відносно нове для юридичної науки положення про допустимість **компромісу** у боротьбі із злочинністю. У таких випадках держава йде на компроміс, адже роблячи поступку певним категоріям злочинців, погоджується не застосовувати до них примусові заходи кримінально-правового впливу.

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

Подібні приписи відомі і зарубіжному кримінальному законодавству. Наприклад, згідно з § 83-а КК ФРН у випадках вчинення таких злочинів, як зрада, спрямована проти федеральної держави, і зрада, спрямована проти федеральної землі, суд може на свій розсуд пом'якшити покарання або утрима-

тись від його призначення, якщо виконавець добровільно припиняє подальше виконання діяння та усуває або значно скорочує усвідомлену ним небезпеку того, що інші особи продовжать вчинення дій, або якщо цей виконавець добровільно запобігає завершенню діяння.

За допомогою таких норм держава дозволяє компроміс з особою, яка вчинила те чи інше к.пр., у вигляді гарантії звільнення від кримінальної відповідальності або пом'якшення покарання в обмін на позитивні вчинки особи, перелік яких вказується у таких нормах*. Даючи визначення компромісним нормам, Г.О. Усатий вважає за необхідне додати, що передбачені такими нормами позитивні посткримінальні вчинки особи «сприяють реалізації основних завдань кримінально-правової боротьби із злочинністю»**. Видається, що вказані завдання покликані виконувати і ті кримінально-правові норми, які доктрина відносить до заохочувальних. Ми не поділяємо тезу про принципову відмінність між компромісними і заохочувальними нормами у кримінальному праві і переконані у тому, що з урахуванням їх змісту і спрямованості норми про спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності можуть визнаватись одночасно і компромісними, і заохочувальними. Такі норми органічно вплітаються у тканину кримінально-правової матерії, утворюючи з іншими нормами цієї галузі права цілісну єдність, складне системне утворення, функціонування якого підкоряється вирішенню такого соціального завдання, як боротьба зі злочинністю.

Застосування передбачених Особливою частиною КК заохочувальних норм про звільнення від кримінальної відповідальності не пов'язується з реалізацією дискреційних повноважень суду, тобто таке звільнення завжди є обов'язковим. Вважається, що норми, які покладають обов'язок заохочення, мають більшу спонукальну силу, ніж норми, які уповноважують на заохочення. Було б нелогічно і неправильно, якби закон, з одного боку, містив детальну регламентацію підстав й умов звільнення від кримінальної відповідальності, а з іншого – залишав вирішення цього питання цілковито на розсуд компетентних органів, наділяючи їх лише повноваженням без обов'язків. Норми про спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності мають превентивну спрямованість. При цьому неможливо стимулювати позитивну посткримінальну поведінку особи, якщо не гарантувати їй на законодавчому рівні *обов'язковість, а не факультативність* звільнення від кримінальної відповідальності. Застосування кримінально-правового компромісу за наявності достатніх на те підстав має бути обов'язковим і не залежати від дискреції відповідного державного органу.

* Аликперов Х.Д. Преступность и компромисс. – Баку: Элм, 1992. – С. 56; Аликперов Х.Д. Уголовно-правовые нормы, допускающие компромисс в борьбе с преступностью // Государство и право. – 1992. – № 9. – С. 70–78.

** Усатий Г.О. Кримінально-правовий компроміс: Монографія. – К.: Атіка, 2001. – С. 33, 110.

Закріплюючи в Особливій частині КК умови звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці, законодавець не дотримався будь-якої системи, не використав можливості сформулювати загальні норми про звільнення при окремих типах проявах посткримінальної поведінки (добровільна видача заборонених предметів, відмова від організованої співучасті, сплата обов'язкових платежів). У зв'язку з цим у літературі висловлено думку про доцільність відмови від передбачених в Особливій частині КК видів звільнення від кримінальної відповідальності при вчиненні окремих к.пр. і про закріплення (уніфікацію) умов такого звільнення в одній кримінально-правовій нормі, розміщеній у Загальній частині КК*.

Ця пропозиція неоднозначна. Адже умови звільнення від кримінальної відповідальності, регламентованого Особливою частиною КК, формулюються по-різному з урахуванням специфіки того чи іншого к.пр. та конкретної мети, якої прагне досягнути держава. Це може бути не лише усунення суспільно небезпечних наслідків (заподіяних, наприклад, ухиленням від сплати податків чи невиплатою зарплати), а й отримання інформації, необхідної для розкриття вчиненого к.пр. (це притаманне для добровільних заяв – про зв'язок з представниками іноземної держави, про створення злочинної організації, про давання хабара тощо), а також запобігання вчиненню нових к.пр. (наприклад, добровільне здавання зброї).

3.2.3. Інші заохочувальні заходи кримінально-правового впливу

3.2.3.1. Врахування позитивної посткримінальної поведінки при призначенні покарання. Вважається, що у кримінальному законі за його формальної визначеності не можуть бути враховані всі індивідуальні особливості конкретного к.пр. та особи винного. Призначення покарання без урахування цих особливостей призводило б до формалізму у застосуванні кримінального закону та невиправданого посилення кримінально-правової репресії. Обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання, конкретизуючи ступінь тяжкості вчиненого к.пр. та/або характеристику особи винного, згідно з чинним КК виступають самостійним чинником, який має значення для індивідуалізації покарання. Вказані обставини покликані обмежувати суддівський розсуд і є підставою для призначення більш суворого або менш суворого покарання.

До обставин, які пом'якшують покарання і належать при цьому до посткримінальної поведінки винного, а отже, стосуються кримінально-правового заохочення, можуть бути віднесені активне сприяння

* Перспективні напрями по реформуванню кримінальної юстиції в Україні (по матеріалам нарбок Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права) // Кримінальне право України. – 2006. – № 8. – С. 38.

розкриттю к.пр., добровільне відшкодування завданого збитку, надання медичної або іншої допомоги потерпілому безпосередньо після вчинення к.пр. Врахування обставин, що пом'якшують покарання, означає надання суду можливості, зокрема:

- призначити основне або додаткове покарання ближче до мінімуму відповідної санкції або у мінімальних межах, визначених цією санкцією;
- призначити менш суворий вид основного покарання з числа покарань, вказаних в альтернативній санкції;
- не призначити додаткове покарання, передбачене у санкції як факультативне; застосувати ст. 69 і ст. 69-1 КК.

3.2.3.2. Одним із нормативних приписів, покликаних забезпечувати індивідуалізацію покарання, є ст. 69 КК, відповідно до якої суд при призначенні покарання має право вийти за межі санкції конкретної статті Особливої частини КК та обрати більш м'яке, ніж передбачене цією санкцією, покарання.

У деяких державах (це, зокрема, Англія, Андорра, Данія, Індія, Корея, Нідерланди, Норвегія, Франція) питання про призначення покарання, що є нижчим від найнижчої межі, не виникає через відсутність останньої в санкціях норм Особливої частини КК. Відповідно суддя, призначаючи покарання, пов'язаний лише максимальною межею санкції.

Підставою для застосування ст. 69 КК України виступає: 1) поєднання наявності кількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого діяння; 2) врахування особи винного.

Відповідних обставин має бути не менше двох, причому це можуть бути як обставини, що пом'якшують покарання і перелічені у ч. 1 ст. 66 КК, так і обставини, визнані судом пом'якшуваними на підставі ч. 2 ст. 66 КК. Вказані обставини повинні істотно знижувати ступінь тяжкості вчиненого діяння, тобто характеризувати саме к.пр. (а не тільки особу винного) і зумовлювати недоречність призначення винному покарання навіть у мінімальних межах, встановлених санкцією.

Прилуцький районний суд Чернігівської області засудив П. за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 15, ч. 4 ст. 152 і ч. 3 ст. 153 КК, та із застосуванням ст. 69 КК призначив йому покарання у вигляді 4 років позбавлення волі. Обґрунтовуючи призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, суд послався всього на одну пом'якшуючу обставину (вчинення злочину внаслідок збігу тяжких сімейних обставин) і врахував позитивну характеристику підсудного. Водночас не було взято до уваги те, що П. не визнає себе винним у вчиненні злочину і намагався вести суд в оману. Апеляційний суд Чернігівської області, визнавши застосування ст. 69 КК безпідставним і скасувавши вирок, призначив П. покарання у вигляді 8 років позбавлення волі.*

* Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 27.

На відміну від ст. 69-1, ст. 69 КК не дає прямої відповіді на питання, чи підлягає вона застосуванню за наявності обставин, що обтяжують покарання. Видається, що на це питання треба давати ствердну відповідь; при цьому встановлені судом у конкретному випадку пом'якшуючі обставини мають не просто врівноважити (нейтралізувати) наявні обтяжуючі обставини, а й, як цього вимагає кримінальний закон, істотно знижувати ступінь тяжкості вчиненого к.пр. Пом'якшення покарання із виходом за межі санкції за наявності обставин, що обтяжують покарання, або негативних відомостей про особу винного можливе тоді, коли обставини, які пом'якшують покарання, домінують над іншими, тим самим нівелюючи їх негативне значення. У протилежному випадку звернення до ст. 69 КК буде безпідставним.

Компаніївським районним судом Кіровоградської області за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК, П. було засуджено із застосуванням ст. 69 КК до 3 років позбавлення волі. Апеляційний суд Кіровоградської області скасував вирок місцевого суду і призначив П. покарання у вигляді 7 років позбавлення волі. Застосування ст. 69 КК щодо П. визнано необґрунтованим, оскільки він вчинив злочин у стані алкогольного сп'яніння, раніше був судимий за крадіжку, характеризується негативно.*

*Призначаючи 3. покарання за злочин, передбачений ч. 1 ст. 121 КК, і застосовуючи ст. 69 КК, Іллічівський районний суд Одеської області послався у вирок на те, що винний щиро розкався у вчиненому, сприяв встановленню істини, позитивно характеризується і відшкодував потерпілому матеріальну і моральну шкоду. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС, визнаючи застосування ст. 69 КК безпідставним і скасовуючи вирок у частині призначення покарання, у своїй ухвалі, зокрема зазначила, що 3. вчинив злочин у період умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, призначеного за попереднім вирок, і перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння. Дані, що містяться у характеристиках, на які послався районний суд, також не дають підстав вважати, що 3. в цілому характеризується позитивно**.*

Врахування особи при призначенні більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією, означає, що суд, взявши до уваги різноманітні обставини, які характеризують особу винного, робить висновок про те, що передбачене санкцією типові покарання є для цієї особи надмірно суворим, а призначене з урахуванням ст. 69 КК покарання забезпечить досягнення закріпленої у ч. 2 ст. 50 КК мети покарання. Обставини, що характеризують особу винного, можуть стосуватись у т.ч. посткримінальної поведінки особи (щире каяття, добровільне відшкодування заподіяних збитків, сумлінне ставлення до праці, тяжке захворювання тощо).

* Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 5. – С. 56–57.

** Рішення Верховного Суду України. – 2007. – Вип. 1. – С. 96–97.

Стаття 69 КК 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; 2) перехід до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції статті Особливої частини КК; 3) непризначення додаткового покарання, яке передбачене санкцією статті Особливої частини КК як обов'язкове.

Вказане у ч. 1 ст. 69 КК істотне зниження ступеня тяжкості вчиненого к.пр. – поняття оціночне; наявність кількох обставин, які пом'якшують покарання, не означає автоматичного призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією. Застосовуючи ст. 69 КК, суд у мотивувальній частині вироку повинен обґрунтувати обраний варіант призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено санкцією, а в резолютивній – послатись на ч. 1 та/або ч. 2 ст. 69 КК. Відсутність належного обґрунтування посилання на ст. 69 КК у вирокі призводить до його скасування.

Скасовуючи вирок Заліщицького районного суду Тернопільської області і направляючи справу на новий судовий розгляд, колегія суддів судової палати у кримінальних справах ВСС вказала на недотримання районним судом вимог ст. 69 КК. Призначаючи засудженому покарання, нижче від найнижчої межі, встановленої у санкції ч. 2 ст. 307 КК, районний суд лише формально перерахував певні обставини без визначення, які з них є такими, що пом'якшують покарання чи характеризують особу винного.*

3.2.3.3. Підставою для застосування ст. 69-1 КК є сукупність таких чинників: 1) наявність обставин, що пом'якшують покарання, передбачених п. 1 і п. 2 ч.1 ст. 66 КК; 2) відсутність обставин, що обтяжують покарання; 3) визнання підсудним своєї вини. Встановивши це, суд не просто має право, а зобов'язаний призначити покарання, строк або розмір якого не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК. Щоправда, рішення про вказане пом'якшення покарання ухвалюється судом тільки за відсутності підстав для звільнення особи від кримінальної відповідальності, регламентованого ст. 45 КК («Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям») або окремими заохочувальними нормами Особливої частини КК (наприклад, ч. 4 ст. 212, ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 289)**.

* Юридичний вісник України. – 2011. – № 16.

** Про передбачене ст. 69-1 КК призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання, докладніше див.: Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 547–550.

Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС, змінивши вирок Подільського районного суду м. Києва, на підставі ст. 69-1 КК зменшила строк призначеного Г. за ч. 2 ст. 185 КК покарання з 4 років до 3 років 3 місяців позбавлення волі. В ухвалі колегії суддів зазначається, що Г. повністю визнав свою вину у вчиненні злочину, щиро розкався, активно сприяв розкриттю злочину, добровільно відшкодував заподіяну шкоду. Обставин, що обтяжують покарання, судом не встановлено. Отже, з урахуванням ст. 69-1 КК районний суд не міг призначити більше покарання, ніж 3 роки 3 місяці позбавлення волі, що становить дві третини максимального строку найбільш суворого виду покарання, передбаченого ч. 2 ст. 185 КК.*

3.2.3.4. Більшість видів звільнення від покарання та його відбування пов'язані з діями засудженого у вигляді його позитивної поведінки після вчинення к.пр. і до ухвалення рішення за кримінальним провадженням чи до остаточного відбуття вже призначеного судом покарання. Саме така поведінка покладена в основу законодавчого визначення підстав для звільнення особи від покарання, зумовлюючи можливість досягнення мети покарання без його виконання або відбування. Йдеться про:

- звільнення від покарання внаслідок втрати особою суспільної небезпечності (ч. 4 ст. 74);
- звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст.ст. 75–78);
- умовно-дострокове звільнення від відбування покарання (ст. 81);
- звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років (ст. 83) тощо.

Наявність у КК значної кількості видів звільнення від покарання та його відбування, пов'язаних з поведінкою засудженого, свідчить про прагнення держави підвищити ефективність процесу виправлення осіб, які вчинили к.пр., без реального відбування призначеного судом покарання.

3.2.3.5. **Звільнення від покарання внаслідок втрати особою суспільної небезпечності.** Відповідно до ч. 4 ст. 74 КК особа може бути за вироком суду звільнена від покарання, якщо вона вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості і з урахуванням бездоганної поведінки та сумлінного ставлення до праці цю особу на час розгляду справи** не можна вважати суспільно небезпечною. Цей вид звільнення від покарання не є універсальним і може застосовуватися лише за певної умови, а саме якщо вчинений особою злочин належить до категорії зло-

* Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки. – К.: Істина, 2011. – С. 346–348.

** Згідно зі ст. 317 КПК кримінальною справою визнаються матеріали кримінального провадження. Під часом розгляду справи у ч. 4 ст. 74 КК слід розуміти час судового розгляду (глава 28 КПК).

чинів невеликої або середньої тяжкості. Крім категорії тяжкості, щодо вчинених злочинів законодавець у ч. 4 ст. 74 КК не встановлює жодних додаткових критеріїв.

Підставою застосування звільнення від покарання за ч. 4 ст. 74 КК слід визнати втрату на час розгляду справи в суді суспільної небезпечності особи. Наявність цієї підстави підтверджується за допомогою двох показників: 1) бездоганності поведінки і 2) сумлінності ставлення до праці. Час бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці з боку особи може стосуватися лише періоду, що має місце після вчинення к.пр. При цьому зазначені показники повинні мати місце протягом більш-менш тривалого часу, достатнього для формулювання висновку суду про недоцільність відбування покарання. Зазначений строк є різним, залежним від специфіки вчиненого діяння, характеристики особи винного тощо. У деяких випадках суди визнають винного таким, що втратив суспільну небезпечність, після закінчення неприпустимо короткого строку (скажімо, одного місяця або двох).

Так, один із районних судів Хмельницької області ухвалив вирок, звільнивши від покарання на підставі ч. 4 ст. 74 КК особу, винну у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 185 КК, всього через 1,5 місяця після вчинення інкримінованого злочину.*

У зв'язку з тим, що суть бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці засудженої особи законодавчо не конкретизована, питання про правильне розуміння зазначених критеріїв втрати особою суспільної небезпечності треба вирішувати індивідуально. У кримінально-правовій літературі під бездоганною зазвичай розуміють таку поведінку в сім'ї, стосовно сусідів, членів трудового колективу, інших колективів, членом яких є засуджений, усього суспільства, яка соціально схвалюється і з позицій суспільної моралі гідна для наслідування іншими особами. **Бездоганна поведінка** – це передусім сумлінний спосіб життя особи, який носить систематичний, стабільний і незмінний характер. Другорядні ознаки (несистематичне вживання алкогольних напоїв, використання ненормативної лексики тощо) не повинні мати вирішального значення, але їх відсутність додатково свідчитиме про бездоганність поведінки засудженої особи.

Звичним її підтвердженням слід визнати нормальні стосунки в родині, утримання малолітніх (неповнолітніх) дітей чи інвалідів, наявність постійного місця проживання і роботи, корисне проведення дозвілля, активна громадянська позиція у вирішенні життєвих питань, недопущення будь-яких правопорушень, відсутність зловживання алкогольними напоями тощо. Суттєве значення також мають обставини, що

* Архів Старокосянтинівського районного суду Хмельницької області. Справа № 1-301 за 2010 р.

характеризують поведінку винної особи у зв'язку зі вчиненим к.пр. (так звана посткримінальна поведінка): надання допомоги потерпілому, турбота про його близьких, повне визнання вини, щире каяття у вчиненому к.пр., сприяння його розкриттю, відшкодування завданих збитків або усунення заповідяної шкоди тощо.

Сумлінне ставлення до праці характеризується відповідальним ставленням винної особи до роботи, наявністю заохочень, передбачених трудовим законодавством, підвищенням освітнього рівня і кваліфікації тощо. Особа може брати участь у суспільно корисній праці у різних формах (зайняття підприємництвом, виконання роботи за цивільно-правовими договорами, робота за трудовим договором тощо). Сумлінне ставлення до праці означає старанність у роботі, дотримання дисципліни і правил охорони праці, прагнення до підвищення кваліфікації та набуття нової спеціальності тощо.

Щодо розглядуваного критерію виникає серйозне питання, адже особа може не працювати з об'єктивних, незалежних від неї причин (інвалідність, похилий вік тощо). У цьому контексті слід зазначити, що поняття «бездоганна поведінка» може охоплювати і сумлінне ставлення до праці, якщо в особі є всі можливості працювати, і вона не ухиляється від роботи. Якщо засуджений з об'єктивних причин не має змоги працювати, ця обставина сама по собі не може визнаватись спростуванням втрати особою суспільної небезпечності*.

У вирокі необхідно наводити конкретні факти, які свідчать про бездоганність поведінки особи та її сумлінне ставлення до праці, а також висновок суду про те, що особу не можна вважати суспільно небезпечною.

Своєрідним аналогом звільнення від покарання, регламентованого ч. 4 ст. 74 КК України, є підстави вважати передбачене КК Франції звільнення від покарання за проступок і порушення. Суд, визнавши підсудного винним і призначивши йому у разі необхідності конфіскацію небезпечних або шкідливих предметів чи речовин, вправі звільнити підсудного від покарання за умови, що ресоціалізація винного досягнута, заповідяна шкода відшкодована і порушення, викликані злочинним діянням, більше не існують. Згадана ресоціалізація винного, витлумачена французькими правниками як переоцінка цінностей і поглядів, встановлюється судом на підставі ретельного вивчення особи підсудного.

Звільнення від покарання внаслідок втрати особою суспільної небезпечності (ч. 4 ст. 74 КК) необхідно відрізнити від звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку зі зміною обстановки (ст. 48 КК).

* Письменський Є.О. Звільнення від покарання та його відбування: коментар до кримінального законодавства та практики його застосування. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 39.

3.2.3.6. **Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання.** Як впливає зі ст. 81 КК, суть умовно-дострокового звільнення від відбування покарання полягає в тому, що засуджений при доведеності того, що він не потребує повного відбуття покарання, може підлягати звільненню від подальшого його відбування до закінчення повного строку покарання, але тільки за певних умов. Стаття 81 КК надає засудженому можливість скоротити час відбування покарання порівняно зі строком, призначеним за вироком суду. Згідно з ч. 1 ст. 81 КК умовно-дострокове звільнення не є обов'язковим, тобто закон віддає вирішення цього питання на розсуд суду.

Майже у всіх державах світу умовно-дострокове звільнення від відбування покарання носить чітко виражений індивідуальний характер і залежить від оцінки особи засудженого з точки зору досягнення мети покарання. Аналізоване звільнення від покарання застосовується: якщо суд зробить висновок, що особа не потребує повного відбування покарання (більшість держав – учасниць СНД); якщо можна очікувати, що особа і без подальшого відбування покарання не вчинить кримінально караного діяння (Австрія, Парагвай, Польща, ФРН); якщо добра поведінка особи свідчить про те, що її подальше покарання є недоцільним (Англія); якщо виховна мета досягнута (Албанія); якщо особа дотримувалась правил утримання, сприйняла перевиховання і щиро розкаялась (КНР); якщо є відомості про соціальну реабілітацію засудженого (Франція); якщо стосовно засудженого наявний складений експертами індивідуальний сприятливий прогноз соціальної реабілітації (Іспанія).

Особа може бути достроково звільнена від відбування не будь-якого покарання. У ч. 1 ст. 81 КК встановлено вичерпний перелік покарань, при відбуванні яких можливе умовно-дострокове звільнення. Це – виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців та позбавлення волі. Спільним для цих покарань є те, що вони є строковими.

Застосування умовно-дострокового звільнення від відбування покарання вимагає обов'язкової наявності двох підстав, які в юридичній літературі зазвичай називають матеріальною (фактичною) та формальною (правовою). Єдність матеріальної та формальної підстав є тією основою, за наявності якої суд має право ухвалити рішення про зміну правового статусу засудженого*.

Матеріальна підстава полягає в тому, що засуджена особа виправилась, і це доведено нею під час відбування покарання.

Таким чином, Україна (поряд з Аргентиною, Білоруссю, Болгарією, Узбекистаном, Таджикистаном і Філіппінами) утворює групу держав, в якій при визначенні підстав застосування умовно-дострокового звільнення від відбування покарання законодавець робить акцент на добрій поведінці засудженого саме у період відбування покарання.

* Письменський Є.О. Вказ. праця. – С. 104.

У ч. 1 ст. 6 КВК зазначається, що **виправлення засудженого** – це процес позитивних змін, які відбуваються в його особистості та створюють у нього готовність до самокерованої правослухняної поведінки. Результат з виправлення засудженого досягається відповідними засобами, що застосовуються до нього протягом усього строку відбування покарання, а саме режимом, суспільно корисною працею, соціально-виховною роботою, загальноосвітнім і професійно-технічним навчанням, громадським впливом. Показниками, за якими суд може допустити, що людина виправилася, є визначені в кримінальному законі критерії виправлення – сумлінна поведінка засудженого та його сумлінне ставлення до праці.

Для порівняння: ст. 176 КК Італії, передбачаючи можливість умовно-дотрокового звільнення від відбування покарання у вигляді позбавлення волі, як на одну з умов такого звільнення вказує на те, що засуджена особа у період відбування покарання довела своє виправлення. Для застосування такого звільнення недостатньо, щоб засуджений просто виконував правила поведінки у місцях позбавлення волі, адже ці правила зобов'язані виконувати всі засуджені, – потрібно, щоб засуджений розкався у вчиненому к.пр., відкинув своє правопорушницьке минуле, що дістає вияв у активній праці у місцях позбавлення волі, професійному навчанні, підтриманні коректних стосунків із персоналом та іншими засудженими.

Сумлінна поведінка з точки зору застосування ст. 81 КК оцінюється залежно від виду призначеного для відбування покарання. Так, якщо особа відбуває покарання у вигляді обмеження волі або позбавлення волі, сумлінна поведінка може полягати у зразковому дотриманні вимог режиму і правил внутрішнього розпорядку, додержанні дисципліни, виконанні вказівок і розпоряджень адміністрації установи, наявності заохочень і відсутності стягнень, одержанні певної спеціальності, підвищенні загальноосвітнього рівня і рівня професійної кваліфікації, участі у самодіяльних творчих колективах засуджених, товариському ставленні до інших осіб, які відбувають покарання, підтриманні стійкого зв'язку з близькими тощо.

Щодо **сумлінного ставлення до праці**, то для осіб, які відбувають виправні роботи, обмеження волі чи позбавлення волі, воно може полягати у відповідальному ставленні до покладених на особу трудових обов'язків, працьовитості, дотриманні правил трудового розпорядку, вимог трудового законодавства та охорони праці, поліпшенні показників виконуваної роботи, підвищенні професійної кваліфікації, внесенні раціоналізаторських пропозицій, бережливому використанні обладнання, інструментів, матеріалів тощо.

Формальна підстава розглядуваного звільнення полягає у вимозі до засудженого відбути певну частину покарання, оскільки висновок про те, що особа довела своє виправлення, суд може зробити тільки на підставі оцінки її поведінки протягом достатньо тривалого періоду

відбування нею покарання. Згідно з ч. 3 ст. 81 КК умовно-дostroкове звільнення від покарання може бути застосоване після фактичного відбуття засудженим: 1) не менше 1/2 строку покарання, призначеного судом за злочин невеликої або середньої тяжкості, а також за необережний тяжкий злочин; 2) не менше 2/3 строку покарання, призначеного судом за умисний тяжкий злочин чи необережний особливо тяжкий злочин, а також у разі, якщо особа раніше відбувала покарання у вигляді позбавлення волі за умисний злочин і до погашення або зняття судимості знову вчинила умисний злочин, за який вона засуджена до позбавлення волі; 3) не менше 3/4 строку покарання, призначеного судом за умисний особливо тяжкий злочин, а також покарання, призначеного особі, яка раніше звільнялася умовно-дostroково і знову вчинила умисний злочин протягом невідбутої частини покарання.

Подібним чином визначається формальна підстава розглядуваного звільнення від покарання зарубіжним законодавцем. При цьому розмір частини покарання, яку треба відбути для застосування умовно-дostroкового звільнення, зазвичай диференціюється залежно від категорії вчиненого к.пр., розміру призначеного покарання та особи засудженого.

Так, врегульоване КПК Франції умовно-дostroкове звільнення може бути застосоване судом або міністром юстиції за умови відбуття засудженим не менше 1/2 строку позбавлення волі (для рецидивістів, засуджених до довічного позбавлення волі – не менше 2/3 цього покарання, а для засуджених до довічного позбавлення волі – не менше 15 років). Відповідно до ст. 176 КК Італії той, хто відбуває покарання у вигляді позбавлення волі, може бути дostroково звільнений від відбування цього покарання після відбуття не менше 30 місяців і щонайменше 1/2 строку призначеного покарання за умови, що невідбута частина покарання не перевищує 5 років.

3.2.3.7. Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким. Відповідно до ст. 82 КК особам, які відбувають покарання у вигляді обмеження волі або позбавлення волі, невідбута частина покарання може бути замінена судом більш м'яким покаранням. Отже, інші види покарання не підлягають заміні більш м'яким. Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким може бути застосована, якщо засуджений став на шлях виправлення. Така заміна передбачає застосування судом за певних умов до засудженого більш м'якого покарання, ніж те, яке він відбуває. Більш м'яким традиційно вважається покарання, яке у «драбині» покарань (ст. 51 КК) знаходиться вище, ніж те покарання, яке особа відбуває. Утім, після прийняття Закону від 15 листопада 2011 р. ситуація з «драбиною покарань» втратила однозначність.

Як і у випадку з умовно-дostroковим звільненням особи від відбування покарання, застосування заміни невідбутої частини покарання більш м'яким потребує наявності матеріальної та формальної підстав.

Матеріальна підстава полягає у тому, що засуджена особа, відбуваючи покарання, ще не виправилася, однак уже встала на шлях виправлення. У загальному вигляді це поняття може тлумачитися як наявність позитивної поведінки засудженого, що свідчить про успішне протікання процесу виправлення, який ефективно триватиме за умов відбування не первинно призначеного покарання, а інших, більш м'яких видів покарання. Становлення засудженого на **шлях виправлення** є першим кроком у пенітенціарній поведінці засудженого, яка заохочується пом'якшенням покарання. Під позитивною поведінкою зазвичай розуміють нормальний хід відбування покарання, дотримання норм законодавства, правил громадського порядку, відсутність стягнень, відповідальне ставлення до праці та навчання, прагнення здобуття чи підвищення професійного та освітнього рівня, участь у програмах виховного впливу тощо.

Формальна підстава означає, що для заміни первісно призначеного покарання особа має відбути його певну частину, яка диференціюється залежно від ступеня тяжкості злочину, форми вини, наявності судимості, а також того факту, що особа раніше умовно-достроково звільнялася від відбування покарання (ч. 3 ст. 82 КК). Відбуття засудженим певних строків призначеного судом покарання необхідне для того, щоб засуджена особа мала достатній час стати на шлях виправлення, доводячи, що вона потребує застосування менш репресивних заходів кримінально-виправного впливу, а отже, і невідбута частина більш суворого покарання може бути замінена більш м'яким його видом.

Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким є остаточною та безумовною мірою, оскільки закон не ставить жодних вимог до поведінки засудженого протягом строку відбування більш м'якого виду покарання. Відповідне рішення не може бути скасоване через порушення режиму відбування більш м'якого покарання, антигромадську поведінку, притягнення до адміністративної відповідальності тощо.

Література

- Козак О.С. Ефективність звільнення від кримінальної відповідальності в Україні: Монографія / За ред. О.М. Бандурки. – К.: Освіта України, 2009. – 204 с.
- Письменський Є.О. Теоретико-прикладні проблеми звільнення від покарання та його відбування за кримінальним правом України: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2014. – 728 с.
- Хавронюк М. Диференціація кримінальної відповідальності: чи кримінальна безвідповідальність? // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 8. – С. 3–7.

Запитання і завдання

1. Що слід розуміти під звільненням від кримінальної відповідальності? Чи можна вести мову про звільнення від кримінальної відповідальності тієї особи, у поведінці якої немає складу к.пр.?

2. Проаналізуйте висловлені в юридичній літературі точки зору з питання про конституційність інституту звільнення від кримінальної відповідальності.

3. Як співвідносяться між собою звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування? Які види звільнення від кримінальної відповідальності передбачає КК України?

4. Які умови звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям встановлює КК України?

5. В чому полягають особливості звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим?

6. Як співвідносяться між собою ст. 69 і ст. 69-1 КК України?

7. Що слугує підставою умовно-дострокового звільнення від відбування покарання?

8. Охарактеризуйте особливості звільнення від покарання внаслідок втрати особою суспільної небезпечності та заміни невідбутої частини покарання більш м'яким.

Рекомендуємо прочитати

Людівік Кеннеді «Злочин століття».

Радимо подивитись

Джеймсі (США, 2014, режисер Тревор Уайт).

Невинуватий (США, 2009, режисер Том Маклафлін).

3.3. Покарання. Призначення покарання

3.3.1. Поняття покарання та його мета

3.3.1.1. **Покарання** – це вид примусових заходів кримінально-правового впливу, що застосовуються судом від імені держави і полягають в примусовому обмеженні прав і свобод особи та покладанні на неї додаткових обов'язків. Ознаки покарання збігаються з ознаками примусових заходів кримінально-правового впливу (див. п. 3.1.3 посібника). Водночас від інших таких заходів покарання відрізняється своїми змістом і метою.

Змістом покарання є примусове обмеження лише певних прав і свобод особи та покладання на неї певних додаткових обов'язків.

Так, відповідно до ст. 64 Конституції України шляхом застосування покарання – навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану – не можуть бути обмежені, зокрема право: на громадянство, не бути вигнаним за межі України і не бути виданим іншій державі; на життя; на повагу до гідності; направляти звернення; на шлюб.

Інші конституційні права і свободи не можуть бути обмежені, якщо інше прямо не дозволено Конституцією України. Такий дозвіл не передбачено, наприклад, стосовно права: на управління державними справами, брати участь у референдумах, вільно обирати до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, на охорону здоров'я і медичну допомогу, безпечне довкілля, працю, відпочинок, освіту, житло, а також свободи творчості, прав споживачів та ін.

У ст. 63 Конституції України зазначено, що засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і встановлені вироком суду. Отже, обмеження, що встановлені вироком суду і становлять зміст покарання, фактично можуть стосуватися таких окремих прав і свобод:

- фізичних (право на свободу, на приватну власність);
- особистісних (свобода слова, право на невтручання в особисте і сімейне життя, право на недоторканність житла та іншого володіння, право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції);
- політичних (свобода пересування і право на вільний вибір місця проживання, свобода асоціації, свобода зборів, мітингів, походів і демонстрацій);
- економічних (право на підприємницьку діяльність).

Утім, це не означає, що усі названі права можуть обмежуватися покаранням. Найчастіше покарання передбачає обмеження або свободи (позбавлення волі, обмеження волі, арешт тощо), що супроводжується, відповідно, і обмеженням свободи пересування і права на вільний вибір місця проживання, або приватної власності (штраф, конфіскація майна тощо), або і свободи, і приватної власності. Усі обмеження інших прав і свобод є акцесорними, додатковими і стосуються, як правило, режиму відбування покарання.

На жаль, українська практика виконання покарання у вигляді позбавлення волі демонструє, що крім власне позбавлення волі та обмеження деяких інших прав людини і громадянина, перебування в місцях позбавлення волі супроводжується постійною небезпекою для життя внаслідок дії комплексу факторів.

Так, за даними ДПтС, за I півріччя 2012 р. в місцях позбавлення волі померло 537 осіб, із них 32 внаслідок суїциду. Серед ув'язнених станом на 1 липня 2012 р. було понад 6 тис. ВІЛ-інфікованих осіб, близько 14 тис. хворих на активну форму туберкульозу.

3.3.1.2. Мета покарання прямо визначена в КК (ч. 2 ст. 50) і передбачає «не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових к.пр. як засудженими, так і іншими особами».

В теорії зазвичай також визначають триєдину мету покарання, яку становлять:

- 1) кара – відплата винному за вчинене ним к.пр.;

2) виправлення засуджених, що передбачає їхню ресоціалізацію, тобто повторну, після вчинення к.пр. як виду соціального конфлікту, соціалізацію особи, яка передбачає зміну життєвих установок, цілей, норм і цінностей;

3) запобігання вчиненню нових к.пр.:

– засудженими особами (спеціальне запобігання) – завдяки покаранню унеможливується або ускладнюється можливість вчинення ними нових к.пр.;

– іншими особами (загальне запобігання) – завдяки визначенню санкцій (іноді – навіть непропорційно суворих) та загальному авторитету кримінального закону законодавець розраховує на здійснюваний ним ефект стримування, тобто на те, що окремі нестійкі особи будуть побоюватися порушувати приписи КК (правослужняних осіб це переважно не стосується, оскільки вони постійно живуть в повазі до моралі, права і закону).

3.3.1.3. Проте є й інші думки. Наприклад, що виправлення засудженого не може бути метою покарання: у КК повинні бути закріплені тільки ті цілі, які можуть бути досягнуті його засобами, і стосовно покарання – це поновлення соціальної справедливості і запобігання вчиненню нових к.пр.; мета виправлення засудженого може бути досягнута лише під час виконання покарання, а тому повинна мати відображення у кримінально-виконавчому законі, а не в КК; крім того, існують види покарань, в яких виправлення як процесу взагалі немає – це штраф, конфіскація майна, позбавлення спеціального, військового чи почесного звання, класного чину і державних нагород, позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, смертна кара*.

Ставиться під сумнів і така мета, як запобігання вчиненню нових к.пр. засудженими, зокрема засудженими до позбавлення волі. Адже «за роки перебування в місцях позбавлення волі, знаходячись у специфічному оточуючому середовищі, засуджені набувають безліч негативних навичок та установок, які спрямовують особу на продовження злочинної діяльності в майбутньому»**.

В деяких державах меті покарання надається таке значення, що вона визначається безпосередньо в їхніх конституціях. Згідно з Конституцією Італії (ст. 27) покарання повинні бути спрямовані на перевиховання засудженого, а згідно з Конституцією Іспанії (ст. 25) позбавлення волі й інші за-

* Курс уголовного права: Общая часть. – Т. 2 / Под. ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. – М., 2002. – С. 23; Зубкова В.И. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. – М., 2002. – С. 82–83.

** Коваленко В.В. Профілактика економічної злочинності в Україні: концептуальні засади, організаційно-правові основи, проблеми управління. – Харків, 2004. – С. 183–184.

ходи соціального захисту – на перевиховання і соціальну реабілітацію. В багатьох інших мета покарання не визначається навіть у КК (Данія, Бельгія, Голландія, Японія, Південна Корея, Таїланд, Ізраїль, Аргентина).

У кримінологічних більшої держав світу з приводу мети покарання продовжують зіштовхуватися дві основні концепції. Представники концепції неокласицизму наголошують на необхідності реалізації відплати і залякування як цілей покарання, а представники концепції нового соціального захисту основною метою покарання вважають виправлення (ресоціалізацію) з тим, щоб правопорушника можна було повернути суспільству. У законодавстві ці дві концепції «зливаються в одне озеро», зокрема у КК Франції: за найбільш небезпечні злочини законодавець удається до вельми сурових покарань, прагнучи до «відплати» за спричинене зло, а мета виправлення і ресоціалізації відсувається на другий план; в інших випадках до цілей покарання відносить виправлення винного, соціальну реадaptaцію, професійну реадaptaцію (ст. 132-59 КК, ст.ст. 720-4, 723-3, 763-3 КПК Франції). Ресоціалізація як мета покарання проголошена в КК Португалії, Швеції, ФРН, Грузії та ін.

Цікаво, що ні законодавець України, ні законодавці інших держав не спромоглися мету покарання та інших заходів кримінально-правового впливу узгодити з метою (завданнями) кримінального закону.

3.3.1.4. З психологічної точки зору, покарання людини (не лише у кримінально-правовому контексті) – це застосування будь-яких неприємних або небажаних для неї заходів у відповідь на її неправильну поведінку або, іншими словами, система методів і дій, спрямована на формування в індивідуума соціально прийнятної моделі поведінки.

Найважливішим моментом покарання є формування наказу, тобто вербального посилання, безумовно пов'язаного з відповідним центром збудження (домінантою) центральної нервової системи, що формує гальмуючий імпульс – табу. Відомо, що запис вербальної інформації у підсвідомість, яка пов'язана з формуванням такої домінанти, можлива лише за умови високого рівня адреналіну. Отже, основним й єдиним завданням покарання є створення відповідної стресової ситуації. Від цього і залежить його ефективність. Власне покарання як фізіологічний акт складається із двох стадій:

- 1) створення стресової ситуації, яка б сприяла підвищенню до максимально можливого рівня адреналіну;
- 2) на цьому високому рівні адреналіну проголошення вербальної установки – табу, призначенням якого буде неминуче вироблення у схожій ситуації гальмуючого імпульсу центральної нервової системи.

Є ще два важливі моменти, дотримання яких є необхідним для формування ефективного наказу. Перше і найважливіше – карати треба милосердно: той, хто карає, повинен переживати також душевні муки. І друге – покараній повинен бути в принципі згодний з тим, що він винний і підлягає покаранню. Чим більш жорстоким – об'єктивно та в суб'єктивному сприйнятті – буде призначене покарання, тим менша ймовірність того, що:

караний буде згодний з ним; суддя матиме хоча б якісь людські почуття до покараного (далеко не від усіх суддів, зіпсованих сучасною мораллю, варто очікувати душевних мук); це покарання буде науково обґрунтованим з юридичної і психологічної точок зору.

З цього випливає висновок про необхідність, зокрема: законодавчо обмежити можливість призначення невинувато суворого покарання і надати суду найширші можливості щодо обрання із кількох можливих максимально підходящого для конкретної ситуації покарання.

3.3.2. Система покарань. Класифікації покарань

3.3.2.1. **Система покарань** – це встановлений у КК вичерпний перелік розташованих у певному порядку видів покарань. Ознаки системи покарань:

1) вона складається із переліку конкретних видів покарань. Усього видів покарань 17 (позбавлення права обіймати певні посади і позбавлення права займатися певною діяльністю по суті є різними видами покарань, так само як різними їх видами є позбавлення військового звання, позбавлення спеціального звання, позбавлення рангу, позбавлення чину і позбавлення кваліфікаційного класу). В законодавстві більшості інших держав зазвичай передбачено меншу кількість видів покарань;

2) перелік видів покарань вичерпно визначений у КК (ст. 51, а покарань, які можуть бути застосовані до неповнолітніх, – у ст. 98). Жодна інша, крім цих статей, стаття КК, а також жоден інший нормативно-правовий акт не встановлює видів кримінальних покарань;

3) види покарань розташовані у цьому переліку в певному порядку. Його критерієм є їхня порівняльна суворість (тяжкість): усі види покарань розташовані у ст. 51 і ст. 98, а також в санкціях статей Особливої частини від менш суворого до більш суворого (за винятком штрафу, відносна суворість якого стосовно інших видів покарань прямо залежить від його розміру, а також від можливості заміни його іншим покаранням та яким саме). Цим самим закон:

– орієнтує суди спочатку на обрання найменш суворого виду покарання із числа можливих. Перехід до більш суворого покарання, передбаченого санкцією тієї самої статті (частини статті) Особливої частини КК*, можливий лише за умови, якщо менш суворий вид покарання не зможе забезпечити досягнення його мети (ч. 2 ст. 65 КК);

– дає можливість суду більш чітко визначити порівняльну тяжкість покарань, що має значення при заміні покарання або його невідбутої частини більш м'яким покаранням (ст.ст. 69, 82, 86 КК).

* Далі словосполучення «санкція статті (частини статті) Особливої частини КК» у цьому підрозділі буде позначатися словом «санкція».

Усі покарання призначаються у певному сполученні відповідно до порядку, визначеного законом. Правильне поєднання основного і додаткового (або двох чи більше додаткових) покарання сприяє більш ефективному досягненню мети покарання згідно з принципом індивідуалізації покарання.

Зміст, суть, режим відбування усіх видів покарань визначені у КК, КВК, а також підзаконних актах, затверджених ДПТС (зокрема, Інструкції про порядок виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, та здійснення контролю щодо осіб, засуджених до таких покарань; Інструкції про порядок розподілу, направлення та переведення для відбування покарання осіб, засуджених до позбавлення волі; Правилах, внутрішнього розпорядку установ виконання покарань).

3.3.2.2. Особливістю покарань є також те, що усі вони, крім позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, а також довічного позбавлення волі, мають встановлені законом межі, що дозволяє суду обирати не тільки вид, а й розмір покарання. Під **межами покарань** розуміються часові (година, місяць, рік) або інші межі, в яких з урахуванням положень Загальної частини КК (ст.ст. 52–63, 99–102) відповідний вид покарання може бути призначений, а також їхні певні фактичні межі, встановлені у конкретній санкції.

Загальною частиною КК межі покарань визначені, наприклад, для: виправних робіт – від 6 місяців до 2 років із відрахуванням у дохід держави від 10 до 20 відсотків заробітку засудженого; конфіскації – від конфіскації частини майна до конфіскації всього майна, яке є власністю засудженого (певним чином застосування конфіскації майна обмежує Перелік майна, що не підлягає конфіскації за судовим вироком, який є додатком до КК); арешту – від 1 до 6 місяців; позбавлення волі на певний строк – від 1 до 15 років, за винятком випадків, передбачених Загальною частиною КК (див. ч. 2 ст. 71, ч. 5 ст. 80, ч. 2 ст. 87). Деякі особливості мають межі покарань, які застосовуються до неповнолітніх (ст.ст. 99–102 КК).

Система покарань дозволяє побудувати різноманітні санкції статей (частин статей) Особливої частини КК, в яких у цілому враховується існування різних за своїм характером і ступенем тяжкості суспільно небезпечних діянь, а також можливість чи неможливість і доцільність чи недоцільність застосування тих або інших видів покарання до різних категорій осіб (жінок, які мають дітей, осіб, які мають хворобу, що становить небезпеку для інших людей, інвалідів, неповнолітніх, військовослужбовців, службових осіб тощо).

Утім, діюча в Україні система покарань має і певні недоліки. Скажімо, межі покарань в санкціях не уніфіковані і не є типовими, стандартними для схожих випадків; існують десятки варіантів покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк і штрафу, а межі цих покарань в конкретних санкціях є надто широкими і допускають фактично необ-

межену судову дискрецію, в багатьох санкціях немає чи майже немає альтернатив позбавленню волі. Усе це підриває дію принципів рівності перед законом та справедливості. Тому треба вивчати і враховувати цінний зарубіжний досвід.

Простою і водночас стрункою та зрозумілою є система покарань у КК Сан-Маріно. До неї у порядку посилення суворості включено такі покарання:

1) судовий осуд;
2) поденний штраф. Він має три ступеня: від одного до 20; від 10 до 40; від 20 до 60 днів;

3) грошовий штраф, виражений у лірах – це основне покарання за проступки;

4) арешт. Має три ступеня: від 5 днів до одного місяця; від 15 днів до 2 місяців; від одного до 3 місяців. Окремими формами арешту є: домашній арешт, поєднаний з вимогою працювати або іншими вимогами; арешт у вихідні та святкові дні;

5) позбавлення прав. Має чотири ступеня: від 6 місяців до одного року; від 9 місяців до 2 років; від одного року до 5 років; від 2 до 5 років;

6) тюремне ув'язнення. Має вісім ступенів: від 3 місяців до одного року; від 6 місяців до 3 років; від 2 до 6; від 4 до 10; від 6 до 14; від 10 до 20; від 14 до 24; від 20 до 35 років.

Цінність цієї системи у тому, що суддя щоразу обирає певний вид покарання у чітких межах певного ступеня.

3.3.2.3. Крім загальних ознак покарання, всі покарання у КК мають специфічні риси, які дозволяють здійснити **класифікацію** їх за певними критеріями.

Для реалізації принципу індивідуалізації покарання першочергове значення має класифікація покарань за їх юридичною значущістю. Покарання поділяються на такі, що можуть застосовуватися:

1) лише як основні: громадські роботи; виправні роботи; службові обмеження для військовослужбовців; арешт; обмеження волі; тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців; позбавлення волі на певний строк; довічне позбавлення волі. Основне покарання не може додаватися до інших покарань і застосовується лише як самостійне. Відповідно до ч. 4 ст. 52 КК за одне к.пр. може бути призначене лише одне основне покарання, передбачене в санкції. Призначення іншого, не вказаного в санкції, основного покарання може мати місце тільки у разі: а) коли це покарання належить до тих видів покарань, що можуть бути призначені й у випадках, коли вони не передбачені санкцією (ч. 1 ст. 62); б) переходу до більш м'якого виду покарання (ст. 69); в) заміни покарання або його невідбутої частини більш м'яким покаранням (ст.ст. 82, 85–87 КК);

2) лише як додаткові: позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу; конфіскація майна. Додаткове покарання у випадках та порядку, передбачених КК, додається до основного покарання, призначеного за той чи інший злочин, і самостійно

застосовуватися не може. Відповідно до ч. 4 ст. 52 КК до основного покарання може бути приєднане одне чи кілька додаткових покарань. Функція додаткових покарань полягає в обтяженні основного покарання з урахуванням характеру суспільної небезпеки злочину й особи, яка його вчинила;

3) як основні і як додаткові: штраф; позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Закон допускає застосування і цих двох видів покарань одночасно, коли одне з них застосовується як основне, а друге – як додаткове.

3.3.2.4. Практичне значення мають й інші класифікації.

За пов'язаністю з ізоляцією від суспільства покарання можна поділити на дві групи: 1) покарання, пов'язані з ізоляцією від суспільства (арешт, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, позбавлення волі на певний строк, довічне позбавлення волі); 2) покарання, не пов'язані з ізоляцією від суспільства (усі інші).

Суб'єкт, до якого застосовується покарання, є критерієм поділу покарань на: 1) загальні. Серед них виділяються покарання, які: можуть бути застосовані до будь-яких осіб, визнаних винними у вчиненні к.пр. (штраф і позбавлення волі на певний строк); не можуть застосовуватися до певних категорій осіб (наприклад, громадські роботи не застосовуються до осіб, визнаних інвалідами I або II груп, вагітних жінок, осіб, які досягли пенсійного віку, військовослужбовців строкової служби – ч. 3 ст. 56 КК); 2) спеціальні – ті, які застосовуються лише до певного кола суб'єктів. Так, покарання у вигляді позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу може бути застосоване лише до особи, яка має таке звання, ранг тощо, а у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю – до особи, яка обіймає відповідну посаду або займається відповідною діяльністю. Спеціальними покараннями є також службові обмеження для військовослужбовців (проте вони не застосовуються до військовослужбовців строкової служби) і тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців (це покарання застосовується тільки до військовослужбовців строкової служби).

Важливе значення у судовій практиці має класифікація покарань за критерієм *можливості чи неможливості призначення певного виду покарання у випадках, коли воно не передбачене санкцією*. За цим критерієм можна виділити покарання, які: 1) взагалі не передбачені санкцією статті Особливої частини КК (позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу); 2) можуть бути призначені й у випадках, коли вони не передбачені санкцією (штраф – як основне покарання; позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю – як додаткове покарання; службові обмеження для військовослужбовців; тримання в дисциплінарному батальйоні вій-

ськовослужбовців; позбавлення волі на певний строк); 3) не можуть бути призначені, якщо вони не передбачені як основні чи додаткові санкцією (крім випадків призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом – ст. 69) (усі інші, крім зазначених, види покарань).

Певне теоретичне і практичне значення можуть мати такі критерії класифікації покарань, як: зв'язок покарання з використанням примусової праці засудженого чи без її використання; ступінь суворості режимних обмежень; можливість заміни покарання іншими видами покарань.

3.3.2.5. В Україні і за кордоном активно дискутується проблема впровадження **нових видів покарань** (ув'язнення в режимі «напівволі», примусова кастрація та ін.). В деяких державах ці та інші екзотичні або вельми специфічні види покарань вже запроваджені.

Наприклад, широко застосовуються такі види покарань, як: арешт у вихідні дні, домашній арешт (КК Литви, Албанії, Італії, Сан-Марино, Іспанії, Португалії). Домашній арешт передбачено як вид покарання в КК Аргентини тільки для «добропорядних жінок», а на Кіпрі і в деяких інших державах він поєднується із заставою.

Практично в усіх штатах США домашній арешт із електронним моніторингом на строк до трьох місяців може застосовуватися як покарання до осіб віком до 30 років, які вчинили ненасильницький злочин, хронічно хворих, дітей від 7 до 10 років, старих від 79 років і більше, вагітних жінок: засудженому дозволяється виходити з житла тільки на роботу, у магазин і в поліклініку. В деяких штатах, наприклад в Каліфорнії, електронний моніторинг застосовується щодо засуджених до пробації, а також умовно-дostroково звільнених.

Система «електронного пута» застосовується у Голландії, Франції, Швеції, Швейцарії, Англії і Уельсі. Відповідно до закону Англії 1991 р., одним з видів покарань, що може застосовуватися на строк до 6 місяців, є заборона засудженому, який перебуває під електронним спостереженням, залишати у визначений час (від 2 до 12 годин на день) установлене місце проживання.

КК Франції передбачає такі види покарання, як: ув'язнення «у режимі напівволі», коли засудженому дозволяється залишати пенітенціарну установу для здійснення професійної діяльності, лікування, отримання освіти, участі у житті родини; штраф-дні, коли щодня протягом певного періоду засуджений зобов'язаний вносити до держбюджету певну суму.

КК Іспанії передбачає покарання у вигляді заборони наблизитися до потерпілого, його родичів чи інших осіб, визначених судом, та/або спілкуватися з ними.

Є ще такі види покарань, як позбавлення права на перебування у певних районах (КК Норвегії) або права відвідувати конкретний ресторан чи ресторани у певній місцевості (КК Швейцарії).

КК Польщі, Голландії, Франції, Бельгії передбачають такий вид покарання, як оприлюднення вироку. Наприклад, у Франції (ст. 131-35 КК) афішування чи поширення постановленого вироку здійснюється за рахунок засудженого. При цьому суд може наказати афішувати чи поширити вирок у цілому або інформацію про нього з викладенням причин його постановлення та основного змісту (витягів).

Кримінальними кодексами багатьох держав як окремий вид покарання визначається **обмеження (позбавлення) певних прав**, яке, на відміну від КК України, не зводиться лише до позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю. Воно може включати також обмеження, зокрема, права:

- обрати та/або бути обраним, призначеним на певні посади (КК Бельгії, Голландії, Іспанії, Італії, Литви, Норвегії, Сан-Марино, Швейцарії); служити в армії чи гвардії (КК Бельгії, Голландії, Норвегії); бути присяжним, експертом, понятим і давати показання у суді (КК Бельгії); бути радником у судах (КК Голландії);

- укладати торговельні угоди (КК Швейцарії, Італії); пускати в обіг чеки або користуватися кредитними картками (КК Франції), цивільної дієздатності (КК Італії, Сан-Марино);

- на батьківську владу, бути опікуном чи піклувальником (КК Бельгії, Іспанії, Італії, Сан-Марино, Швейцарії).

При цьому засуджений обмежується в тих чи інших правах залежно від характеру вчиненого ним діяння. Наприклад: у разі вчинення статевих та відверто аморальних злочинних діянь – права викладати у навчальному закладі, брати участь у діяльності юридичної особи, головним напрямом якої є робота з неповнолітніми, займатися діяльністю, яка ставить засудженого у відносини довіри чи авторитету до неповнолітніх (КК Бельгії); у разі вчинення злочинних діянь проти особи, власності і громадського порядку – права перебувати чи знаходитись у певній місцевості (КК Іспанії). З точки зору охорони прав і законних інтересів жертв злочинів та їхніх родичів заслуговує на особливу увагу покарання у вигляді позбавлення права проживати і навіть перебувати в районі, де було вчинене протиправне діяння, підходить до жертви чи її житла ближче ніж на певну відстань.

Загалом покарання у вигляді обмеження певних прав має потужну спеціально-превентивну функцію, оскільки практично виключає можливість вчинення засудженою особою діянь певного характеру у певний відрізок часу в майбутньому.

Напевно, поява нових видів покарання пов'язана з необхідністю надати можливості суду для максимального розширення судової дискреції в контексті дії принципу індивідуалізації покарання (який впливає, зокрема, із ст. 61 Конституції України). Якщо виходити з того, що кожна людина індивідуальна, а кожне вчинене к.пр. не схоже на інше, то на терезах правосуддя необхідно щоразу ретельно зважувати і покарання, яке максимально підійшло б для конкретного випадку.

3.3.2.6. Ще в часи Римської імперії **кастрація** використовувалася як покарання за деякі злочини проти імператора.

Закони гітлерівської Німеччини «Про небезпечних звичних злочинців» і «Про запобігання спадково хворому потомству» вирішували проблему «чистоти раси» приписами суддям застосовувати кастрацію і стерилізацію до осіб, засуджуваних за ті чи інші злочини.

Сьогодні в багатьох державах у разі вчинення деяких статевих злочинів застосовується кастрація, як правило хімічна (фармакологічна).

У Великобританії, Чехії, ФРН, Франції, Італії, Данії, Швеції, Канаді кастрація може проводитися за згодою засудженого, причому така згода є добровільно-примусовою. Наприклад, в Чехії після відбуття покарання за сексуальний злочин особа не може бути звільнена, поки суд за допомогою експертів не встановить, що вона перестала бути небезпечною для суспільства, і їй призначається лікування, яке може тривати і кілька років, і кілька десятків років, і довічно. Проте згода особи на кастрацію виключає можливість спеціального рецидиву, і тому після операції суд випускає її на волю.

Особа, винна у здійсненні статевого акту з дівчинкою до 10 років, може бути піддана кастрації згідно із КК штатів Каліфорнія, Арканзас, Вісконсін, Техас. Але у штаті Техас злочинець має вибір: тюремне ув'язнення на 99 років або кастрацію з 10-річним іспитовим періодом, а в штаті Арканзас – обміняти кастрацію на істотне скорочення строку тюремного ув'язнення. У штатах Каліфорнія, Флорида, Монтана, Теннесі й Мічиган застосовується хімічна кастрація. Особа, уперше засуджена за содомію (§ 286 КК Каліфорнії), похитливі або розпусні дії (§ 288), оральний секс (§ 288-а) або проникнення стороннім предметом (§ 289), вчинені щодо малолітнього до 13-літнього віку, може після умовно-дострокового звільнення на розсуд суду пройти лікування ацетатмедроксипрогестероном. Якщо особа засуджена другий раз за ці злочини, таке лікування, тобто хімічна кастрація, є обов'язковим. Втім, згідно із законом (§ 645) хімічна кастрація за бажанням засудженого може бути замінена хірургічною. У штаті Монтана суд пропонує хімічну кастрацію особам, що вчинили згвалтування в другий раз, а також іншим особам, що вчинили небезпечний статевий злочин.

З червня 2010 р. хімічна кастрація як вид покарання або заходу безпеки за злочини сексуального характеру, вчинені щодо неповнолітніх, передбачена в Польщі, з лютого 2012 р. – в Росії, з травня 2012 р. – у Молдові. Наприклад, в Польщі така кастрація є обов'язковою, коли жертвою педофіла був підліток віком до 15 років.

3.3.2.7. Ще більш дискусійним видом покарання є **психохірургія (лоботомія)** – хірургічний вплив на мозок людини з метою впливу на її психіку.

Про таке покарання згадують завжди, коли йдеться про справи, подібні до справи бельгійського маніяка-педофіла Марка Дютру. Він був засуджений й ув'язнений в 1980-х рр. за викрадення і згвалтування п'яти дівчинок, але достроково звільнений – «за гарну поведінку». На волі він продовжив свою злочинну діяльність і в 2004 р. засуджений до довічного ув'язнення за викрадення і згвалтування шістьох дівчинок та вбивство чотирьох з них.

Той факт, що змінити агресивну й іншу небезпечну поведінку людини можна за рахунок часткового пошкодження мозку, не вбиваючи його, було з'ясовано ще в XIX столітті у Швейцарії. Першим психохірургом в 1882 р. став наглядач будинку для божевільних Г. Буркхардт, який вилучив церебральні тканини мозку в шістьох пацієнтів для того, щоб вони перетворились «з неспокійних на тихих недоумкуватих».

У 1940-х рр. американський психіатр У. Фримен провів приблизно 3500 операцій лоботомії, створивши цілу армію зомбі, а в 1990-х рр. в Росії С. Медведєв, директор Санкт-Петербурзького інституту мозку людини, здійснив більше 100 психохірургічних операцій для лікування наркотичної залежності. Сьогодні в Індії і Китаї такі операції використовуються для лікування наркотичної й алкогольної залежності, депресії й інших психічних розладів, а також агресивної поведінки, у Мексиці – анорексії, Венесуелі – неврозу нав'язливих станів й агресії. В 1949 р. Егаш Муніш отримав Нобелівську премію в галузі фізіології і медицини за праці, пов'язані з лоботомією. Він з'ясував, що видалення префронтальної доли головного мозку позбавляє людину страху, але водночас людина втрачає можливість прогнозувати, у т.ч. відчувати можливу небезпеку.

Наслідком електрошокової (електросудомної) терапії – різновиду лоботомії, яка здійснюється в багатьох державах світу для «лікування» людей з психічними аномаліями, є незворотна втрата пам'яті, орієнтації в просторі і часі. Відомо, що невдовзі після двадцяти сеансів цієї терапії, що проводилась як антидепресант, наклав на себе руки легендарний письменник Ернест Хемінгвей. Як саме діє електрошокова терапія, наочно показано в культовому фільмі М. Формана «Пролітаючи над гніздом зозулі» (англ. *One Flew Over the Cuckoo's Nest*), що отримав п'ять премій «Оскар»: схильного до вчинення злочинів, але вільного духом і веселого бунтаря було перетворено на «овоч».

Отже, часто такі операції здійснюються стосовно осіб із соціально неприпустимою (і навіть вкрай небезпечною) поведінкою проти їхньої волі, але в жодній державі світу вони офіційно не визнані ні кримінальним покаранням (у т.ч. таким, що могло б замінити смертну кару), ні іншим примусовим кримінально-правовим заходом.

Загальне ставлення кримінологів до психохірургії (Карл-Людвіг Кунц, Рюдигер Лаутманн, Інесс Войнар та ін.), що було сформульовано під час однієї із спеціальних наукових конференцій за участю представників природничих, медичних, соціологічних наук і кримінологів («Небезпечна картина людини: біологічні науки, суспільство і злочинність», м. Білефельд, ФРН, 2008), таке: повернення до природничих наук в галузі дослідження злочинності є результатом поширення непевності у сучасному суспільстві, викликаній терористичними та іншими новими видами злочинів. Проте генетика, нейронне дослідження мозку пропонують суто біологічне, тобто вільне від моралі визначення зла, що є поверненням до позицій, які з часів Ломброзо не викликали довіри і суть яких полягає у визнанні існування небезпечної людини, за своєю біологічною структурою відмінної від людини законослухняної. Крім того, біологічні дослідження релевантні лише стосовно незначної частини злочинців (сексуальних, агресивних тощо) і жодним чином не

пояснюють економічну, службову, екологічну та іншу злочинність. Водночас дослідження біологів і медиків необхідно продовжувати, оцінюючи їх результати з усією обережністю*.

3.3.3. Покарання, пов'язані з обмеженнями майнового характеру

3.3.3.1. За критерієм наявності чи відсутності обмежень майнового характеру виділяються:

1) покарання, пов'язані з обмеженнями майнового характеру (штраф, виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців, конфіскація майна);

2) покарання, не пов'язані з такими обмеженнями (усі інші).

Штраф (ст. 53 КК) становить собою грошове стягнення. З урахуванням надзвичайно високих розмірів штрафу, передбачених в санкціях окремих статей КК (50 тис. нмдг, що становить понад 850 тис. грн., і навіть більше), а також можливості заміни несплаченого штрафу позбавленням волі, штраф може бути вельми суворим покаранням.

Штраф призначається: а) як основне чи додаткове покарання – у випадках і межах, встановлених санкціями статей (частин статей) Особливої частини КК; б) як основне – в порядку призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК) та в порядку заміни виправних робіт особам, які стали непрацездатними після постановлення вироку суду (ч. 3 ст. 57 КК).

З урахуванням майнового стану особи суд може призначити штраф з розстрочкою виплати певними частинами строком до трьох років.

Застосування ст. 77 КК може супроводжуватися призначенням штрафу як додаткового покарання лише у разі, коли він передбачений санкцією, і суд, застосовуючи загальні засади призначення покарання, дійде висновку про необхідність застосування цього додаткового покарання в конкретній кримінальній справі.

Особливістю штрафу як основного покарання є те, що при призначенні його за сукупністю к.пр. і сукупністю вироків воно складанню з іншими видами покарань не підлягає і виконується самостійно (ч. 3 ст. 72 КК).

3.3.3.2. За даними ДСА, у 2012/2013 рр. українські суди застосували штраф як основне покарання до 23651/24592 засуджених (14,5/20,0% від усіх засуджених), а як додаткове – лише до 320/340 (0,2/0,3%). При цьому загальний розмір призначеного штрафу у 2013 р. становив: як основного покарання – 82,5 млн грн., а як додаткового – 1,8 млн грн.**.

* Дубовик О. Преступность и биология: новый мозговой штурм // Уголовное право. – 2008. – № 6. – С. 84–87.

** Загальні показники кримінального судочинства // <http://data.gov.ua/dataset>

У світі штраф поступово стає основним видом покарань, де вже давно дійшли висновку про те, що деякі види покарань є надто витратними для держави. Наприклад, у Швеції витрати на утримання одного ув'язненого на день становлять у закритій в'язниці – 180, у відкритій – 120, при здійсненні пробації – 12 доларів США. Штраф же, навпаки, приносить прибуток.

Сьогодні у Швеції, Фінляндії, Данії, Австрії, Франції, Іспанії, Португалії, Польщі, Угорщині та багатьох інших державах прийнято так звану «скандинавську систему грошових штрафів», яка визнається найбільш справедливою тому, що враховує те, що одна частина засуджених має надзвичайно великі доходи, а інша – мізерні. Законодавці цих держав відмовились від використання абсолютних величин і передбачають розмір штрафу в умовних одиницях.

Так, за КК Польщі (ст. 33) штраф призначається у межах від 10 до 360 (при надзвичайному збільшенні покарання – до 540) денних ставок; денна ставка не може бути нижче 10 злотих або вище 2000 злотих, і при її встановленні суд враховує доходи винного, його особисті і сімейні умови, матеріальне становище і можливість отримання заробітку.

Згідно з КК Естонії розмір грошового стягнення (таку назву там має штраф) – від 30 до 500 денних ставок. Розмір денної ставки обчислюється на підставі середньоденного доходу засудженого. Суд може зменшити розмір денної ставки у зв'язку з винятковими обставинами чи збільшити його, виходячи з життєвого рівня засудженого. Розмір обчисленої денної ставки не може бути менше мінімальної денної ставки (50 крон – приблизно 3 євро). При обчисленні середньоденного доходу виходять, як правило, з оподаткованого прибутковим податком доходу засудженого за рік, що безпосередньо передував року порушення кримінальної справи.

В Україні також необхідно передбачити соціально справедливую систему обчислення штрафу на основі середньомісячного доходу засудженого.

3.3.3.3. Покарання у вигляді **виправних робіт** (ст. 57 КК) відбувається на підприємстві, в установі, організації за місцем роботи засудженого. Протягом строку відбування покарання із суми заробітку засудженого провадиться відрахування в дохід держави, і йому забороняється звільнятися з роботи за власним бажанням без дозволу кримінально-виконавчої інспекції. Фактично виправні роботи є штрафом в розстрочку, який стягується з певних категорій осіб. Зі змісту ст. 57 випливає, що цей вид покарання, на відміну від громадських робіт, не може застосовуватися до безробітних.

Закон (ч. 3 ст. 57 КК) передбачає можливість заміни виправних робіт штрафом щодо осіб, які стали непрацездатними після постановлення вироку суду.

Схожим за своїм змістом з виправними роботами є покарання у вигляді **службових обмежень для військовослужбовців** (ст. 58 КК). Воно полягає у тому, що: а) засуджений військовослужбовець не може бути підвищений за посадою та у військовому званні; б) строк покарання не зараховується йому в строк вислуги років для присвоєння чергового військового звання; в) із суми грошового забезпечення засудженого провадиться відрахування в дохід держави.

У 2012/2013 рр. суди застосували виправні роботи до 923/503 засуджених, а службові обмеження – до 42/46. Разом це становить 0,6/0,4% від усіх засуджених осіб.

3.3.3.4. Ознаками **конфіскації майна** (ст. 59 КК) як виду покарання є те, що: а) особа, до якої вона застосована, вчинила тяжкий або особливо тяжкий корисливий злочин (корисливим визнається злочин, який вчинено із корисливих спонукань); б) санкцією за цей злочин передбачено покарання у вигляді конфіскації майна; в) у засудженого вилучається майно; г) це майно є його власністю; г) воно вилучається примусово; д) вказане майно вилучається не тимчасово, а назавжди і передається у власність держави; е) держава жодним чином не компенсує власникові вартість вилученого майна.

Це покарання може бути таких видів:

- 1) конфіскація усього майна (повна конфіскація);
- 2) конфіскація частини майна (часткова конфіскація). У разі конфіскації частини майна суд повинен зазначити, яка саме частина майна конфіскується, або перелічити предмети, що конфіскуються.

У 2012/2013 рр. суди застосували конфіскацію майна до 5338/4358 (3,3/3,5%) засуджених.

Спеціальна конфіскація не є видом покарання. Відповідно до ст.ст. 96-1–96-2 КК це – інший примусовий захід кримінально-правового впливу (характеру) (докладніше про це – в п. 3.4.4 цього посібника).

3.3.4. Покарання, не пов'язані з обмеженнями майнового характеру

3.3.4.1. **Позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу** (ст. 54 КК) не передбачене жодною санкцією, застосовується на розсуд суду і лише при засудженні особи за тяжкий чи особливо тяжкий злочин. Воно поєднує в собі певний моральний вплив на засудженого і водночас позбавляє його матеріальних та інших переваг, які надає відповідне звання, ранг, чин, кваліфікаційний клас.

Військовим є звання, яке присвоюється військовослужбовцям, що проходять службу у військових формуваннях, а також військовозобов'язаним, а спеціальними – звання, що присвоюються працівникам міліції, податкової служби, митної служби тощо. Ранги встановлені для державних службовців, посадових осіб місцевого самоврядування і дипломатів, класні чини – для працівників прокуратури, а кваліфікаційні класи – для судових експертів.

На підставі ст. 54 КК засуджений не може бути позбавлений державної нагороди, наукового ступеня, почесного чи вченого звання.

У 2012/2013 рр. суди застосували цей вид покарання до 276/319 осіб – це 0,5/0,8% від усіх засуджених за тяжкі та особливо тяжкі злочини.

3.3.4.2. **Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю** (ст. 55 КК) призначається у випадках, коли вчинення к.пр. було пов'язане зі службовим становищем підсудного або із зайняттям ним певною діяльністю з метою недопущення вчинення ним у подальшому к.пр. із використанням певної посади чи в результаті зайняття певною діяльністю. Це покарання призначається:

1) як основне: а) у випадках і межах, встановлених санкціями статей (частин статей) Особливої частини КК; б) у порядку призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69);

2) як додаткове: а) у випадках, встановлених санкціями статей (частин статей) Особливої частини КК; б) у випадках, коли воно не передбачене в санкції, якщо суд визнає за неможливе збереження за особою права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; в) при звільненні від покарання з випробуванням (ст. 77 КК).

Строки цього покарання зазвичай обчислюються з дня набрання вироком законної сили. Якщо воно застосоване як додаткове, а основним є, наприклад, позбавлення волі, то строк позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю обчислюється з дня, коли засудженого було звільнено від відбування основного покарання. Встановлена судом заборона обіймати певні посади або займатися певною діяльністю поширюється на таку особу і в період її перебування в установі виконання покарань.

Закон не обмежує кола посад і видів діяльності, права обіймати які або права займатися якими може бути позбавлений засуджений. Судова практика свідчить, що це покарання застосовується найчастіше до службових осіб, зокрема тих, у віданні яких перебувають матеріальні цінності, а також до працівників транспорту, торгівлі і громадського харчування, медичних працівників, працівників освіти. Призначаючи вказане покарання, суд вказує у вирокі ті конкретні посади, права обіймати які позбавляється засуджений, або конкретний вид діяльності, права займатися якою його позбавлено. При цьому суд може позбавити засудженого права обіймати тільки ті посади чи займатися тільки тією діяльністю, з використанням яких було вчинено к.пр*.

Тимчасове неперебування на посаді або незайняття тим чи іншим видом діяльності на момент постановлення вироку не є перешкодою до застосування цього покарання. Скажімо, позбавлення права обіймати певну посаду може бути призначене судом як додаткове покарання незалежно від того, що особа перебуває у відпустці у зв'язку з вагітністю чи пологами, або її в порядку дисциплінарного стягнення вже понижено на посаді, а позбавлення права керувати транспортним

* Див.: Ухвала Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 17 жовтня 2003 р. у справі 3. / Судово-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – С. 81–83.

засобом – незалежно від того, що вона вже позбавлена права керувати транспортним засобом в порядку адміністративного стягнення.

У 2012/2013 рр. суди застосували цей вид покарання як основне до 18/23 осіб, а як додаткове – до 4672/4238 осіб (2,9/3,4% засуджених).

3.3.4.3. **Громадські роботи** (ст. 56 КК) полягають у виконанні засудженим за місцем його проживання у вільний від роботи чи навчання денний час безоплатних суспільно корисних робіт, вид яких визначають органи місцевого самоврядування. Зазвичай ними є роботи, які не потребують певної кваліфікації (сільськогосподарські, з впорядкування лісів, благоустрою населених пунктів, догляду за хворими тощо).

В багатьох державах громадські (обов'язкові) роботи становлять частину обов'язків, які суд покладає на особу під час пробації як виду покарання. Загалом у більшості держав світу частка таких робіт в структурі покарань становить 10–15%. В КК України вони на практиці застосовуються значно рідше: у 2012/2013 рр. суди застосували громадські роботи до 15001/11375 засуджених (9,2/9,2%).

3.3.4.4. **Арешт** (ст. 60 КК) полягає в триманні засудженого в умовах ізоляції в арештному домі (військовослужбовця – на гарнізонній гауптвахті).

Цей вид покарання є дещо схожим із покаранням у вигляді позбавлення волі: відповідно до ст. 51 КВК на засуджених до арешту поширюються правообмеження, аналогічні тим, що встановлені для осіб, які відбувають покарання у вигляді позбавлення волі.

Але умови відбування цього виду покарання є певною мірою більш суворими. Адже засудженим до арешту, на відміну від засуджених до позбавлення волі, забороняється: побачення з родичами та іншими особами, за винятком захисників; одержання посилок (передач) і бандеролей, за винятком посилок (передач), що містять предмети одягу за сезоном. Крім того, засудженим до арешту надається прогулянка тривалістю лише до однієї години (неповнолітнім – до двох годин), що наближує режим їх тримання до режиму тримання у приміщенні камерного типу (одиначній камері), право телефонної розмови з близькими родичами може бути надано їм лише за виняткових обставин, а правом на короткостроковий виїзд за межі арештного дому (гауптвахти) вони не користуються взагалі. Засуджені до арешту можуть залучатися адміністрацією виправної установи до робіт з господарського обслуговування установи без оплати їхньої праці, але не більше як на дві години на день.

У 2012/2013 рр. до арешту було засуджено усього 6495/4546 осіб (4,0/3,7%). Станом на 1 січня 2013 р. цей вид покарання відбувала 921 особа, тобто лише один із семи засуджених – адже строк арешту, як правило, зараховується до строку попереднього ув'язнення, і переважну більшість засуджених звільняють відразу або невдовзі після постановлення обвинувального вироку.

3.3.4.5. Під **обмеженням волі** (ст. 61 КК) розуміється покарання, змістом якого є: а) тримання засудженого в кримінально-виконавчій установі відкритого типу (виправному центрі), як правило, у межах адміністративно-територіальної одиниці, де він мав постійне місце проживання до засудження, без ізоляції від суспільства в умовах здійснення нагляду і проведення з ним виховної роботи; б) обов'язкове залучення засудженого до праці – на власному виробництві виправного центру або на договірній основі в інших підприємствах, установах чи організаціях.

Відповідно до встановленого законом (ст. 59 КВК) режиму відбування цього виду покарання засуджені до обмеження волі мають право, зокрема: носити звичайний одяг, мати при собі цінні речі і користуватися грішми без обмежень; відправляти листи, отримувати посилки (передачі) і бандеролі, одержувати короткострокові побачення без обмежень, а тривалі – до трьох діб раз на місяць; на короткочасні виїзди за межі виправного центру.

У 2012/2013 рр. до обмеження волі було засуджено 4640/2671 осіб (2,8/2,2%). Станом на 1 січня 2013 р. у 24 виправних центрах відбували цей вид покарання 5397 осіб.

3.3.4.6. **Тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців** (ст. 62 КК) полягає в ізоляції засудженого військовослужбовця строкової служби та поміщенні його на певний строк до дисциплінарного батальйону.

Тримання в дисциплінарному батальйоні застосовується судом у випадках, передбачених КК, а також коли суд, враховуючи обставини справи та особу засудженого, вважатиме за можливе замінити позбавлення волі на строк не більше двох років триманням у дисциплінарному батальйоні на той самий строк (ч. 1 ст. 62 КК). До засуджених військовослужбовців, які раніше відбували покарання у вигляді позбавлення волі, тримання в дисциплінарному батальйоні замість позбавлення волі застосовуватися не може.

Останніми роками у зв'язку зі значним зниженням рівня злочинності військовослужбовців в єдиному в Україні дисциплінарному батальйоні постійно перебуває лише кілька засуджених осіб. Наприклад, у 2012 р. до цього виду покарання було засуджено лише 11, а у 2013 р. – 2 військовослужбовця.

3.3.4.7. **Позбавлення волі на певний строк** (ст. 63 КК) полягає в ізоляції засудженого та поміщенні його на певний строк до кримінально-виконавчої установи. Такими установами є виправні колонії мінімального, середнього і максимального рівнів безпеки (ч. 4 ст. 11 КВК) та виховні колонії (для неповнолітніх) (ст. 19 КВК). Вид кримінально-виконавчої установи, до якої має направлятися засуджений, визначається відповідним органом кримінально-виконавчої системи.

Це покарання застосовується: а) у випадках, спеціально передбачених санкціями статей (частин статей) Особливої частини КК; б) у разі, якщо такою санкцією передбачено довічне позбавлення волі, але якщо суд вважає за можливе застосувати позбавлення волі на певний строк (ч. 1 ст. 64 КК); в) при заміні довічного позбавлення волі позбавленням волі на певний строк в порядку помилування (ст. 87 КК).

Позбавлення волі встановлюється на строк від одного до 15 років. Є три винятки, коли ці межі змінюються: максимальний строк цього виду покарання може сягати 25 років при повному або частковому складанні покарань (ч. 2 ст. 71); максимальний строк цього виду покарання може сягати 25 років при заміні довічного позбавлення волі позбавленням волі на певний строк в порядку помилування (ст. 87); мінімальний строк позбавлення волі неповнолітніх становить шість місяців (ст. 102).

Позбавлення волі на певний строк є найбільш поширеним видом покарання. Усього воно зустрічається у більш як 500 санкціях статей (частин статей) Особливої частини КК із приблизно 700. Більш того, санкції понад 300 статей (частин статей), з яких переважна частина встановлюють відповідальність за злочини, що не є тяжкими та особливо тяжкими, не мають альтернативних видів основного покарання і передбачають лише одне можливе покарання – позбавлення волі.

Усього до позбавлення волі в 2012/2013 рр. було засуджено 42938/30479 осіб, що становило 26,4/24,8% від усіх засуджених. Станом на 1 січня 2013 р. в місцях позбавлення волі перебувало 97,7 тис. осіб (із них 13,2 тис. засуджені на строк понад 10 років, а 6,0 тис. – жінки), що становить 212 осіб на 100 тис. населення.

Для порівняння цей показник, за даними ООН, становить: в Ліхтенштейні, Індії і Непалі – 30, Індонезії – 45, Японії – 62, Норвегії і Словенії – 65, Венесуелі – 74, Франції – 85, Греції і Туреччині – 90, Китаї – 118, Аргентині – 140, Румунії – 164, Ізраїлі – 209, Молдові – 247, ЮАР – 335, Казахстані – 340, Ботсвані – 348, Панамі – 364, Білорусі – 426, Росії – 611, США – 738.

Криміногенний склад засуджених до позбавлення волі в Україні, за даними ДПтС: 28,9 тис. осіб – за розбій, грабїж та вимагання; 21,2 тис. – злочини у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення; 16,7 тис. – умисне вбивство (у т.ч. 8,1 тис. – за обтяжуючих обставин); 9,9 тис. – нанесення умисного тяжкого тілесного ушкодження; 2,4 тис. – зґвалтування; 18,6 тис. – інші злочини.

Півстоліття тому чиказький економіст, нобелівський лауреат Гері С. Беккер уперше застосував економічний підхід до проблеми злочинності. Він з'ясував, що державні витрати на запобігання, розслідування злочинів і утримання злочинців приблизно дорівнюють прямим збиткам від злочинності. Отже, на боротьбу зі злочинністю суспільство витрачає ще стільки ж, скільки від неї вже втратило. При цьому для злочинців – людей зі схильністю до ризи-

ку – «вигідність» заняття злочинною діяльністю визначається не стільки тяжкістю покарання, скільки ймовірністю бути спійманим. Якщо за злочин загрожує тяжке покарання, але воно не є неминучим, злочинець почуває себе у відносній небезпеці. Беккер запропонував, зокрема: 1) при дефіциті ресурсів витратити їх на ефективну систему запобігання і виявлення злочинів, а не на утримання ув'язнених (звісно, крім випадків, коли останнє є вкрай необхідним); 2) за злочини, що не є тяжкими, застосовувати насамперед штраф; в цьому разі потерпілий одержує сатисфакцію, а суспільство – компенсацію витрат і не витрачає коштів на утримання злочинців в місцях ув'язнення*.

Позбавлення волі є економічно не вигідним.

Наприклад, у Великій Британії витрати на правоохоронну систему сягають 2,3% ВВП, третина яких припадає на в'язниці. Вартість річного тримання у в'язниці одного ув'язненого (£39 600) в півтора рази перевищує середню річну зарплату. Звідси – критерій ефективності в'язниць: вона оцінюється за кількістю рецидивів, а для приватних в'язниць (в них утримується 13% всіх ув'язнених) передбачена спеціальна формула оплати їх послуг: 10% від гонорару виплачуються за умови, що «випускники» цих закладів, вийшовши на волю, більше не вчинять злочинів. Саме тому для тих, хто вчинив не надто тяжкі злочини, ув'язнення замінюється пробацією або громадськими роботами.

3.3.4.8. **Довічне позбавлення волі** (ст. 64 КК) є найсуворішим з усіх видів покарань і полягає в ізоляції засудженого та поміщенні його до кримінально-виконавчої установи довічно.

Довічне позбавлення волі встановлюється за вчинення особливо тяжких злочинів і застосовується судом тільки у разі, якщо воно вказане в санкції. Особлива частина КК містить лише дванадцять санкцій, які передбачають довічне позбавлення волі (ст. 112, ч. 2 ст. 115, ч. 4 ст. 127, ч. 3 ст. 258, ст.ст. 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, ч. 2 ст. 438, ч. 2 ст. 439, ч. 1 ст. 442, ст. 443).

ПВС у своїй постанові від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» вказав, що «призначення цього покарання повинне мотивуватись у вирокі з обов'язковим наведенням обставин, які, на думку суду, перешкоджають застосуванню позбавлення волі на певний строк. Якщо винними у вчиненні злочину визнано кількох осіб, яким призначається довічне позбавлення волі, у вирокі мають бути окремо наведені відповідні мотиви щодо кожної з них»**.

У 2012 р. до довічного позбавлення волі в Україні було засуджено 52, а в 2013 р. – 53 особи. Станом на 1 січня 2013 р. у довічному ув'язненні

* Becker G.S. Crime and Punishment: An Economic Approach // Journal of Political Economy. – 1968. – Vol. 76. – № 2. – P. 169–217.

** Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 1.

перебувало 1810 осіб, із них – 21 жінка. Іноді мають місце випадки, коли обвинувальні вироки стосовно цих осіб скасовують*.

Світова практика демонструє можливість різновидів довічного позбавлення волі. Наприклад, КК Болгарії виділяє такі його види, як довічне ув'язнення з можливістю і без можливості його заміни. Водночас в деяких державах цього виду покарання не існує. Наприклад, в Норвегії відомого терориста А. Брейвіка, внаслідок дій якого було вбито 77 осіб і поранено 151 особу, в серпні 2012 р. засуджено до 21 року ув'язнення саме тому, що в Норвегії такий термін ув'язнення є максимальним.

3.3.4.9. Майже в усіх державах світу на різних етапах їх існування застосовували **смертну кару** як покарання за злочини. Незначними винятками були Київська Русь, інші давні держави першого тисячоліття: «Руська Правда» і так звані варварські правди як найбільш тяжке покарання передбачали вигнання, фактично виключення людини із суспільства.

У новітній Україні мораторій на смертну кару почав діяти безперервно з 1997 р., а в 2000 р. ВР остаточно вилучила поняття «смертна кара» з офіційного переліку кримінальних покарань. Смертна кара вважається недопустимою у межах РЄ згідно з ЄКПЛ та Протоколом № 6 до неї, а на території України – також і відповідно до ст. 27 Конституції з урахуванням офіційного тлумачення, наданого КС (Рішення у справі про смертну кару від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99). Особам, раніше засудженим до смертної кари, це покарання замінено довічним позбавленням волі, що також визнано таким, що відповідає Основному Закону (Рішення КС у справі про заміну смертної кари довічним позбавленням волі від 26 січня 2011 р. № 1-рп/2011).

Але приблизно в 70 державах світу смертна кара все ще залишається вищою мірою покарання, із них в 10 – лише для покарання особливо тяжких злочинів, що можуть бути вчинені у військовий час. У державах, які практикують смертну кару, метод страти визначається законодавчо. Традиційно найпоширеніші види смертної кари: повішення, душення, розстріл, обезголовлення, електричний стілець, газова камера і смертельна ін'єкція. В Китаї передбачена відстрочка її виконання: якщо протягом двох років засуджений не вчинить іншого умисного злочину, смертна кара може бути замінена довічним ув'язненням, а якщо при цьому матиме місце ще й «серйозна спокута» – позбавленням волі на строк від 15 до 20 років (ст. 48 КК КНР).

Найбільша кількість випадків смертної кари має місце в Китаї (наприклад, в 2008 р. – 1718 страт; в тому самому році страчено в Ірані – 346 осіб, Саудівській Аравії – 102, США – 37, Пакистані – 36, Іраку – 34 особи).

Ставлення до смертної кари у світі не є однотайним – там, де вона практикується, існує рух за її скасування, а там, де вона скасована, існують прихильники її відновлення.

* Діденко А. Чи винуваті усі позбавлені волі довічно? // <http://www.khpg.org/index.php?id=1373628141>

3.3.5. Правові наслідки ухилення від покарання

Загалом відомі **три підходи** щодо правових наслідків ухилення особи від покарання:

1) встановлення кримінальної відповідальності за акти ухилення як самостійні злочини проти правосуддя (такий підхід застосовано у КК Білорусі і Швейцарії);

2) заміна призначеного (і не виконаного) покарання іншим, як правило, більш суворим його видом (КК Росії, Молдови, Литви, Естонії, Болгарії, Бельгії, Данії, Фінляндії, Норвегії, Італії, Литви, Албанії, Іспанії, Сан-Марино, Франції і Швеції).

Наприклад, КК Росії замість встановлення кримінальної відповідальності за злісне ухилення від відбування відповідних видів покарань передбачає можливість заміни: штрафу – іншим покаранням у межах санкції відповідної статті Особливої частини КК; обов'язкових робіт та виправних робіт – обмеженням волі, арештом або позбавленням волі; обмеження волі – позбавленням волі на певний строк (ст.ст. 46, 49, 50, 53);

3) змішаний підхід (притаманний для КК Литви, Албанії, Іспанії, Сан-Марино, Франції, Бельгії і Швеції). Для України також притаманний саме цей, змішаний, підхід: ст. 53 КК передбачає можливість заміни штрафу іншими видами покарань; ухилення від інших покарань тягне кримінальну відповідальність (ч. 5 ст. 52, ст.ст. 389, 390 КК).

Відповідно до ст.ст. 42, 44–51 КК Литви, якщо особа: а) з поважних причин не здатна виконувати публічні роботи, – вони можуть бути замінені грошовим внеском в фонд осіб, які постраждали від злочинів, або суд може продовжити строк публічних робіт, поки особа не відбуде призначені години; б) ухиляється від виконання публічних робіт навіть після відповідного попередження, – суд може замінити їх штрафом або арештом; в) не має коштів для сплати штрафу і неможливо їх стягнути, – суд може замінити штраф публічними роботами (за згодою засудженого) або арештом; г) з поважних причин не здатна виконати зобов'язання, покладені на неї у зв'язку із засудженням її до обмеження волі, – цей вид покарання може бути замінений грошовим внеском в фонд осіб, які постраждали від злочинів; г) ухиляється від виконання обмеження волі, – суд може замінити це покарання арештом; д) порушує порядок відбування арешту у вихідні дні, – суд замінює його звичайним арештом.

Згідно з ст. 74 КК Литви будь-який захід карального впливу, який особа не здатна виконати з поважних причин, може бути замінений іншим заходом карального впливу. Якщо особа ухиляється від виконання призначеного їй заходу карального впливу (за винятком конфіскації майна), суд, не скасовуючи виконання цього заходу, призначає їй покарання відповідно до ст. 243 КК, яка передбачає відповідальність за таке діяння. Ухилення від конфіскації майна як такого не може бути, оскільки, як зазначено у ч. 5 ст. 73 КК Литви, якщо майно, що підлягає конфіскації, приховано, витрачено або відсутнє з інших причин, суд стягує з винного або інших осіб відповідну грошову суму.

3.3.6. Загальні засади і принципи призначення покарання

3.3.6.1. У КК України досить ретельно визначено усі положення, якими повинен керуватися суд при призначенні покарання. Цим він відрізняється від кримінального законодавства багатьох держав, де діють інші правила.

Наприклад, КК Японії взагалі не містить загальних засад призначення покарання, а згідно із КК штату Техас (США) при застосуванні тюремного ув'язнення суд установлює лише нижню і верхню межі покарання (наприклад, від п'яти до 99 років), а реальний строк визначається тюремною адміністрацією.

Призначення покарання полягає у визначенні певного виду і розміру кримінального покарання, необхідного і достатнього для досягнення цілей покарання у конкретній кримінальній справі та стосовно конкретного засудженого. Законність, обґрунтованість, справедливість і водночас милосердність призначеного судом покарання значною мірою залежить від того, якими саме будуть законодавчі положення щодо його призначення, адже саме ними керується суд. Ці положення у КК складаються із:

1) загальних засад призначення покарання, тобто основних правил, якими повинен керуватися суд при призначенні покарання за будь-яке к.пр., за будь-яких обставин та стосовно будь-яких осіб (частини 1–2 ст. 65, ст.ст. 66 і 67, ч. 1 ст. 103);

2) спеціальних засад, тобто правил, якими повинен керуватися суд при призначенні покарання за:

- незакінчений злочин і к.пр., вчинене у співучасті;
- наявності кількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого к.пр.; наявності певних обставин, що пом'якшують покарання, та відсутності обставин, що обтяжують покарання, та визнанні підсудним своєї вини;
- сукупністю к.пр.; сукупністю вироків;
- злочин, вчинений особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації;
- особливо тяжкий злочин, за який може бути призначене довічне позбавлення волі, у разі застосування давності;
- вчинення злочину неповнолітнім (ч. 3 ст. 43, ч. 4 ст. 49, частини 3–4 ст. 65, ст.ст. 68–71, 103).

Принципи призначення покарання – це правила, за якими призначається покарання у цих спеціальних випадках. Отже, принципи призначення покарання не слід плутати з принципами кримінального права, які стосуються покарання (зокрема, з принципом законності, який передбачає, що тільки КК можуть бути встановлені види і розміри покарання, а також умови, за яких є можливим звільнення від покаран-

ня, принципами індивідуалізації кримінальної відповідальності та покарання, справедливості, гуманізму, заборони жорстоких, нелюдських і таких, що принижують гідність, покарань).

3.3.6.2. **Загальні засади призначення покарання** полягають у тому, що особі, яка вчинила к.пр., має бути призначене покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та запобігання новим к.пр. Більш суворий вид покарання з числа передбачених законом може бути призначено лише у разі, якщо менш суворий вид буде недостатнім. При цьому суд зобов'язаний призначати покарання:

1) у межах, установлених в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинене к.пр. Отже, суд має призначити лише такий вид покарання, який передбачено у санкції, якщо інше не дозволено законом (зокрема у ст. 62 КК), і тільки у відповідному розмірі, визначеному в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, а в окремих випадках – у статті Загальної частини, яка визначає розміри певного покарання;

2) відповідно до положень Загальної частини КК. Це означає, що суд, встановивши в діянні особи склад к.пр., повинен, зокрема, з'ясувати усі питання щодо дії закону про кримінальну відповідальність у просторі і часі (ст.ст. 3–8), можливої наявності обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння (ст.ст. 36–43 КК), підстав для звільнення особи від кримінальної відповідальності або покарання чи його відбуття (ст.ст. 44–49, 74–75, 79 та ін.);

3) враховуючи ступінь тяжкості вчиненого к.пр., особу винного й обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. Останні визначені у ст. 66 і ст. 67 КК, а ступінь тяжкості вчиненого к.пр. – у ст. 12 КК. Що стосується **особи винного**, то тут розуміються насамперед дані про соціально важливу поведінку особи до і після вчинення к.пр.: спосіб життя, заслуги перед державою, ставлення до праці і навчання, поведінку в сім'ї і побуті, схильність до вчинення правопорушень, у т.ч. повторно чи вперше особа вчинила к.пр., чи має вона судимість, інші дані, що характеризують її з позитивного або негативного боку. Важливими також є дані про її вік (зокрема про те, чи досягла вона повноліття на момент вчинення к.пр. і на момент призначення покарання), сімейний стан і наявність утриманців, стан здоров'я, працездатність, інвалідність і вагітність. Усі дані про особу оцінюються в їх сукупності, і це дає можливість суду поглянути на людину не лише як на суб'єкта к.пр., а як на людину загалом, яка має індивідуальні особливості, і визначити, свідчать вони про закономірність протиправної поведінки особи чи скоріш про те, що вчинення нею даного конкретного к.пр. є збігом обставин.

Від суду вимагається уважно вислухати і за можливості врахувати думку усіх учасників судового провадження, які за законом мають право її висловити, стосовно покарання підсудного. Невиконання судом

цього обов'язку може потягнути скасування або зміну вироку. Так, відповідно до положень ст.ст. 408–409, 413–414, 420, 438 КПК підставою для скасування або зміни судового рішення при розгляді справи в суді апеляційної (касаційної) інстанції є:

– неправильне застосування закону про кримінальну відповідальність (зокрема, призначене більш суворе покарання, ніж передбачено відповідною статтею (частиною статті) КК);

– невідповідність призначеного покарання ступеню тяжкості к.пр. та особі засудженого (зокрема, призначене покарання, яке хоч і не виходить за межі, встановлені відповідною статтею (частиною статті) КК, але за своїм видом чи розміром є явно несправедливим через м'якість або через суворість.

Вироком апеляційного суду Херсонської області від 21 червня 2011 р. в частині призначеного покарання скасовано вирок місцевого Каланчацького районного суду Херсонської області від 11 квітня 2011 р., яким П. було засуджено за ч. 2 ст. 286 КК до покарання у вигляді 3 років позбавлення волі без позбавлення права керувати транспортними засобами і на підставі ст. 75 КК звільнено від призначеного покарання з іспитовим строком на 3 роки. Новим вироком П. призначено покарання у вигляді 3 років позбавлення волі з поміщенням його до кримінально-виконавчої установи закритого типу, із позбавленням права керувати транспортними засобами на строк 2 роки.

За обставинами справи П., керуючи автомобілем, виїхав на смугу зустрічного руху, де здійснив зіткнення з двома мікроавтобусами та легковим автомобілем, внаслідок чого пасажиром останніх були заподіяні одному середньої тяжкості, а другому – тяжке тілесне ушкодження, і він визнаний інвалідом другої групи, машини пошкоджено, піддано небезпеці життя та здоров'я 16 осіб, які знаходились в мікроавтобусах та автомобілі. Під час досудового слідства П. уникав контакту з потерпілими і не вибачився перед ними, не цікавився станом потерпілих та їх потребами в лікуванні, заявляв, що не збирається відшкодовувати їм заподіяну ним шкоду і фактично ні матеріальні збитки, ні моральну шкоду не відшкодував. Саме по собі визнання ним цивільних позовів не може свідчити про щире каяття.

Призначивши покарання, апеляційний суд Херсонської області врахував, що вчинений злочин є тяжким, а також обставини, що пом'якшують покарання (позитивну характеристику винного, те, що він вперше вчинив злочин, знаходження на його утриманні матері похилого віку).*

3.3.6.3. Загальні засади призначення покарання за КК в цілому є абстрактними, а межі покарань, передбачених відповідними санкціями (так само як право суду «пересувати» ці межі при застосуванні спеціальних засад призначення покарання), часто надзвичайно широкими (наприклад, від 2 до 8 або від 3 до 12 років позбавлення волі тощо), а в державі з надвисоким рівнем корупції та відсутністю справжньої

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 17797179 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

довіри до суду – і не виправдано широкими. Тому фактично у більшості випадків суд апеляційної чи касаційної інстанції може змінити вирок суду першої інстанції із підстав невідповідності призначеного покарання ступеню тяжкості к.пр. та особи засудженого.

Цього можна було б запобігти, перейнявши правила математичного характеру, що містяться в Керівництвах Комісії США з призначення покарань і передбачають, зокрема:

– 43 рівні небезпеки (тяжкості) злочинних діянь (наприклад, проникнення до чужого володіння має базовий рівень 4, крадіжка – 7, грабіж – 20, а викрадення людей – 32);

– перелік кваліфікуючих ознак, за наявності яких базові рівні небезпеки збільшуються на певну кількість одиниць (скажімо, базовий рівень небезпеки крадіжки піднімається з 7 до 9, якщо нею завдано збитків на суму понад \$6 тис., і до 13, якщо завдано збитків на суму понад \$50 тис.; грабежу – з 20 до 25, якщо його вчинено із застосуванням вогнепальної зброї);

– докладні таблиці з призначення покарань за видами і розмірами для різних злочинних діянь, у т.ч. окремо для злочинних діянь, вчинених рецидивістами;

– шість категорій «кримінальної історії» особи, яка вчинила злочинне діяння;

– переліки обставин, що обтяжують та пом'якшують покарання.*

Головна мета Керівництва – домогтися, аби особи, що вчинили схожі злочинні діяння, підлягали однаково му покаранню. Якщо вимог Керівництва суд дотримався, апеляційна інстанція практично не може змінити вирок.

Цікаве положення стосовно загальних правил обрання покарання міститься у КК Литви. Згідно з ним суд, оцінивши кількість, характер і співвідношення пом'якшуючих та обтяжуючих обставин, має обрати більш м'яке чи більш суворе покарання, взявши за основу середнє, яке встановлюється шляхом складання максимального і мінімального розмірів покарання, передбаченого санкцією статті, і поділу результату навпіл.

3.3.6.4. Обставини, які пом'якшують покарання – це встановлені судом різного роду відомості, що свідчать про менший ступінь небезпечності особи винного і вчиненого ним к.пр. і дають підстави для застосування до нього менш суворого виду чи розміру покарання, незастосування додаткового покарання, яке передбачено як факультативне, застосування звільнення від покарання тощо. Зазначені обставини за своїм змістом характеризують:

а) к.пр. (наприклад, вчинення його: внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин; під впливом погрози, примусу, через матеріальну, службову чи іншу залежність);

б) особу винного (зокрема, вчинення к.пр. неповнолітнім або вчинення жінкою в стані вагітності);

* Савченко А.В. Кримінальне законодавство України та федеральне кримінальне законодавство Сполучених Штатів Америки: комплексне порівняльно-правове дослідження: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 265–266, 537–541.

в) поведінку винного після вчинення к.пр. (з'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розкриттю к.пр.; добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди тощо).

Перелік обставин, які пом'якшують покарання, міститься в ч. 1 ст. 66 КК. Цей перелік не є вичерпним – при призначенні покарання суд може визнати такими, що його пом'якшують, й інші обставини. Серед останніх суди найчастіше зазначали у вирокі такі: наявність на утриманні підсудного дитини чи інших родичів; позитивна характеристика підсудного; вчинення злочину вперше; заняття суспільно корисною працею; тяжке захворювання підсудного або його родичів; участь у воєнних діях і наявність державних нагород; другорядна (пасивна) роль у вчиненні к.пр*.

3.3.6.5. Обставини, які обтяжують покарання, свідчать про підвищену небезпечність вчиненого к.пр. й особи винного, і це дає підстави суду призначити йому покарання більш суворе за наявності вибору з альтернативних видів покарань, а також більшого розміру, ніж середній, призначити додаткове покарання, передбачене санкцією як факультативне, не застосувати звільнення від відбування покарання тощо.

Перелік обставин, які обтяжують покарання, міститься в ч. 1 ст. 67 КК і є вичерпним. Суд має право, залежно від характеру вчиненого к.пр., не визнати за їх фактичної наявності деякі із зазначених у наведеному в ч. 1 ст. 67 переліку обставин такими, що обтяжують покарання.

Зазначені обставини характеризують к.пр. (вчинення його: щодо малолітнього, особи похилого віку або особи, що перебуває в безпорадному стані; на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі; з особливою жорстокістю; загальнонебезпечним способом; завдання злочином тяжких наслідків тощо) або водночас к.пр. і особу винного (вчинення к.пр. особою повторно, рецидив злочинів, вчинення к.пр. особою, яка перебуває у стані сп'яніння, тощо).

3.3.6.6. Обставини, визначені у ст. 66 і ст. 67 КК, не мають значення для кваліфікації діянь, а тільки обтяжують чи пом'якшують покарання, враховуються при його призначенні. Їхня наявність чи відсутність має значення для:

- наближення розміру конкретного покарання до нижньої чи верхньої межі відповідної санкції;
- призначення конкретного покарання нижче нижньої межі, встановленої в санкції, або навіть для переходу до іншого, більш м'якого виду основного покарання, і непризначення додаткового покарання (ст. 69 КК);
- обмеження верхньої межі певного покарання двома третинами відповідного строку чи розміру (ст. 69-1 КК).

* Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним законодавством України: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2005. – С. 167.

Водночас, якщо будь-яка з обставин, що пом'якшує чи обтяжує покарання, передбачена у статті Особливої частини КК як ознака к.пр., що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його пом'якшує (обтяжує).

3.3.7. Спеціальні правила призначення покарання

3.3.7.1. Усі спеціальні правила призначення покарання, визначені в розділі XI Загальної частини КК, за критерієм *конкретизації* можна поділити на дві групи – правила: 1) що конкретизують строк або розмір покарання (наприклад, ч. 3 ст. 43, частини 2 і 3 ст. 68, ст. 69-1, ст.ст. 70–71); 2) що надають право суду змінити вид і розмір покарання, передбаченого статтею (частиною статті) Особливої частини КК, певною мірою на свій розсуд (ч. 4 ст. 49, ч. 4 ст. 68, ч. 1 ст. 103).

Крім того, за їхнім *змістом* ці правила можна поділити ще на дві групи. Це правила щодо призначення: 1) більш м'якого покарання, ніж це передбачено санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК (ч. 3 ст. 43, ч. 4 ст. 49, ст.ст. 68–69-1) – **див. табл. 12**) відповідно, більш суворого покарання (ст.ст. 70–71).

Таблиця 12. **Правила призначення більш м'якого покарання**

Норма КК	Обставини, які враховує суд	Межі зміни покарання, встановлені КК
Частини 1 і 2 ст. 68 (готування до злочину)	Ступінь тяжкості діяння, ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця	Строк або розмір покарання не може перевищувати 1/2 максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією
Частини 1 і 3 ст. 68 (замах на злочин)		Строк або розмір покарання не може перевищувати 2/3 максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією
Ч. 4 ст. 68 (співучасть у к.пр.)	Характер і ступінь участі кожного із співучасників у вчиненні к.пр.	—
Ст. 69 (наявність кількох обставин, що пом'якшують покарання)	Наявність кількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого та особу винного	Суд може: 1) призначити основне покарання, нижче від найнижчої межі, встановленої в санкції, або 2) перейти до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції; 3) не призначити додаткового покарання, що передбачене в санкції як обов'язкове
Ст. 69 (те саме – у разі вчинення к.пр., за яке передбачене основне покарання у вигляді штрафу у певному розмірі)	Те саме	Розмір штрафу може бути нижче від найнижчої межі, встановленої в санкції, але не більше ніж на 1/4 (наприклад, якщо санкцією передбачено штраф від 3000 до 5000 нмдг, то суд може передбачити його у розмірі 2250 нмдг)

Ст. 69-1 (наявність спеціальних обставин, що пом'якшують покарання)	Наявність обставин, що пом'якшують покарання, передбачених пунктами 1 і 2 ч. 1 ст. 66 КК, відсутність обставин, що обтяжують покарання, та визнання підсудним своєї вини	Строк або розмір покарання не може перевищувати 2/3 максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією
Ч. 3 ст. 43 (вчинення злочину особою, яка виконувала спеціальне завдання)	Особа відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою запобігання чи розкриття їх злочинної діяльності; заподіяння шкоди правоохоронуваним інтересам було вимушеним	1) Особа не може бути засуджена до довічного позбавлення волі; 2) покарання у вигляді позбавлення волі не може бути призначене на строк, більший, ніж 1/2 максимального строку позбавлення волі, передбаченого законом за відповідне к.пр.
Ч. 4 ст. 49 (вчинення особливо тяжкого злочину, за який згідно із законом може бути призначено довічне позбавлення волі)	Давність злочину	Довічне позбавлення волі не може бути призначено і заміняється позбавленням волі на певний строк
Ч. 1 ст. 103 (призначення покарання неповнолітньому)	Умови його життя та виховання, вплив дорослих, рівень розвитку та інші особливості особи неповнолітнього	Покарання пом'якшується на розсуд суду

Призначення більш м'якого покарання не слід плутати із заміною невідбутої частини покарання більш м'яким, яке здійснюється *вже під час відбування покарання* і стосується тільки покарання у вигляді обмеження волі і позбавлення волі (ст. 82 КК).

3.3.7.2. У зв'язку із формулюваннями на кшталт тих, що застосовані у ст. 68 КК (зокрема, «строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру...»), виникають певні **парадокси**. Вони полягають у фактичній неможливості застосувати положення цієї статті через те, що:

– нижня межа покарання може стати рівною верхній межі або навіть вищою за неї (наприклад, згідно зі ст. 63, ч. 2 ст. 68 за готування до злочинів, передбачених ст. 118, ст. 123 та інших, суд зобов'язаний призначити засудженому покарання у межах від одного року до одного року, за готування до злочину, передбаченого ч. 3 ст. 120, – від 7 до 5 років, за замах на цей злочин – від 7 років до 6 років 8 місяців, за готування до грабежу, передбаченого ч. 2 ст. 186, – від 4 до 3 років, а за замах на цей злочин, – від 4 до 4 років);

– довічне позбавлення волі, яке також може бути найбільш суворим, не ділиться – ні навпіл, ні на третини.

Тому більш правильно вчинили законодавці тих держав, які встановили типові санкції і правила збільшення/зменшення їхніх меж у випадках готування, замаху та деяких інших на один, два чи кілька ступенів, а також не забули визначити, що відповідні правила не поширюються на довічне позбавлення волі.

3.3.7.3. Цікаві парадокси мають місце і в зарубіжному законодавстві.

Відомо, що багато злочинців в США засуджується до тюремного ув'язнення на строк сто років і навіть більше. Це є можливим завдяки правилам, відповідно до яких, якщо вчинені особою злочини становлять особливу небезпеку, дозволяється повне складання покарань за усі ці злочини, а в разі третього випадку вчинення злочину рецидивістом – призначення довічного позбавлення волі (наприклад, «Закон трьох помилок», англ. Three strikes laws, штат Каліфорнія). Така система дозволяє досягати неймовірних «рекордів»: в червні 2012 р. за 13 пунктами обвинувачення (створення фінансової піраміди, шахрайство, відмивання грошей тощо) прокуратура просила засудити фінансиста й мільярдера Аллена Стенфорда до 230 років ув'язнення, але федеральний суд Хьюстона (штат Техас) призначив йому лише 110 років. В Гватемалі в 2012 р. за вчинене в 1982 р. масове вбивство Педро Піментел Ріос засуджений до 6060 років ув'язнення – по 30 років за кожного із 201 вбитих ним людей і ще 30 років за злочин проти людяності.

В Україні повне складання покарань також можливе, але має свої межі. Згідно з КК необхідність призначення покарання за сукупністю к.пр. виникає у двох випадках:

- 1) коли особа визнається винною у вчиненні к.пр., і за жодне з них вона не була засуджена (частини 1 і 2 ст. 70), – «класична» сукупність;
- 2) коли після винесення вироку буде встановлено, що особа винна ще й в іншому к.пр., вчиненому до винесення вироку у першій справі (ч. 4 ст. 70), – «розірвана» сукупність.

Відповідно до ч. 1 ст. 70 КК **призначення покарання за сукупністю кримінальних правопорушень** може відбуватися за такими **принципами**:

1) *поглинення менш суворого покарання більш суворим*. Цей принцип зазвичай застосовується у випадках:

- ідеальної сукупності;
- коли одне із к.пр. істотно відрізняється за ступенем тяжкості від іншого, що входить у сукупність (наприклад, злочин невеликої тяжкості і тяжкий злочин);
- коли призначені за окремі к.пр. покарання не підлягають складанню з іншими видами покарань (так, згідно з ч. 3 ст. 72 КК основні покарання у вигляді штрафу та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю не підлягають складанню з іншими видами покарань).

Поглинення менш суворого покарання більш суворим допускається щодо покарань як одного виду, так і різних. Але однакові за видом і розміром покарання, передбачені двома чи більше санкціями, поглиненню не підлягають – і застосовується складання покарань (звичайно, крім випадку, коли вони призначені у максимальних межах санкцій статей КК)*;

* Постанова Пленуму ВС від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» (п. 2).

2) *часткового складання призначених покарань* – остаточне покарання призначається шляхом приєднання до найбільш суворого покарання, призначеного за одне із к.пр., будь-якої частини менш суворого покарання, призначеного за інше к.пр.;

3) *повного складання призначених покарань* – остаточне покарання дорівнює сумі складених покарань, що наочно демонструє караність за кожне із вчинених к.пр.

КК, встановивши зазначені принципи, не регламентує умови їх застосування, тим самим надаючи можливість суду вирішувати це питання на свій розсуд, – з урахуванням загальних засад призначення покарання, кількості к.пр., що входять до сукупності, виду сукупності (реальна чи ідеальна) тощо. Суддівську дискрецію обмежено по суті лише правилами, згідно з якими суд повинен:

- при складанні покарань остаточне покарання визначити в межах, встановлених санкцією, яка передбачає більш суворе покарання;

- якщо хоча б один із злочинів є умисним тяжким або особливо тяжким, – призначити остаточне покарання у межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК;

- якщо хоча б за один із вчинених злочинів призначено довічне позбавлення волі, – остаточне покарання за сукупністю злочинів визначити шляхом поглинення будь-яких менш суворих покарань довічним позбавленням волі;

- якщо після постановлення вироку в справі буде встановлено, що засуджений винен ще і в іншому к.пр., вчиненому ним до постановлення попереднього вироку, – в строк покарання, остаточного призначеного за сукупністю к.пр., зарахувати покарання, відбуте повністю або частково за попереднім вироком.

3.3.7.4. Необхідність **призначення покарання за сукупністю вироків** виникає у випадку, коли засуджений після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання (і навіть у той час, коли перший вирок ще не набрав законної сили) вчинив нове к.пр. Відповідно до ст. 71 КК це відбувається за тими самими трьома принципами, що при призначенні покарання за сукупністю к.пр., але має такі **особливості**:

- 1) принцип *поглинення менш суворого покарання більш суворим* застосовується лише у випадку складання покарання у вигляді довічного позбавлення волі з будь-якими менш суворими покараннями;

- 2) загальний строк покарання не може перевищувати при повному або частковому *складанні покарань*:

- максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК;

- у вигляді позбавлення волі – 15 років;

- у вигляді позбавлення волі, якщо хоча б один із злочинів є особливо тяжким, – 25 років (крім як щодо неповнолітніх);

3) остаточне покарання має бути більшим, ніж покарання, призначене за нове к.пр., а також більшим, ніж невідбута частина покарання за попереднім вироком. Винятками є випадки, коли покарання визначається шляхом поглинення одного покарання іншим, призначеним у максимальному розмірі.

3.3.7.5. Частиною 5 ст. 71 КК врегульовано призначення покарання **водночас за сукупністю кримінальних правопорушень і сукупністю вироків**. Це необхідно для випадків, коли особа після постановлення вироку, але до набрання ним чинності, або під час відбування покарання до повного його відбуття вчинила не один, а два чи більше к.пр.

У таких випадках суд, керуючись правилами ст. 70, спочатку призначає покарання за ці нові к.пр., а потім, керуючись правилами ст. 71 КК, до остаточного покарання, призначеного за сукупністю к.пр., повністю чи частково приєднує невідбуту частину покарання за попереднім вироком. Принцип поглинення менш суворого покарання більш суворим тут не застосовується.

3.3.8. Правила складання покарань

Правила складання покарань визначено у ст. 72 КК. Вони є необхідними при застосуванні принципу часткового або повного складання покарань, коли виникає потреба у складанні різних видів покарань (наприклад, позбавлення волі і обмеження волі, арешту і виправних робіт), а також в інших випадках (наприклад, при заміні покарання більш м'яким). Співвідношення різних видів покарань можна відобразити у такому вигляді (**див. табл. 13**).

Таблиця 13. **Співвідношення різних видів покарань**

Позбавлення волі	Тримання в дисциплінарному батальйоні	Арешт	Обмеження волі	Службове обмеження для військово-службовців	Виправні роботи	Громадські роботи
Один день	Один день	Один день	Два дні	Три дні	Три дні	Вісім годин
—	—	—	Один день	Три дні	Три дні	—
—	—	Один день	Один день	—	—	Вісім годин

Отже, ці співвідношення в різних випадках є дещо різними. Тому у разі встановлення співвідношення будь-якого виду покарання з позбавленням волі треба керуватися пунктами 1 і 2 ч. 1 ст. 72, а у разі встановлення співвідношення обмеження волі, арешту, службового обмеження для військовослужбовців, виправних робіт і громадських робіт – пунктами 3 і 4 ч. 1 ст. 72 КК.

Ці правила поширюються лише на основні покарання. Додаткові покарання різних видів складанню не підлягають й у всіх випадках виконуються самостійно (ч. 4 ст. 72 КК).

Література

- Савченко А.В. Кримінальне законодавство України та федеральне кримінальне законодавство Сполучених Штатів Америки: комплексне порівняльно-правове дослідження: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 224–316.
- Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним законодавством України: Монографія. – Луганськ: РВ ЛАВС, 2005. – 240 с.
- Сафин Л.Р. Ответственность за уклонение от наказаний, не связанных с изоляцией от общества по уголовному законодательству зарубежных стран / Соотношение преступлений и иных правонарушений: современные проблемы. – М., 2005. – С. 526–529.

Запитання і завдання

1. Які вам відомі критерії класифікації покарань?
2. Проаналізувавши положення ст.ст. 51–64 КК України, визначте і назвіть межі всіх видів покарань.
3. Ознайомтесь на веб-сайтах судової влади зі статистикою призначення покарань та поясніть, наскільки широко в Україні застосовуються покарання, альтернативні позбавленню волі на певний строк.
4. Чим відрізняються загальні правила призначення покарання в Україні та США?
5. Які вам відомі спеціальні правила призначення покарання?

Рекомендуємо прочитати

- Данте Аліг'єрі «Божественна комедія».
- Ліна Костенко «Маруся Чурай».
- Оноре де Бальзак «Батько Горіо».
- Федір Достоєвський «Записки з мертвого будинку».
- Віктор Гюго «Знедолені», «Клод Ге».
- Вільям Тенн «Строк авансом».
- Рей Бредбері «Покарання без злочину».
- Суад «Спалена живою».
- Стівен Кінг «Зелена миля».
- Олександр Герцен «Проїздом».
- Олександр Пушкін «Капітанська дочка».
- Василь Шукшин «Мій зять украв машину дров».
- Фрідріх Дюрренматт «Правосуддя».
- Іван Франко «Тюремні сонети», «До світла!», «Панталаха», «Івась Новітній», «На дні», «Лель і Полель».

Радимо подивитись

- Острів проклятих (США, 2010, режисер Мартін Скорсезе).
- Суддя і вбивця (Франція, 1976, режисер Бертран Таверн'є).
- Зелена миля (США, 1999, режисер Френк Дарабонтт).

3.4. Інші примусові заходи кримінально-правового впливу. Їх призначення

3.4.1. Пробація та її аналоги

3.4.1.1. **Пробація** (від лат. *probatio* – проба, випробування) – це захід кримінально-правового впливу, який законодавством багатьох держав світу визнається видом кримінального покарання, і полягає в обмеженні певних прав і свобод засудженого та встановленні спеціального нагляду за його поведінкою. Рекомендація Комітету міністрів РЄ № R 99(22) «Про переповнення в'язниць і зростання кількості ув'язнених» (1999 р.), вказує на необхідність передбачити пробацію як самостійну санкцію, альтернативну позбавленню волі.

Аналогами пробації згідно з КК України є звільнення від відбування покарання з випробуванням: 1) звичайне (ст.ст. 75–78); 2) вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років (ст.ст. 76–79); 3) неповнолітніх (ст.ст. 104, 75–78). Ці види звільнення від відбування покарання застосовуються в Україні досить часто. У 2012/2013 рр. суди застосували їх до 67912/47910 осіб, що становить 41,7/39,0% усіх засуджених.

На жаль, законодавець чітко не визначився стосовно особливостей звільнення від відбування покарання з випробуванням неповнолітніх вагітних (зокрема, не поклав на них обов'язки стосовно власної дитини, аналогічні визначеним у ч. 5 ст. 79).

Звичайне **звільнення від відбування покарання з випробуванням** застосовується у випадках, коли суд, зважаючи на певні обставини, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без реального відбування покарання. КК передбачає зазначену можливість лише у випадках засудження особи до таких видів покарань, як виправні роботи, службове обмеження для військовослужбовців, обмеження волі і позбавлення волі. Суд визначає іспитовий строк, покладає на винного певні особисті обов'язки, а на відповідні державні органи – обов'язки з контролю. Не виключається призначення при цьому додаткових покарань.

Невиконання засудженим покладених на нього обов'язків, систематичне вчинення адміністративних правопорушень тягне припинення випробування і направлення засудженого для відбування призначеного покарання. Проте вчинення ним нового к.пр., хоча і припиняє випробування згідно з ч. 2 ст. 75 КК і вимагає призначення покарання за сукупністю вироків, але не виключає повторного звільнення від відбування покарання з випробуванням. Такий підхід не є абсурдним, оскільки друге к.пр. може бути вчинено особою через необережність або, хоча й умисно, але у стані сильного душевного хвилювання чи у разі перевищення меж необхідної оборони (ст.ст. 116, 118, 123, 124 КК) тощо.

Звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років, так само, як

і аналогічний захід стосовно неповнолітніх, відрізняється від звичайного виду звільнення від відбування покарання з випробуванням за кількома ознаками (див. табл. 14).

Таблиця 14. **Основні відмінності різних видів звільнення від відбування покарання з випробуванням**

Ознаки	Звичайне	Щодо жінок	Щодо неповнолітніх
Суб'єкт	Особи, які не є ані вагітними жінками чи жінками, які мають дітей віком до семи років, ані неповнолітніми	Вагітні жінки і жінки, які мають дітей віком до семи років	Неповнолітні
Види покарань, від яких особу може бути звільнено	Виправні роботи; службове обмеження для військовослужбовців; обмеження волі; позбавлення волі на строк не більше п'яти років	Обмеження волі і позбавлення волі	Арешт і позбавлення волі
Види к.пр., які особа вчинила	Будь-які	Будь-які, крім тяжких і особливо тяжких злочинів, за які жінку засуджено на строк більше п'яти років	Будь-які
Іспитовий строк	Від одного року до трьох років	Не конкретизований, але значно більший («у межах строку, на який згідно із законом жінку може бути звільнено від роботи у зв'язку із вагітністю, пологами і до досягнення дитиною семирічного віку»)	Від одного року до двох років
Обов'язки, що покладаються на засуджену особу	Обов'язки, визначені у ст. 76 КК	Обов'язки, визначені у ст. 76, а також обов'язки стосовно власної дитини, визначені у ч. 5 ст. 79 КК	Обов'язки, визначені у ст. 76 КК. На окрему особу може бути покладено також обов'язок щодо нагляду за засудженим і проведення з ним виховної роботи

Згадані види звільнення від відбування покарання є певним проміжним заходом кримінально-правового впливу між покаранням та звільненням від покарання:

– з одного боку, вони мають ознаки покарання – це примусовий захід, який застосовується від імені держави за вироком суду і полягає у передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого;

– з іншого боку, вони не є у власному розумінні покаранням, оскільки як покарання не передбачені у переліку покарань, наведеному у ст. 51 КК, та прямо віднесені КК (назва розділу XII, ст. 75 та ін.) до видів звільнення від покарання.

Отже, український законодавець звільнення від відбування покарання з випробуванням фактично вважає ерзац-покаранням*. До речі, німецькі теоретики пробацію визначають так: за законодавчою конструкцією це модифікація виконання покарання у вигляді позбавлення волі, за його кримінально-політичним значенням і за впливом на особу – самостійний засіб кримінально-правової реакції**.

Інші аналоги пробації:

– призупинення покарання з випробуванням; умовно-дострокове звільнення; попередження щодо можливості застосування покарання (§§ 56–56-g, 57–57-b, 59–59-c КК ФРН);

– пробація, поєднана з штрафо-днями (не більше 200), або з безоплатними громадськими роботами (від 40 до 240 годин), або із тюремним ув'язненням на строк від 14 днів до 3 місяців (глава 28 КК Швеції);

– відстрочка виконання вироку, у т.ч. поєднана, у разі її недостатності, із громадськими роботами (§§ 56–61 КК Данії);

– відстрочка виконання покарання з випробуванням і відстрочка виконання покарання з обов'язком виконувати роботи у суспільних інтересах – від 40 до 240 годин (підвідділи 4 і 5 відділу I глави II «Режим покарань» розділу III Книги 1 КК Франції). Друга з цих відстрочок потребує згоди засудженого і крім обов'язків і контролю передбачає також і заходи допомоги засудженому; застосування спеціально-судового нагляду (ст. 131-36-2 глави I «Про види покарань» розділу III «Про покарання» Книги 1);

– відстрочка (призупинення) виконання покарання у вигляді позбавлення волі (ст.ст. 80–87 КК Іспанії, які містяться в главі з назвою «Заходи, що замінюють виконання покарання у вигляді позбавлення волі»). Умовами такої відстрочки є: а) вчинення злочину уперше (не враховуються вчинені раніше необережні злочини і злочини, судимість за які знята); б) призначене покарання не перевищує двох років позбавлення волі; в) особу притягнуто до цивільно-правової відповідальності, крім випадків, коли встановлена неможливість притягнути до неї. За цих умов суд «у неайному порядку» (!) виносить рішення про призупинення виконання покарання;

– умовне звільнення від покарання з контролем за поведінкою засудженого (ст.ст. 74–75 КК Естонії). У разі недотримання засудженим контрольних вимог або невиконання покладених на нього обов'язків суд може: а) покласти на засудженого додаткові обов'язки; б) продовжити іспитовий строк на період до одного року або в) звернути покарання до виконання;

– відстрочка судового розгляду справи (ст.ст. 307–308 КК Чехії); умовне засудження з випробуванням (ст. 90 КК Молдови); відстрочка виконання покарання у вигляді позбавлення волі (глава VIII «Заходи, пов'язані із застосуванням до винного випробувального строку (probie)», ст.ст. 66–84 КК Польщі) та ін.

* Тлумачний словник визначає термін «ерзац» як неповноцінний заміник чого-небудь, сурогат, те, що підміняє собою що-небудь, створює ілюзію чогось (Великий тлумачний словник сучасної української мови. – К., 2001. – С. 266, 1218).

** Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М., 2004. – С. 310.

3.4.1.2. У ст. 76 КК перелічені **обов'язки, які суд покладає на особу** у разі звільнення від виконання покарання з випробуванням. Їх перелік є вичерпним:

- 1) попросити публічно або в іншій формі пробачення у потерпілого;
- 2) не виїжджати за межі України на постійне проживання без дозволу кримінально-виконавчої інспекції;
- 3) повідомляти кримінально-виконавчу інспекцію про зміну місця проживання, роботи або навчання;
- 4) періодично з'являтися для реєстрації в кримінально-виконавчій інспекції;
- 5) пройти курс лікування від алкоголізму, наркоманії або захворювання, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб.

Напевно, цей перелік, врахувавши зарубіжний досвід (зокрема таких держав, як Естонія, Литва, Франція, Іспанія та ін.), слід було б розширити, а також надати суду право на власний розсуд, з належним мотивуванням цього у вирокі, покладати на засудженого інші обов'язки. Крім визначених у ст. 76 КК, з урахуванням положень ч. 5 ст. 194 КПК, яка визначає обов'язки особи, до якої застосовується запобіжний захід, це можуть бути, наприклад, обов'язки:

– приймати відвідування особи, яка здійснює контроль, і надавати їй певні відомості, зокрема про виконання своїх обов'язків і засоби до існування; носити електронний засіб контролю; здати на зберігання до відповідних органів державної влади свій паспорт (паспорти) для виїзду за кордон, інші документи, що дають право на виїзд з України і в'їзд в Україну; підкорятися заходам медичного нагляду;

– докласти зусиль до пошуку роботи або до навчання (працевлаштуватись, зареєструватись у службі зайнятості) або утримуватись від здійснення певної діяльності; пройти курс освіти чи професійного навчання;

– проживати у певному місці; у певний час перебувати вдома; виконувати обов'язки з утримання певних осіб; регулярно сплачувати аліменти;

– утримуватись від появи у певних місцях, визначених слідчим суддею, судом, зокрема місцях продажу спиртних напоїв і дитячих закладах; не споживати алкогольні напої і наркотичні засоби; не укладати парі; не грати в азартні ігри;

– відшкодувати шкоду, завдану к.пр., або загладити її своєю працею;

– не відвідувати співучасників к.пр. і не зустрічатися з потерпілими та іншими особами, визначеними слідчим суддею, судом, та не спілкуватися з ними; не зберігати і не носити зброю.

3.4.1.3. В інших статтях КК передбачені **прояви позитивної посткримінальної поведінки**, яка враховується при звільненні від відбування покарання, заміні покарання більш м'яким тощо, подібні переліченим у ст. 76 КК обов'язкам. Так, особа:

а) звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона: після вчинення к.пр. щиро розкаялася, активно сприяла розкриттю к.пр. і повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду (ст. 45); примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані нею

збитки або усунула заподіяну шкоду (ст. 46); виправдає довіру колективу, не ухилятиметься від заходів виховного характеру та не порушуватиме громадського порядку (ст. 47);

б) може бути звільнена від покарання, якщо буде визнано, що з урахуванням: бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці цю особу на час розгляду справи в суді не можна вважати суспільно небезпечною (ч. 4 ст. 74); щирого розкаяння та подальшої бездоганної поведінки не потребує застосування покарання (ч. 1 ст. 105). У ч. 2 ст. 105 перелічені примусові заходи виховного характеру, що застосовуються до неповнолітніх, серед яких, зокрема, й обов'язок відшкодування заподіяних майнових збитків, обмеження дозвілля і встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього;

в) може бути умовно-достроково звільнена від відбування покарання, якщо доведе своє виправлення: сумлінною поведінкою і ставленням до праці (ч. 2 ст. 81); сумлінною поведінкою та ставленням до праці і навчання (ч. 2 ст. 107).

Проте, на відміну від ст. 76, у ст.ст. 45, 46, ч. 4 ст. 74, ч. 2 ст. 81 і ч. 2 ст. 107 КК йдеться не про обов'язки, що покладаються на особу судом, а про добровільну позитивну поведінку особи. Саме її добровільність, а не примусовість є тією обставиною, яка дозволяє сподіватися на щиросердне каяття і виправлення особи, на те, що в подальшому вона буде утримуватися від протиправної поведінки.

Лише у ст. 47 і ст. 105 КК, так само як і в ст. 76, передбачено обов'язки, які суд покладає на особу, і вимоги до неї (на жаль, вони у КК не уніфіковані). Тому і заходи кримінально-правового впливу, передбачені цими статтями, є суміжними з пробацією та звільненням від відбування покарання з випробуванням.

3.4.1.4. Ще у 2013 р. КМ вніс на розгляд українського парламенту **проект Закону «Про пробацію»**. За своїм змістом він є досконалим, відтак – можна прогнозувати, що невдовзі його буде прийнято як Закон. Завадити цьому можуть лише економічні проблеми держави. Проте внаслідок прийняття цього Закону буде зменшено чисельність осіб, засуджених до покарань у вигляді обмеження волі і позбавлення волі на певний строк, державні витрати на утримання слідчих ізоляторів та установ виконання покарань. Також передбачається зниження рівня рецидивної злочинності.

Згідно з проектом пробація – це система наглядових та соціально-виховних заходів, які застосовуються за рішенням суду та відповідно до закону до осіб, яких притягнуто до кримінальної відповідальності, та забезпечення суду інформацією, що характеризує особу, яка притягається до кримінальної відповідальності. В Україні мають бути створені органи пробації, на які покладатимуться, зокрема: а) виконання покарань у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займати-

ся певною діяльністю, громадських робіт, виправних робіт; б) нагляд за поведінкою осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням, а також звільнених від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років. **Видами пробації** пропонується визначити:

1) досудову пробацію – забезпечення суду формалізованою інформацією, що характеризує особу, яка притягається до кримінальної відповідальності, з метою прийняття судом рішення про міру відповідальності особи. Йдеться про соціально-психологічну характеристику, оцінку ризиків вчинення повторного к.пр. і висновок щодо можливості управління без обмеження волі або позбавлення волі на певний строк;

2) наглядову пробацію – здійснення наглядових та соціально-виховних заходів, реалізація пробаційних програм щодо засуджених до покарань у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадських робіт, виправних робіт, осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням, звільнених від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років, а також направлення засуджених до обмеження волі для відбування покарання до виправних центрів;

3) пенітенціарну пробацію – підготовку осіб, які відбувають покарання у вигляді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк, до звільнення з метою трудового і побутового влаштування за обраним місцем проживання після звільнення. Йдеться про сприяння засудженим, які готуються до звільнення, у: визначенні місця проживання після звільнення; влаштуванні до спеціалізованих установ для звільнених; госпіталізації до закладів охорони здоров'я осіб, які потребують стаціонарної медичної допомоги; працевлаштуванні працездатних осіб.

Водночас пропонується внести зміни до ряду статей КК. Зокрема, у ст. 76 передбачити, що у разі звільнення від відбування покарання з випробуванням суд може покласти на засудженого, крім вже відомих українському законодавству, також і такі обов'язки: утримуватися від контактів з особами, які визначені судом; утримуватися від відвідування місць та територій, визначених судом; не залишати місце проживання у визначені судом години; офіційно працевлаштуватися; здобути повну загальну середню освіту; взяти участь у пробаційних програмах.

3.4.2. Примусові заходи медичного характеру. Примусове лікування

3.4.2.1. Відповідно до ст. 92 КК **примусовими заходами медичного характеру** є заходи, що вживаються з метою обов'язкового лікування, а також запобігання вчиненню нових суспільно небезпечних діянь особою, яка вже вчинила таке діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК. Таких заходів є два **види**:

1) надання амбулаторної психіатричної допомоги;

2) госпіталізація (поміщення) особи до психіатричного закладу із звичайним, посиленим або суворим наглядом. Психіатричним є психоневрологічний, наркологічний чи інший спеціалізований заклад, центр, відділення тощо, діяльність яких пов'язана з наданням психіатричної допомоги, а госпіталізація означає, що особі надається психіатрична допомога в стаціонарних умовах.

Застосування до особи цих заходів можливе лише за сукупності двох умов: а) доведено вчинення нею суспільно небезпечного діяння, що містить ознаки конкретного к.пр.; б) особа за своїм психічним станом є небезпечною для суспільства. Але застосування примусових заходів медичного характеру є правом, а не обов'язком суду: якщо суд не визнає особу суспільно небезпечною, ці заходи можуть не застосовуватися.

Кіровоцький районний суд міста Кіровограда, розглянувши 20 січня 2011 р. кримінальну справу стосовно Ф. за ч. 1 ст. 115 КК, постановив застосувати до нього примусові заходи медичного характеру у вигляді госпіталізації до психіатричного закладу із суворим режимом нагляду. За обставинами справи Ф. 22 липня 2010 р. в місті Кіровограді на ґрунті такої, що раптово виникла, особистої неприязні до потерпілого О., під час сварки з останнім наніс останньому удар розкладним ножем в живіт з проникненням в черевну порожнину та uszkodженням тонкого кишечнику. Внаслідок поранення потерпілий в той же день помер. Відповідно до висновку стаціонарної судово-психіатричної експертизи Ф. в момент вчинення діяння страждав і страждає на хронічне психічне захворювання в формі параноїдальної шизофренії, що позбавляло його можливості розуміти значення своїх дій і керувати ними.*

Відповідно до ст. 93 КК примусові заходи медичного характеру можуть бути застосовані судом до осіб, які вчинили:

1) суспільно небезпечне діяння у стані неосудності. Такі особи не підлягають кримінальній відповідальності (ч. 2 ст. 19). (До речі, це трапляється не так вже й рідко: у 2012/2013 рр. суди застосували примусові заходи медичного характеру до 1316/881 осіб, що становить майже 0,5% осіб, справи щодо яких перебували на розгляді суду);

2) к.пр. у стані обмеженої осудності. Вони підлягають кримінальній відповідальності (ст. 20);

3) к.пр. у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку. Ці особи можуть підлягати покаранню після одужання (ч. 3 ст. 19);

4) к.пр. у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу під час відбування покарання. Такі особи можуть бути звільнені від подальшого відбування покарання. Водночас до них застосовують примусові заходи медичного характеру або їх передають на піклування родичам або

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 13525651 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

опікунам з обов'язковим лікарським наглядом (п. 3 ст. 93, ч. 6 ст. 94). У разі припинення примусових заходів медичного характеру такі особи можуть підлягати подальшому відбуванню покарання (ч. 4 ст. 95).

Ці положення цілком відповідають вимогам Рекомендації ПА РЕ про правовий захист недобровільно госпіталізованих осіб з психічними розладами (1983 р.), згідно з якими державам пропонується адаптувати національні закони до таких, зокрема, правил: за відсутності інших показань до лікування пацієнт може бути примусово госпіталізований тільки у випадку, коли його психічний розлад становить небезпеку для нього або суспільства; поміщення на лікування здійснюється на суворо лімітований період, і необхідність його повинна регулярно перевірятися.

Примусові заходи медичного характеру є одним із видів психіатричної допомоги громадянам, які страждають на психічні розлади, і можуть застосовуватися, зрозуміло, і поза межами кримінального права. Іншими, крім передбачених КК, видами такої допомоги є: психіатричний огляд, амбулаторна психіатрична допомога, добровільна госпіталізація до психіатричного закладу, поміщення особи до психоневрологічного закладу для соціального захисту або спеціального навчання, переведення особи з цього закладу до будинку-інтернату (пансіонату) для громадян похилого віку та інвалідів (ст.ст. 11–14, 23, 24 Закону «Про психіатричну допомогу»).

Згідно із ст. 151 КК поміщення в психіатричний заклад завідомо психічно здорової людини визнається злочином.

3.4.2.2. На відміну від примусових заходів медичного характеру, що застосовуються до неосудних та обмежено осудних, **примусове лікування** застосовується до осіб, які вчинили к.пр. та мають хворобу, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб (ч. 1 ст. 96 КК). До таких хвороб Основи законодавства України про охорону здоров'я відносять: туберкульоз, психічні, венеричні захворювання, СНІД, лепру, хронічний алкоголізм, наркоманію. В 2012 р. суди застосували примусове лікування до 166 засуджених (0,1% від загальної кількості засуджених), а у 2013 р. – до 81 (0,06%).

Примусове лікування застосовується незалежно від призначеного покарання, поряд із ним. При цьому згідно з ч. 2 ст. 96 КК, якщо особа засуджена до позбавлення волі чи обмеження волі, то воно здійснюється за місцем відбування покарання, а інших покарань – у спеціалізованих лікувальних закладах (спеціалізовані наркологічні диспансери, наркологічні відділення при психіатричних лікарнях тощо).

Решетилівський районний суд Полтавської області 10 грудня 2009 р. за судовим І. за ч. 2 ст. 185 КК до одного року позбавлення волі і на підставі ст. 75 КК звільнив його від відбування покарання з випробуванням з іспи-

товим терміном на один рік. Проте засуджений на шлях виправлення не став і в період невідбутої частини покарання за цим вироком вчинив новий умисний корисливий злочин, передбачений ч. 3 ст. 185 КК, причому на ґрунті алкоголізму, про що свідчить як факт перебування підсудного під час вчинення злочину у стані алкогольного сп'яніння, так і мета крадіжки – придбання алкогольних напоїв.

Розглянувши 28 лютого 2011 р. справу, суд встановив, що підсудний за місцем проживання характеризується негативно як особа, яка зловживає алкогольними напоями, у 2008 р. був позбавлений батьківських прав стосовно своєї неповнолітньої дитини, протягом тривалого часу суспільно-корисною працею не займався і вів антисоціальний спосіб життя, в період відбування покарання за попереднім вироком порушував умови відбування покарання, на ґрунті вживання алкогольних напоїв неодноразово вчиняв адміністративні правопорушення, пов'язані із насильством в сім'ї, а згідно із медичним висновком підсудному встановлено діагноз: ППР-А (психічні і поведінкові розлади із синдромом алкогольної залежності), і він визнаний таким, що потребує примусового лікування від алкогольної залежності.

Відповідно до вимог ст. 71 КК суд до покарання за новим вироком частково приєднав невідбуту частину покарання за попереднім вироком і призначив І. покарання у вигляді позбавлення волі на строк 3 роки, а відповідно до ст. 96 КК постановив застосувати щодо засудженого примусове лікування від алкоголізму за місцем відбування покарання*.

Слід відрізнати від примусового лікування передбачені КК випадки, коли суд:

– встановлює обов'язок особи пройти в закладах охорони здоров'я курс лікування від певних хвороб, що становлять небезпеку для здоров'я інших осіб, – у разі звільнення особи від відбування покарання з випробуванням (п. 5 ч. 1 ст. 76);

– постановляє передати особу, яка має психічний розлад, на піклування родичам або опікунам з обов'язковим лікарським наглядом – у разі визнання недоцільним застосування до неї примусових заходів медичного характеру або його скасування (припинення) внаслідок поліпшення її психічного стану (ч. 6 ст. 94, ч. 3 ст. 95).

Крім згаданих в ст. 96 КК, існують й **інші види примусового лікування**, що застосовуються за рішенням суду. Це примусове лікування:

– засуджених, які під час відбування покарання захворіли на хворобу, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб, та відмовляються від лікування (ч. 2 ст. 21, ч. 2 ст. 117 КВК);

– хворих на наркоманію, які ухиляються від добровільного лікування або продовжують вживати наркотичні засоби без призначення лікаря і порушують права інших осіб (ст.ст. 1, 16 Закону «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними»).

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 14734659 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

Втеча зі спеціалізованого лікувального закладу, а також по дорозі до нього тягне відповідальність за ст. 394 КК. До речі, відповідальність за втечу із психіатричного закладу, згаданого у ст. 94 КК, не встановлено. Тому така втеча, здійснена, скажімо, особою, яка вчинила к.пр. у стані осудності, але захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку, і стосовно якої подано заяву про припинення застосування примусових заходів медичного характеру відповідно до частин 2 і 4 ст. 95 КК, не є кримінально караною.

3.4.3. Примусові заходи виховного характеру

3.4.3.1. Відповідно до ст. 105 КК *примусовими заходами виховного характеру* є заходи, що вживаються з метою здійснення виховання неповнолітніх, забезпечення додаткового контролю за ними і запобігання вчиненню ними нових суспільно небезпечних діянь. **Видами** таких заходів є:

- застереження;
- обмеження дозвілля і встановлення особливих вимог до поведінки неповнолітнього (заборона відвідувати певні місця, виїжджати за межі місця проживання, вимога продовжити навчання або працевлаштуватись тощо) – тривалістю на розсуд суду;
- передача під нагляд батьків чи осіб, які їх замінюють, або педагогічного чи трудового колективу за його згодою, або окремих громадян на їхнє прохання, – тривалістю на розсуд суду;
- покладення на неповнолітнього, який досяг 15-річного віку і має майно, кошти або заробіток, обов'язку відшкодувати заподіяні майнові збитки;
- тримання у спеціальній навчально-виховній установі для дітей і підлітків – до виправлення неповнолітнього, але не більше ніж три роки. Види таких установ визначені Законом «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей». Це загальноосвітні школи соціальної реабілітації (для неповнолітніх віком від 11 до 14 років) і професійні училища соціальної реабілітації (для неповнолітніх віком від 14 до 18 років). При звільненні від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру неповнолітній може бути направлений лише до професійного училища соціальної реабілітації.

Додатково до цих заходів передбачено ще один, який застосовується судом, але не вважається примусовим заходом, – призначення неповнолітньому вихователя (ч. 4 ст. 105).

КК (ст.ст. 22, 97, 105) визначає три категорії неповнолітніх, до яких можуть бути застосовані зазначені заходи за певних умов (**див. табл. 15**).

Таблиця 15. Категорії неповнолітніх, до яких можуть бути застосовані примусові заходи виховного характеру

Категорії неповнолітніх	Умови можливого застосування	Статті (частини статей) КК, якими передбачені вчинені ними діяння
Які не досягли віку кримінальної відповідальності	—	Будь-які
Віком від 14 до 16 років	Вчинення вперше злочину невеликої тяжкості або необережного злочину середньої тяжкості – у разі звільнення від кримінальної відповідальності	Ч. 1 ст. 296. За жоден інший з таких злочинів неповнолітні віком від 14 до 16 років відповідальність згідно з ч. 2 ст. 22 КК не несуть
	Вчинення злочину невеликої або середньої тяжкості; щире розкаяння; бездоганна поведінка, – у разі звільнення від покарання	Статті 116, 117, 122, ч. 2 ст. 345, ч. 2 ст. 350, ч. 2 ст. 398, ч. 1 ст. 152, ч. 1 ст. 153, ч. 1 ст. 185, ч. 1 ст. 186, ч. 1 ст. 189, ч. 1 ст. 277, частини 1–3 ст. 296
Віком від 16 років	Вчинення вперше злочину невеликої тяжкості або необережного злочину середньої тяжкості – у разі звільнення від кримінальної відповідальності	Будь-які статті, що передбачають злочини невеликої тяжкості або необережні злочини середньої тяжкості
	Вчинення злочину невеликої або середньої тяжкості; щире розкаяння; бездоганна поведінка, – у разі звільнення від покарання	Будь-які статті, що передбачають злочини невеликої або середньої тяжкості

Застосування примусових заходів виховного характеру є неможливим до неповнолітнього, який:

1) не досяг 11-річного віку;

2) у віці від 14 до 16 років:

– вчинив злочин, не зазначений у ч. 2 ст. 22 КК;

– вчинив злочин, зазначений у ч. 2 ст. 22 КК, що є тяжким чи особливо тяжким;

– після застосування до нього примусових заходів виховного характеру або покарання за злочин знову вчинив злочин, зазначений у ч. 2 ст. 22 КК, що є злочином невеликої тяжкості (ч. 1 ст. 296) чи необережним злочином середньої тяжкості (наразі серед перелічених у ч. 2 ст. 22 КК таких злочинів немає);

– вчинив злочин, зазначений у ч. 2 ст. 22 КК, що є злочином невеликої або середньої тяжкості, але щиро не розкаявся, або його поведінка не є бездоганною;

3) у віці від 16 до 18 років:

– вчинив злочин, що є тяжким чи особливо тяжким;

– після застосування до нього примусових заходів виховного характеру або покарання за злочин знову вчинив злочин, що є злочином невеликої тяжкості чи необережним злочином середньої тяжкості;

– вчинив злочин невеликої чи середньої тяжкості, але щиро не розкаявся, або його поведінка не є бездоганною.

До неповнолітнього може бути одночасно застосовано кілька відповідних заходів, якщо вони не є взаємовиключними (зокрема направлення до спеціальної навчально-виховної установи і передача під нагляд батьків із встановленням обмежень дозвілля).

Оскільки зазначені заходи є альтернативою кримінальній відповідальності, то у разі ухилення неповнолітнього, що вчинив к.пр., від застосування до нього примусових заходів виховного характеру (втеча неповнолітнього із дому або із спеціальної навчально-виховної установи; систематичне невиконання законних вимог батьків або колективу, який здійснює нагляд, невиконання обов'язку відшкодувати заподіяний збиток тощо) ці заходи (зрозуміло, крім застереження) скасовуються, і він притягується до кримінальної відповідальності (ч. 3 ст. 97 КК). В іншому випадку після реалізації примусового заходу разового характеру (проголошення застереження, відшкодування заподіяних збитків) або спливу строку, на який було призначено строківий захід, звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності чи покарання є остаточним.

У 2012 р. суди застосували примусові заходи виховного характеру до 663, а в 2013 р. – до 958 дітей.

3.4.4. Інші примусові заходи кримінально-правового впливу

3.4.4.1. Приблизний перелік «інших примусових заходів кримінально-правового впливу» та пояснення, чим вони відрізняються від покарання та пробації, було наведено вище (див. підрозділ 3.1). Наразі більш детально розглянемо окремі види цих заходів та проблеми їх запровадження в Україні.

Конвенція ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин (1988 р.) ретельно регламентує питання спеціальної конфіскації: а) доходів, отриманих в результаті вчинення відповідних к.пр., або власності, вартість якої відповідає таким доходам; б) наркотичних засобів і психотропних речовин, матеріалів та обладнання чи інших засобів, що використовувалися або призначалися для використання яким-небудь чином при вчиненні цих правопорушень; в) власності, а не доходів, – коли доходи були перетворені або змінені на іншу власність; г) надходжень або іншого прибутку, отриманих від доходів, власності, на яку були перетворені або змінені доходи, власності, до якої були залучені доходи.

Аналогічні положення містяться у Конвенції ООН проти корупції (2003 р.), Міжнародній конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму (1999 р.) та ін.

Законодавці багатьох держав світу визначили, що спеціальній конфіскації повинні підлягати доходи, отримані в результаті вчинення не лише правопорушень у сфері обігу наркотичних засобів і психотропних речовин або корупційних правопорушень, а, як правило, будь-яких к.пр.

Так, КК Литви, який передбачає тільки основні покарання і не знає додаткових, виділяє «заходи карального впливу», види яких визначені у спеціальній главі IX (ст.ст. 67–72) Загальної частини. Одним з таких заходів є конфіскація майна, яке було знаряддям, засобом чи результатом к.пр. При цьому майно, передане іншим особам, підлягає конфіскації незалежно від їх притягнення до кримінальної відповідальності, якщо: а) воно було надано в їх власність для вчинення злочинного діяння; б) при набутті майна вони знали або повинні були і могли знати, що це майно отримано в результаті злочинного діяння. Якщо майно, що підлягає конфіскації, відсутнє, суд стягує з винного, його спільників та інших осіб відповідну грошову суму.

Подібні положення є в КК багатьох держав. Відмінність у тому, що згідно з КК Литви спеціальна конфіскація може бути застосована поряд з покаранням, а згідно, наприклад, з КК Молдови (ст. 106) – і у випадках, коли винному не призначається покарання.

У КК України фактично передбачено **два види спеціальної конфіскації**:

1) санкції понад 50 статей (частин статей) Особливої частини КК передбачають конфіскацію окремих видів майна (наприклад, ст. 201 – предметів контрабанди, ст. 209 – майна, одержаного злочинним шляхом, тощо). Така конфіскація здійснюється фактично у порядку, визначеному КПК;

2) відповідно до Закону від 18 квітня 2013 р. КК доповнено ст. 96-1 і ст. 96-2, в яких визначено суть спеціальної конфіскації як виду іншого, крім покарання, заходу кримінально-правового характеру. Згідно з визначеними в законі (в редакції від 13 травня 2014 р.) ознаками вона стосується лише к.пр. корупційного характеру. Така конфіскація:

– полягає у примусовому безоплатному вилученні у власність держави грошей, цінностей та іншого майна. Вона може здійснюватися не лише за вироком, а й за ухвалою суду (у разі закриття кримінального провадження слідчим або прокурором відповідне питання вирішується ухвалою суду на підставі клопотання про скасування арешту майна, яке розглядається згідно із ст.ст. 171–174 КПК);

– застосовується за умови вчинення к.пр., передбаченого ст. 354 та ст.ст. 364, 364-1, 365-2, 368–369-2 розділу XVII Особливої частини КК, або суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого цими статтями (йдеться про те, що вона застосовується і у разі, коли особа не підлягає кримінальній відповідальності у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або неосудністю);

– може бути застосована навіть у випадках, коли особу звільняють від кримінальної відповідальності чи покарання з підстав, передбачених КК (крім звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності).

У ст. 96-2 КК визначено, що **спеціальна конфіскація застосовується у разі, якщо гроші, цінності та інше майно:**

1) одержані внаслідок вчинення к.пр. та/або є доходами від такого майна;

2) призначалися (використовувалися) для схилення особи до вчинення к.пр., фінансування та/або матеріального забезпечення к.пр. або винагороди за його вчинення;

3) були предметом к.пр., крім тих, що повертаються власнику (законному володільцю), а у разі, коли його не встановлено, – переходять у власність держави;

4) були підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення к.пр., крім тих, що повертаються власнику (законному володільцю), який не знав і не міг знати про їх незаконне використання.

Спеціальній конфіскації за законом (частини 2 і 3 ст. 96-2, ч. 10 ст. 100 КПК) підлягають також:

5) «перетворене майно» – майно, в яке перетворені гроші, цінності та інше майно, перелічене вище;

6) грошова сума, що відповідає вартості такого майна – якщо конфіскація згаданих вище грошей, цінностей та іншого майна на момент прийняття судом рішення про спеціальну конфіскацію неможлива внаслідок їх використання або неможливості виділення з набутого законним шляхом майна, або відчуження, або з інших причин;

7) гроші, цінності та інше майно, передані особою, яка вчинила злочин або суспільно небезпечне діяння, що містить ознаки злочину, передбаченого КК, іншій фізичній або юридичній особі, – якщо особа, яка прийняла майно, знала або повинна була знати, що таке майно одержано внаслідок вчинення злочину, передбаченого ст. 354 та ст.ст. 364, 364-1, 365-2, 368–369-2 розділу XVII Особливої частини КК, або суспільно небезпечного діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого цими статтями.

Не може бути піддано спеціальній конфіскації два види майна: а) майно, що згідно із КПК або іншим законом підлягає поверненню власнику (законному володільцю); б) призначене для відшкодування шкоди, завданої к.пр. При цьому 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 (ч. 10 ст. 100 КПК).

Положення КК в частині спеціальної конфіскації узгоджені з положеннями КПК (ст. 100 та ін.). Крім того, відповідно до ч. 9 ст. 100 КПК майно, яке:

– було предметом к.пр., пов'язаного з незаконним обігом, та/або вилучене з обігу, – передається відповідним установам або знищується;

– 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;

– підлягає поверненню власнику (законному володільцю), якщо його не встановлено, – переходить у власність держави в установленому КМ порядку.

3.4.4.2. **Примусова кримінально-правова реституція** (від лат. *restitutio* – поновлення) – поновлення прав і законних інтересів потерпілого шляхом відшкодування завданої йому к.пр. матеріальної і моральної шкоди – як окремих примусових заходів кримінально-правового впливу кримінальному законодавству фактично не відома.

Така реституція є лише одним із видів примусових заходів виховного характеру, що застосовуються до неповнолітніх (п. 4 ч. 2 ст. 105 КК). В деяких випадках, передбачених КК (ст.ст. 45, 46, п. 2 ч. 1 ст. 66, ч. 4 ст.ст. 212, 212-1, 289), згадується про добровільну реституцію.

Треба також зазначити, що закріпленому у п. 10 ч. 1 ст. 56 КПК праву потерпілого на відшкодування завданої к.пр. шкоди відповідають: а) встановлене у ч. 1 ст. 127 КПК право підозрюваного, обвинуваченого чи іншої особи добровільно відшкодувати її; б) передбачена ч. 2 ст. 127 КПК можливість (але не обов'язок) суду стягнути її судовим рішенням за результатами розгляду цивільного позову в кримінальному провадженні. Для того, щоб така можливість могла бути реалізована, відповідні особи мають здійснити певні дії, зокрема:

– особа, якій к.пр. або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової та/або моральної шкоди, – пред'явити під час кримінального провадження до початку судового розгляду цивільний позов до підозрюваного, обвинуваченого або до фізичної чи юридичної особи, яка за законом несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння (ч. 1 ст. 128 КПК);

– слідчий, прокурор, слідчий суддя – вжити заходів до тимчасового обмеження підозрюваного у користуванні спеціальним правом, тимчасового вилучення майна та арешту майна (ст.ст. 148–153, 167–173 КПК);

– цивільний позивач – підтримати свій позов у суді (ст. 326 КПК);

– суд – задовольнити пред'явлений цивільний позов (ст. 368 КПК).

Проведеним в Україні дослідженням встановлено, що цивільні позови про відшкодування майнової, фізичної і моральної шкоди потерпілими у справах про злочин, передбачений ст. 149 КК («Торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини») були заявлені лише у 8% розглянутих справ. Але при цьому 80% заявлених позовів були задоволені судом у повному обсязі позовних вимог, а 20% – частково. Отже, дієвість цього заходу часто залежить від наполегливості самих потерпілих. Реалізація положень КК щодо реституції*

* Стеценко А. Правовий аналіз судової практики за ст. 149 КК України протягом 2011–2012 років // <http://khp.org/index.php?id=1372009569>

туції має поліпшитися завдяки широкому використанню положень Закону «Про безоплатну правову допомогу», якими визначено порядок безоплатно надання такої допомоги, у т.ч. жертвам злочинів.

У решті випадків, коли треба було б застосувати примусову кримінально-правову реституцію, потерпілий мусить вдаватися до можливостей, передбачених ЦК і, будучи обмеженим строками позовної давності в цивільному процесі, самостійно доводити свої вимоги. До того ж, якщо особа, яка вчинила к.пр., є неплатоспроможною, то завдана фізичній особі майнова шкода або шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я чи смертю, фактично відшкодована не буде. Адже згідно з ЦК (ст.ст. 1177, 1191 і 1207), хоча вона і відшкодовується потерпілому та відповідним іншим особам (дитині потерпілого, його дружині тощо) державою з правом зворотної вимоги (регресу), але «умови та порядок такого відшкодування встановлюються законом» (аналогічне положення міститься і в ч. 3 ст. 127 КПК: «Шкода, завдана потерпілому внаслідок к.пр., компенсується йому за рахунок Державного бюджету України у випадках та в порядку, передбачених законом»). На жаль, такий закон в Україні досі не прийнято, незважаючи на те, що відшкодування шкоди жертві слугує не лише її приватним інтересам, а й суспільним, які підлягають захисту в рамках кримінально-правової процедури, і з оперативної точки зору важливо, щоб заходи з відшкодування шкоди потерпілому здійснювались органами влади*.

Між тим, у кримінальному законодавстві окремих держав кримінально-правова реституція використовується як: а) вид покарання (як правило, для неповнолітніх. Але не тільки: у КК Киргизії традиційним покаранням є по-трійний айип); б) обов'язок, що покладається на особу під час пробації (і в цій якості він є ефективним засобом досягнення цілей ресоціалізації та спеціального попередження); в) спеціальний інший примусовий захід кримінально-правового впливу, на який поширюються не цивільно-правові строки позовної давності, а строки давності притягнення до кримінальної відповідальності.

У КК Іспанії прямо встановлено, що кожна особа, яка підлягає кримінальній відповідальності за вчинення злочину чи проступку, також притягується і до цивільної відповідальності, якщо заподіяно збитки; розгляд справи про відшкодування збитків окремо від розгляду кримінальної справи – у порядку цивільної юрисдикції – є можливим лише за бажанням потерпілого (ст. 116 і ст. 126). Цим КК ретельно визначено:

– межі цивільної відповідальності при вчиненні злочину чи проступку (ст. 116);

– можливість заміни її суб'єкта, зокрема страхувальником (ст. 117);

– випадки, за яких особа, яка не підлягає кримінальній відповідальності, не звільняється від цивільної відповідальності (ст. 118). Йдеться, наприклад, про осіб, які вчинили злочини у стані сп'яніння, під впливом помилки тощо.

* Хрунхаузен М. Некоторые основы и главные принципы Нидерландского Уголовного кодекса / В кн.: Уголовный кодекс Голландии. – СПб., 2002. – С. 21–22.

Разом з тим цією самою статтею встановлено, що від цивільної відповідальності звільняються особи, які діяли у стані необхідної оборони, виконуючи повинність чи здійснюючи свої права, професійні або посадові обов'язки;

– випадки, коли цивільна відповідальність, у т.ч. додаткова, покладається на фізичних чи юридичних осіб, зокрема тих, діями яких створено умови для вчинення злочинного діяння (ст.ст. 118, 120 і 122). Це, наприклад: батьки неповнолітніх; юридичні особи, які займаються виробництвом чи комерцією, за злочини чи проступки, вчинені їх працівниками при виконанні своїх обов'язків; фізичні чи юридичні особи, які володіють засобами підвищеної небезпеки, з використанням яких були вчинені злочини чи проступки;

– випадки субсидіарної цивільної відповідальності держави, провінції тощо за шкоду, заподіяну їх представниками, посадовими особами при виконанні своїх обов'язків (ст. 121).

Відповідно до ст. 126 КК Іспанії у випадках, коли засуджений зобов'язаний сплатити штраф як призначене йому покарання, відшкодувати збитки і судові витрати, а також сплатити гонорар власному адвокату, усі стягнення з його майна здійснюються у такому порядку: у першу чергу – відшкодовуються збитки; у другу – відшкодовуються витрати на гонорар «приватному обвинувачу»; у третю – відшкодовуються витрати на гонорар власному адвокату; у четверту чергу – стягується штраф. Цікаво також, що згідно зі ст. 136 КК Іспанії судимість не може бути знята, якщо особа не «була притягнута до цивільно-правової відповідальності», що впливала із злочинного діяння (крім випадків визнаної судом неплатоспроможності). Усе це є яскравим свідченням справжнього намагання держави захистити права і законні інтереси потерпілих від злочинних діянь.

Деякі статті Книги 2 КК Іспанії містять санкції цивільно-правового характеру. Так, у разі вчинення відповідних злочинів, пов'язаних з управлінням територіями і захистом історичної спадщини (ст.ст. 319, 321 і 323), суд, як зазначено у вказаних статтях, може призначити за рахунок винного, наприклад, руйнування незаконної будівлі або реконструкцію чи реставрацію незаконно зруйнованої споруди, або поновлення пошкодженої споруди. Отже, у нормах цього КК зазначені санкції набувають кримінально-правового характеру.

Подібні положення містяться й у КК Аргентини, Бельгії, Голландії, Італії, Литви, Польщі, Сан-Марино, Швеції.

3.4.4.3. Згідно з КК не є примусовим заходом кримінально-правового впливу **нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі**. Утім, такий нагляд – як система тимчасових примусових профілактичних заходів спостереження і контролю за поведінкою окремих осіб, звільнених з місць позбавлення волі, що здійснюються органами внутрішніх справ з метою запобігання вчиненню правопорушень цими особами і виховного впливу на них, – все ж таки існує відповідно до Закону «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі» і поширюється на повнолітніх осіб, засуджених до позбавлення волі за:

– тяжкі, особливо тяжкі злочини або на засуджених два і більше разів до позбавлення волі за умисні злочини, якщо під час відбування пока-

рання їх поведінка свідчила, що вони вперто не бажають стати на шлях виправлення і залишаються небезпечними для суспільства;

– тяжкі, особливо тяжкі злочини або на засуджених два і більше разів до позбавлення волі за умисні злочини, якщо вони після відбування покарання або умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, незважаючи на попередження органів внутрішніх справ, систематично порушують громадський порядок і права інших громадян, вчиняють інші правопорушення;

– один із злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів.

Зміст нагляду визначають: а) обов'язки піднаглядних («вести законопослушний спосіб життя», не порушувати громадський порядок, перебути у визначений термін в обране місце проживання і зареєструватися в органі внутрішніх справ, з'являтися за викликом міліції, повідомляти про зміну місця роботи чи проживання тощо); б) обмеження дій піднаглядних (зокрема заборона: виходу з будинку у певний час; перебування у певних місцях; виїзду в особистих справах за межі міста).

Отже, незважаючи на назву Закону, зміст цього нагляду – саме кримінально-правовий, оскільки він впливає із кримінально-правових відносин і є заходом, додатковим до кримінального покарання.

Це підтверджується і тим, що подібний нагляд визначається як примусовий захід кримінально-правового впливу у КК таких різних держав, як Білорусь (превентивний нагляд і профілактичне спостереження), Польща, Данія і ФРН (встановлення нагляду), Швейцарія (охоронний нагляд), Сан-Марино (нагляд за небезпечними особами), Італія (віддання під нагляд) та ін.

3.4.4.4. Факультативним протоколом до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії (2000 р.) запропоновано передбачити у кримінальному законодавстві держав такий примусовий захід, як **тимчасове або постійне закриття приміщень**, що використовуються для вчинення відповідних злочинів. Багато держав виконали цю рекомендацію, і сьогодні такий захід – не лише за к.пр., пов'язані із торгівлею людьми, дитячою проституцією і дитячою порнографією – передбачено у КК Італії, Іспанії, Франції та ін.

В Україні подібний захід не вважається кримінально-правовим, а тому суд під час кримінального провадження не може прийняти рішення про негайне закриття відповідних приміщень навіть у випадках, коли йдеться про приміщення для незаконної лікувальної діяльності (ст. 138), незаконного проведення дослідів над людиною (ст. 142), трансплантації її органів і тканин (ст. 143) чи насильницького донорства (ст. 144), незаконного виробництва дисків для лазерних систем зчитування (ст. 203-1), зайняття гральним бізнесом (ст. 203-2), виготовлення предметів, що пропагують культ насильства і жорстокості (ст. 300) чи порнографічних предметів (ст. 301), підпільні цехи для виготовлення

підакцизних товарів (ст. 204), місця розпусти (ст. 302), місця для незаконного вживання, виробництва чи вироблення наркотичних засобів (ст. 317) чи вживання одурманюючих засобів (ст. 322) тощо.

Ці питання на практиці мають вирішуватися відповідно до адміністративного та господарського законодавства і часто не вирішуються взагалі, що сприяє продовженню злочинної діяльності засудженими чи іншими особами.

3.4.4.5. В Україні не є кримінально-правовим заходом **вислання іноземців**, які вчинили к.пр. Згідно із ст. 26 і ст. 30 Закону «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» примусове видворення з України іноземця чи особи без громадянства може бути пов'язане лише з невиконанням ними рішення про примусове повернення в державу походження або в третю державу, а підстави для останнього досить абстрактно позначені, зокрема, так: «Якщо їх дії суперечать інтересам забезпечення національної безпеки України чи охорони громадського порядку, або якщо це необхідно для охорони здоров'я, захисту прав і законних інтересів громадян України».

Проте Рекомендація ПА РЄ про торгівлю людьми з метою сексуальної експлуатації (2000 р.) прямо вказує на доцільність застосування вислання осіб, які займаються торгівлею людьми. Такий захід безпеки передбачають КК Молдови, Італії, Іспанії, Сан-Марино та ін.

3.4.4.6. Законодавство різних держав передбачає чимало **інших заходів кримінально-правового впливу**.

Так, в Європейській конвенції про міжнародні наслідки позбавлення права керування автотранспортними засобами (1976 р.) вказано, що для боротьби з дорожніми правопорушеннями одним з ефективних засобів є позбавлення права керування цими засобами, яке може мати форму основного чи додаткового покарання або заходу безпеки.

КК Іспанії, поряд з розгорнутою системою покарань, визначає цілу систему заходів безпеки (розділ IV Книги I). Серед них, зокрема: професійна дискваліфікація; виселення з національної території іноземців, які перебувають в державі без законних підстав; зобов'язання проживати у певній місцевості; заборона проживати у певній місцевості; заборона перебувати у певній місцевості, відвідувати певні місця чи території, спортивні чи культурні заходи, місця, де продають алкогольні напої чи грають в ігри; опіка і нагляд з боку родича; позбавлення права на керування транспортними засобами; позбавлення ліцензії на зброю; заборона наблизитися до потерпілого, його родичів чи інших осіб, визначених судом; заборона спілкуватися з потерпілим, його родичами чи іншими особами, визначеними судом; обов'язок пройти лікування; обов'язок долучитися до освітніх, культурних, виховних програм, програм підвищення професійної кваліфікації чи сексуальної освіти тощо.

Заходи безпеки мають власні, відмінні від покарання, строки давності і порядок їх обчислення, передбачають особливий порядок скасування записів про їх застосування із відповідного Реєстру тощо (ст.ст. 135, 137 КК Іспанії).

Примусова кастрація в Іспанії, на відміну від багатьох інших держав, не є видом покарання, а застосовується – як інший примусовий захід кримінально-правового впливу – у виняткових випадках рецидиву найнебезпечніших статевих протиправних діянь (зокрема, зґвалтування малолітніх) щодо осіб, визнаних неосудними або обмежено осудними через хронічне психічне захворювання, олігофренію чи інший хворобливий стан психіки, – за згодою їхніх опікунів чи піклувальників (див. ст. 156 КК Іспанії). До речі, в Росії кастрацію також віднесено до примусових заходів медичного характеру.

У КК ФРН виділяються «заходи виправлення і безпеки» (§ 61). До них належать:

1) позбавлення водійських прав – превентивний захід, що застосовується за вчинення одного з «автотранспортних» протиправних діянь (передбачені §§ 142, 315-с, 316, 323-а), за яке особа не засуджена лише через її неосудність. Але цей захід може бути застосований і в інших випадках, коли діяння хоч-як пов'язане з автомобілем.

Наприклад, в рішеннях Федерального Верховного суду допускалась можливість позбавлення водійських прав при транспортуванні автомобілем викраденого майна та при зґвалтуванні в автомобілі. Судова практика звичайно дотримується певної домірності діяння і заходу. Так, позбавлення водійських прав призначається на строк: 10–12 місяців – при водінні у нетверезому стані; 8–12 місяців – при небезпечному водінні; 6–24 і більше місяців – при втечі з місця події тощо. Водійські права згідно з вироком вилучаються, водночас суд забороняє на строк від 6 місяців до 5 років або назавжди видачу нових прав. Якщо особа не мала прав, то призначається тільки така заборона (§ 69, 69-а). КК ФРН містить навіть положення щодо позбавлення водійських прав, які були видані в інших державах (§ 69-б);*

2) заборона займатися певною професійною діяльністю – якщо особа вчинила протиправне діяння шляхом зловживання професією чи ремеслом, незалежно від того, засуджена вона за нього чи визнана неосудною і не засуджена. Зазначена заборона накладається на строк від одного до п'яти років або назавжди (§ 70).

В основі призначення заходів виправлення і безпеки лежить принцип відповідності, встановлений § 62 КК ФРН. Він полягає у відповідності призначуваного заходу виправлення і безпеки вчиненому особою або очікуваному від неї діянню, а також ступеню небезпеки, що від неї виходить**.

* Жалинский А., Рёрхт А. Введение в немецкое право. – М., 2001. – С. 645.

** Уголовное право зарубежных государств: Общая часть / Под. ред. И.Д. Козочкина. – М., 2003. – С. 413.

Заходами виправлення і безпеки є також примусові заходи виховного характеру та виховні заходи, які застосовуються до неповнолітніх відповідно до Закону про відправлення правосуддя у справах неповнолітніх, і щодо діянь, вчинених неповнолітніми (§ 9, § 14 та ін.).

3.4.5. Судимість

3.4.5.1. **Судимість** – це один із примусових заходів кримінально-правового впливу, суть якого полягає у тому, що особа внаслідок засудження її за вчинений злочин протягом певного строку, починаючи з дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду, вважається судимою, що створює несприятливі для неї кримінально-правові та загальноправові наслідки.

Отже, судимість: а) виникає при засудженні особи за злочин; б) виникає з моменту набрання обвинувальним вироком суду законної сили; в) породжує несприятливі для особи кримінально-правові та загальноправові наслідки; г) триває певний строк.

Закінчується судимість її погашенням чи зняттям, що нібито має означати втрату дії зазначених несприятливих наслідків. В законах, що визначають правовий статус суддів, присяжних, працівників прокуратури, міліції, інших правоохоронних органів, державних службовців, нотаріусів тощо визначається, що не може бути прийнята на службу до цих органів особа, яка має непогашену або незняту судимість. Отже, ніби після погашення чи зняття судимості статус особи має кардинально змінитися.

Насправді це не завжди так. Скажімо, важко уявити можливість прийняття на роботу до міліції, прокуратури, суду, органів безпеки тощо тих чи інших осіб відразу після того, як була погашена їх судимість за терористичний акт, вбивство, зґвалтування чи інший злочин, тим більш тяжкий чи особливо тяжкий. Очевидно, іншим, неявним фільтром для кандидатів на відповідні посади є положення законодавства, що вимагають наявності певних моральних якостей (зокрема за ст. 46 Закону «Про прокуратуру» «прокурорами можуть призначатися громадяни України, які мають вищу юридичну освіту, необхідні ділові і моральні якості», або за ст. 17 Закону «Про міліцію» «на службу до міліції приймаються громадяни України, які здатні за своїми особистими, діловими і моральними якостями виконувати покладені на міліцію завдання»).

З іншого боку, судимість не за всі злочини створює однакові **правові наслідки**. Наприклад: особа, засуджена до позбавлення волі, обмеження волі, арешту чи виправних робіт за вчинення злочину невеликої або середньої тяжкості, підлягає зняттю з військового обліку призовників та взяттю на військовий облік військовозобов'язаних, а особа, засуджена до позбавлення волі за вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, – виключенню з військового обліку (ст. 14 Закону «Про військовий обов'язок і військову службу»). Наслідком засудження за корупційні злочини є фактично довічна заборона обіймати певні посади (ст.ст. 11, 21, 22 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції»).

Водночас відповідно до закону особи, які мають непогашену або незняту судимість:

– за вчинення необережного злочину – можуть бути народними депутатами (ст. 76 Конституції України), бути призначені на посади державної служби, у т.ч. в місцевих державних адміністраціях (ст. 15 Закону «Про державну службу», ст. 12 Закону «Про місцеві державні адміністрації»), а також працювати в охоронних структурах (ст. 11 Закону «Про охоронну діяльність»);

– за вчинення як необережного, так і умисного злочину невеликої тяжкості – можуть працювати адвокатами (ст. 6 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Судимість є перешкодою для реалізації інших прав особи.

Так, наявність у громадянина судимості за тяжкі злочини є перешкодою для допуску до державної таємниці (ст. 23 Закону «Про державну таємницю»); до осіб, що мають дві і більше судимості за вчинення умисних тяжких або особливо тяжких злочинів, застосування амністії не допускається, крім випадків індивідуальної амністії (ст. 4 Закону «Про застосування амністії в Україні»).

Правовими наслідками судимості є також: припинення трудового договору у зв'язку з набранням законної сили вироком суду (п. 7 ст. 36, п. 8 ст. 40 КЗП); зняття з обліку осіб, які потребують поліпшення житлових умов, засудженого до позбавлення волі на строк понад шість місяців (п. 4 ч. 2 ст. 40 ЖК); можливість позбавлення батьківських прав і заборона бути усиновлювачами (п. 6 ч. 1 ст. 164 і п. 10 ч. 1 ст. 212 СК); припинення реєстрації безробітного (п. 10 ч. 1 ст. 45 Закону «Про зайнятість населення») тощо.*

Проте ці положення законодавства суперечать ч. 3 ст. 3 КК, згідно з якою «злочинність діяння, а також його караність та інші правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом».

Що стосується наслідків судимості, визначених безпосередньо у КК, то судимість впливає, зокрема, на:

– визнання злочину повторним (ч. 4 ст. 32) і встановлення рецидиву злочинів (ст. 34);

– звільнення особи від кримінальної відповідальності. Так, за наявності судимості неможливе звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям, примиренням винного з потерпілим, передачею особи на поруки, зі зміною обстановки, із застосуванням примусових заходів виховного характеру (ст.ст. 45–48, 97);

– кваліфікацію діяння, коли кваліфікуючою ознакою визначено вчинення певного злочину особою, раніше судимою за цей злочин (ч. 2 ст. 133, ч. 2 ст. 164 та ін.);

* Про класифікацію і види правових наслідків судимості детально див.: Письменський Є.О. Інститут судимості в кримінальному праві України: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2008. – С. 67–109.

- призначення покарання (п. 1 ч. 2 ст. 67, ст. 71);
- звільнення від відбування покарання (пункти 2 і 3 ч. 3 ст. 81, пункти 2 і 3 ч. 4 ст. 82).

Специфічними в деяких державах є наслідки судимості особи. Наприклад, згідно із «Законом Меган» в 45 з 50 штатів США особа, яку звільнено з місць позбавлення волі після засудження за статеві злочини, зобов'язана зареєструватися за обраним місцем проживання, а влада інформує про це жителів міста.

3.4.5.2. Статті 88–89 КК передбачають види строків **погашення судимості**. Вона погашається:

- із закінченням встановленого вироком суду відповідно до ст. 75 чи ст. 79 КК іспитового строку особі при дотриманні нею передбачених законом вимог (пункти 1 і 2 ст. 89);
- самим фактом відбуття покарання (пункти 3 і 4 ст. 89);
- через певні, чітко визначені законом строки після відбуття покарання (пункти 5–9 ст. 89);
- в момент винесення вироку без призначення покарання або зі звільненням від покарання, крім звільнення від покарання з випробуванням (ч. 3 ст. 88);
- в день прийняття закону, яким діяння, за яке особа засуджена, декриміналізовано (ч. 3 ст. 88).

Порядок обчислення строків погашення судимості передбачено у ст. 90 КК.

3.4.5.3. **Зняття судимості** означає припинення стану судимості до закінчення строків погашення судимості, передбачених у ст. 89. Згідно зі ст. 91 КК зняття судимості можливе лише за сукупності таких **умов**:

а) особа відбула покарання у вигляді обмеження волі або позбавлення волі, а також додаткові покарання, якщо такі були призначені їй. Отже, зняття судимості неможливе у разі засудження особи до штрафу, громадських робіт, виправних робіт, арешту;

б) особа зразковою поведінкою і сумлінним ставленням до праці довела своє виправлення;

в) закінчена не менш як половина строку погашення судимості, зазначеного у пунктах 6–9 ст. 89. Щодо осіб, які вчинили злочин у віці до 18 років, таке обмеження стосується тільки випадків відбуття ними покарання у вигляді позбавлення волі за тяжкий або особливо тяжкий злочин (ч. 3 ст. 108).

Судимість може бути знята, за незначними винятками, тільки судом: закон про амністію не може передбачати зняття судимості стосовно осіб, які звільняються від відбування покарання, крім випадків індивідуальної амністії (ст. 2 Закону «Про застосування амністії в Україні»).

3.4.5.4. Зняття чи погашення судимості, тобто визнання дійсним факту, нібито особа ніколи не була засудженою за вчинення злочину, є різновидом юридичної фікції (під фікцією розуміють такий спосіб мислення, який допускає або прямо визначає правовою нормою визнання відомого неіснуючого факту існуючим або, навпаки, існуючого факту неіснуючим*).

Інститут зняття чи погашення судимості існує лише у законодавстві Латвії, Білорусі, Росії, Молдови, Польщі та Іспанії.

Відповідно до ст. 136 КК Іспанії судимість не погашається, а тільки може бути знята судом за клопотанням засудженої особи, погодженим з міністрами юстиції чи внутрішніх справ. При цьому запис у Центральному реєстрі злочинців і осіб, які ухиляються від покарання, може бути скасований лише за умови, що особа: 1) «була притягнута до цивільно-правової відповідальності», що впливала із злочинного діяння (крім випадків визнаної судом неплатоспроможності); 2) не вчинювала нових злочинів у певні строки, що обчислюються з дня виконання відповідного виду покарання або закінчення умовного звільнення (мінімальний строк – 6 місяців, максимальний – 5 років).

Законодавці деяких держав (Естонії, Австрії, Голландії, Швеції, Данії, Норвегії) не застосовують інститут судимості у кримінальному законі, можливо саме тому, що це фікція. Водночас КК ФРН передбачає певні аналоги. Це, скажімо: «поновлення в правах», коли суд може поновити втрачені особою за вироком суду права (обіймати певні посади, виборчі тощо), якщо фактична минула половина строку і є підстави вважати, що засуджений більше не вчинить умисних злочинів (§ 45 і § 45-b); дострокове припинення встановленого нагляду (§ 68-e); дострокове скасування заборони на видачу водійських прав (§ 69-a).

В Болгарії, Швейцарії, Франції і Сан-Марино передбачений інститут **реабілітації**.

Наприклад, відповідно до КК Швейцарії строки реабілітації особи залежать від виду покарання і заходів безпеки. У ст. 80 цього КК зазначено, що особа, яка веде реєстр обліку судимості, офіційно анулює запис, якщо з дня постановлення вироку про призначену судом тривалість покарання минули такі строки: для каторжної тюрми та ізоляції «звичних» злочинців – 20 років; для тюремного ув'язнення, інших заходів безпеки і тримання у виховно-трудовій установі – 15 років; для арешту і штрафу як основного покарання – 10 років («реабілітація за законом»). За клопотанням засудженого і за певних обставин (належна поведінка, відшкодування шкоди тощо) суддя може зменшити ці строки відповідно до 10, 5 і 2 років, а за особливих обставин і менше («реабілітація за рішенням суду»).

Реабілітація як така не заперечує факту засудження особи у минулому, а означає лише припинення певних наслідків такого засудження.

* Ульяновська О. Правові фікції і правові презумпції: єдність та відмінність // Право України. – 2005. – № 6. – С. 102.

3.4.6. Заходи кримінально-правового характеру щодо колективного суб'єкта

3.4.6.1. Ще у 1985 р. Керівними принципами в галузі запобігання злочинності та кримінального правосуддя в контексті розвитку та економічного порядку державам – членам ООН приписувалось «розглянути питання про передбачення кримінальної відповідальності не тільки для осіб, які діяли від імені якої-небудь установи, корпорації чи підприємства... а й для самої установи, корпорації чи підприємства»*. Ще задовго до того, у 1929 р. учасники Міжнародного конгресу з кримінального права висловились за запровадження кримінальної відповідальності для юридичних осіб, а в 1978 р. Європейський комітет з проблем злочинності РЕ рекомендував законодавцям визнати юридичних осіб суб'єктами екологічних злочинних діянь**.

Сьогодні рекомендації передбачити кримінальну відповідальність колективного суб'єкта містяться в десятках документів міжнародного і загальноєвропейського рівнів. Це, зокрема: Рекомендація Комітету міністрів РЕ з політики боротьби зі злочинністю в Європі, що змінюється (1996 р.); Рамкова Конвенція ООН проти організованої злочинності (1997 р.); Другий протокол до Конвенції про захист фінансових інтересів Європейських Співтовариств (1997 р.); Конвенція РЕ про захист навколишнього середовища за допомогою кримінального права (1998 р.); Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму (1999 р.); Кримінальна конвенція РЕ про боротьбу з корупцією (1999 р.); Конвенція РЕ про кіберзлочинність (2001 р.); Рамкове рішення Ради ЄС «Про боротьбу з торгівлею людьми» (2002 р.); Рамкове рішення Ради ЄС «Про боротьбу із сексуальною експлуатацією дітей і дитячою порнографією» (2003 р.); Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності (2000 р.); Конвенція ООН проти корупції (2003 р.).

Жодна з названих конвенцій не вимагає встановлення для колективного суб'єкта тотальної кримінальної відповідальності за вчинення будь-якого злочину – йдеться лише про відповідальність за окремі види злочинів (корупційні, проти довкілля тощо).

3.4.6.2. Питання про кримінальну відповідальність юридичних осіб, хоча вже і вирішене в Україні на практиці у формі їх так званої **квазі-кримінальної**, або обмеженої кримінальної, відповідальності, все ще залишається дискусійним в теорії кримінального права.

У багатьох інших державах юридичні особи є самостійними суб'єктами к.пр. і кримінальної відповідальності. Звичайно, не можна спрощено дивитися на це і вважати абсурдом тому, що юридичну особу

* Кибальник А.Г. Современное международное уголовное право: понятие, задачи и принципы. – СПб., 2003. – С. 81.

** Талан М.В. Уголовная и административная ответственность юридических лиц / Соотношение преступлений и иных правонарушений: современные проблемы. – М., 2005. – С. 565.

неможливо, скажімо, покарати арештом чи ув'язненням. Насправді абсурду у ситуації, коли юридична особа є суб'єктом кримінальної відповідальності, не більше, ніж у ситуації, коли до фізичної особи застосовується умовне покарання. В обох цих випадках має місце звичайна юридична фікція.

Аргументи проти кримінальної відповідальності юридичних осіб в теорії ретельно досліджувались протягом останніх ста років – і були спростовані. Дійсно, якщо виходити з того, що:

а) юридична особа діє тільки за допомогою своїх представників і не може сама діяти винно, – то за таким доводом можна заперечувати і цивільно-правову відповідальність юридичних осіб;

б) ми діємо несправедливо, коли притягуємо до відповідальності юридичну особу за дії її керівників, у т.ч. тих, які виступали проти відповідного кримінально протиправного рішення, – то протилежне рішення призвело б до того, що за к.пр. юридичної особи несли б відповідальність тільки її керівники, але вони – лише органи юридичної особи.

Тому, наприклад, у США корпорація несе відповідальність за дії своїх агентів, вчинені в межах їх службової компетенції та в інтересах корпорації, яка одержала вигоду в результаті таких дій;

в) тюремне ув'язнення чи інші традиційні покарання не здатні ані покарати, ані виправляти, ані залякати юридичну особу, – то слід враховувати, що юридична особа може бути піддана майновим санкціям, забороні здійснювати певну діяльність чи її обмеженню, покарання може також стосуватися репутації юридичної особи. Найпоширенішою кримінальною санкцією, що застосовується до корпорацій та інших юридичних осіб в різних державах світу, є штраф. Крім штрафу, застосовуються попередження, конфіскація певного майна (зокрема, зняв'язь, засобів вчинення і предметів к.пр.), заборона певної діяльності, а у виняткових випадках – і ліквідація юридичної особи та ін. Усі ці заходи фактично давно застосовуються до юридичних осіб і в Україні – але не в порядку, передбаченому КК, а відповідно до численних і суперечливих законів та підзаконних актів.

Відповідно, передбачають кримінальну відповідальність юридичних осіб закони багатьох держав світу – Австрії, Албанії, Бельгії, Великої Британії, Голландії, Данії, Естонії, Канади, КНР, Литви, Молдови, Норвегії, Польщі, Португалії, Румунії, Словенії, США, Швейцарії, Фінляндії, Франції, та ін.

Ретельно відстежив подібне та відмінне (див. табл. 16) в регулюванні кримінальної відповідальності юридичних осіб в різних державах світу О.Ф. Пасека. Подібним є те, що:

– її підставою є вчинення злочину уповноваженим діяти від імені юридичної особи органом управління, посадовою особою, агентом або представником (коло таких осіб є різним у різних державах), однак обов'язковою має бути наявність людського субстрату – фізичної особи, яка має право діяти від імені юридичної особи;

- однією з її умов є отримання юридичною особою від учинення злочинних дій певної користі, матеріальної (Бельгія, Мальта, Франція тощо) або і нематеріальної (Польща);
- такий відповідальності підлягають, як правило, лише юридичні особи приватного права (в Хорватії – також й органи місцевого самоврядування);
- її регламентація у законодавстві обмежується визначенням підстав такої відповідальності та видів покарань для юридичної особи;
- поза увагою законодавця залишаються поняття вини юридичної особи, визначення того, чи є вона суб'єктом злочину і суб'єктом кримінальної відповідальності, підстави її звільнення від відповідальності, застосування до неї понять рецидиву, судимості тощо;
- системи покарань для юридичних осіб як такої немає – основним і часто єдиним видом покарання є штраф (або штраф і ліквідація юридичної особи); іноді передбачено можливість застосування конфіскації майна, постійної чи тимчасової заборони на здійснення діяльності;
- практика застосування норм щодо кримінальної відповідальності юридичних осіб в усіх зарубіжних державах незначна*.

Таблиця 16. Відмінне в регулювання кримінальної відповідальності юридичних осіб в різних державах

Спосіб регламентації	У нормах КК (Голландія, Данія, Естонія, Ісландія, Македонія, Мальта, Молдова, Румунія, Угорщина, Франція, Чорногорія)	В окремому законі (Албанія, Польща, Хорватія) або в КК та інших законах одночасно (Великобританія, США)
Підстави відповідальності	Вузкий перелік злочинів, за які може бути притягнуто до відповідальності. Як правило, корупція і легалізація доходів, отриманих злочинним шляхом (більшість держав)	Деяко ширший перелік злочинів (Великобританія, Молдова, Польща, Румунія, США, Франція)
Передумова відповідальності	Кримінальна відповідальність юридичної особи є додатковою, похідною: її передумовою є встановлення або засудження винної фізичної особи (Польща, Угорщина та ін.)	Така передумова не передбачена (Голландія, Словенія, США, Франція, Швеція)
Перелік покарань	Вузкий перелік (більшість держав)	Більш широкий перелік (Бельгія, Норвегія, Польща, Румунія, Словенія, Франція, Хорватія)
Розмір штрафу	Визначається судом (Великобританія, Данія, Ірландія) або залежить від певного критерію, зокрема фінансової вигоди, що отримана чи могла бути отримана в результаті вчинення діяння (Польща, Румунія, Угорщина)	Чітко визначений законом (Албанія, Голландія, Естонія, Македонія, Мальта, Словенія, Хорватія, Швеція)

* Пасека О.Ф. Кримінальна відповідальність юридичних осіб: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів: ЛДУВС, 2010. – С. 12.

Цікавими є особливості регламентування кримінальної відповідальності юридичних осіб в деяких державах.

Наприклад, Польща у зв'язку з її входженням до ЄС виконала умови щодо приведення власного кримінального законодавства у відповідність до європейських стандартів в частині встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб та інших колективних суб'єктів, прийнявши 27 червня 2002 р. спеціальний Закон «Про відповідальність колективних суб'єктів за дії, заборонені під загрозою покарання» (*Ustaw o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, 48 статей). Під колективним суб'єктом у цьому Законі розуміються юридичні особи та організації, що не мають статусу юридичної особи (торговельні організації та їх союзи, організації в стані ліквідації, іноземні організації тощо).

Для притягнення до кримінальної відповідальності колективного суб'єкта повинно бути судове рішення щодо діяння, вчиненого фізичною особою від імені першого або в його інтересах. Такими діяннями можуть бути к.пр. проти: господарської і банківської діяльності; порядку конкуренції; оподаткування; порядку обігу зброї, вибухових матеріалів; інтересів служби і достовірності документів; власності; природи (вони передбачені КК Польщі і ще понад 20 законами).

Проблему вини вирішено так: для притягнення колективного суб'єкта до кримінальної відповідальності необхідно встановити, що з його боку стосовно відповідної фізичної особи мала місце вина щодо: а) кадрового добору; б) неналежного контролю або в) неналежного нагляду.

Важливо, що польський законодавець передбачив обережне, таке, що не повинно призводити до банкрутства певних юридичних осіб, застосування штрафу – його розмір не може бути більшим 10% доходу суб'єкта за попередній рік. Мета запобігання вчиненню нових злочинів колективним суб'єктом досягається шляхом застосування додаткових покарань, якими, крім конфіскації предметів або доходів, пов'язаних із вчиненням злочину, і оприлюднення вироку, є також заборона на строк від одного до п'яти років: рекламувати діяльність, товари і послуги; одержувати дотації, субвенції або допомогу міжнародних організацій; брати участь в публічному замовленні; здійснювати певну діяльність.

У КК Португалії (ст.ст. 90-G–90-M) передбачено широкий перелік додаткових покарань для юридичних осіб. Крім тих, що застосовуються у Польщі, це також закриття певного підприємства цієї юридичної особи.

Особливості Закону Хорватії «Про відповідальність юридичних осіб за карні діяння» від 11 грудня 2003 р.:

– до юридичних осіб застосовуються як покарання (*kazne*) – штраф чи припинення, так і умовний осуд (*uvjetna osuda*), який становить собою відстрочку штрафу на строк від 1 до 3 років (певний аналог пробації) та заходи безпеки (*sigurnosne mjere*);

– припинення може застосовуватися до юридичної особи, яка була створена для вчинення злочину або використана із цією метою. Не можуть бути припинені такі види юридичних осіб, як органи місцевого або регіонального самоврядування й політичні партії;

– заходи безпеки полягають у вилученні певних предметів і забороні на строк від 1 до 3 років здійснювати діяльність, одержувати дозволи, ліцензії, концесії або субвенції, укладати договори з розпорядниками коштів державного, регіонального або місцевого бюджету.

Є й інші, крім України, держави, де встановлена квазікримінальна відповідальність юридичних осіб – до юридичних осіб застосовуються не покарання, а лише інші кримінально-правові заходи. Це, наприклад, Іспанія, ФРН, Швеція. Проте, на відміну від українського, законодавці цих держав не ризикнули назвати штраф заходом, який не є покаранням.

Так, КК Іспанії допускає застосування до юридичних осіб лише «додаткових наслідків», спрямованих на припинення злочинної діяльності (ст. 129). Йдеться про: постійне або тимчасове закриття підприємства, його філій чи установ; ліквідацію товариства, асоціації чи фонду або тимчасову заборону їх діяльності; постійну або тимчасову заборону займатися видами діяльності, торговельними, комерційними операціями, які були пов'язані зі сприянням чи приховуванням злочину; проведення перевірки на підприємстві з метою охорони прав працівників або кредиторів. Наприклад, у ст. 162 і ст. 194 цього КК йдеться про можливість закриття установи чи громадського приміщення, які використовувались при вчиненні таких злочинів, як примушування до протиступу, використання неповнолітніх у порнографії тощо.

3.4.6.3. 23 травня 2013 р. ВР прийняла Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб», а за рік внесла до нього значні зміни. Запроваджено квазікримінальну відповідальність юридичних осіб, для чого доповнено Загальну частину КК новим розділом XIV-1 «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб».

Положеннями цього Закону передбачається застосування до юридичних осіб таких «заходів кримінально-правового характеру»: а) штраф і б) ліквідація юридичної особи, поєднана з конфіскацією її майна.

Суд застосовує штраф виходячи з двократного розміру незаконно одержаної неправомірної вигоди, а у разі коли неправомірну вигоду не було одержано, або її розмір неможливо обчислити, – у визначених законом (ст. 96-7 КК) розмірах.

Підставами для застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру є:

1) вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із злочинів, передбачених у ст. 209 і ст. 306, частинах 1 і 2 ст. 368-3, частинах 1 і 2 ст. 368-4, ст.ст. 369, 369-2 КК;

2) незабезпечення виконання покладених на її уповноважену особу законом або установчими документами юридичної особи обов'язків щодо вжиття заходів із запобігання корупції, що призвело до вчинення будь-якого із злочинів, передбачених у ст. 209 і ст. 306, частинах 1 і 2 ст. 368-3, частинах 1 і 2 ст. 368-4, ст.ст. 369, 369-2 КК.

У цих двох випадках зазначені заходи можуть бути застосовані судом до таких суб'єктів, як підприємства, установи чи організації (крім державних органів, органів влади АРК, органів місцевого самоврядування, організацій, створених ними у встановленому порядку, що повністю утримуються за рахунок відповідно державного чи місцевого бюджету).

тів, фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, а також міжнародних організацій);

3) вчинення її уповноваженою особою від імені юридичної особи будь-якого із злочинів, передбачених у ст.ст. 258–258-5 КК;

4) вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із злочинів, передбачених у ст.ст. 109, 110, 113, 146, 147, 160, 260, 262, 436, 437, 438, 442, 444, 447 КК.

У цих двох випадках зазначені заходи можуть бути застосовані судом до суб'єктів приватного та публічного права – резидентів та нерезидентів України, в тому числі підприємств, установ, організацій, державних органів, органів влади АРК, органів місцевого самоврядування, організацій, створених ними у встановленому порядку, фондів, а також міжнародних організацій, інших юридичних осіб, що створені відповідно до вимог національного чи міжнародного права.

Уповноваженою особою визнається: а) службова особа юридичної особи; б) інші особи, які відповідно до закону, установчих документів юридичної особи чи договору мають право діяти від її імені.

Особливістю законодавчого регулювання квазікримінальної відповідальності юридичної особи в Україні є те, що провадження щодо неї здійснюється одночасно з відповідним кримінальним провадженням, в якому фізичній особі повідомлено про підозру (ч. 8 ст. 214 КПК), і підлягає закриттю у разі: а) встановлення відсутності підстав для застосування до неї заходів кримінально-правового характеру; б) закриття провадження чи ухвалення виправдувального вироку щодо уповноваженої особи, яка підозрювалася (обвинувачувалася) у вчиненні відповідного злочину; в) ліквідації юридичної особи; г) закінчення строків давності застосування до неї зазначених заходів. Про таке закриття провадження прокурор приймає постанову, а суд зазначає у виправдувальному вироку або постановляє ухвалу (ч. 3 ст. 284 КПК).

Утім, положення КК містять низку вад, які зменшують позитивний ефект запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб. Зокрема, ці положення:

– передбачаючи як заходи кримінальної відповідальності штраф і ліквідацію юридичної особи (ст. 96-6 КК), не визначають їх співвідношення з аналогічними заходами, які передбачені для юридичних осіб чинним податковим, митним, антимонопольним, містобудівним, природоохоронним та іншими галузями законодавства;*

– ігноруючи правову суть штрафу, визначають його не як вид покарання, а як вид «заходів», що не є покаранням. Таким чином, наприклад, у разі вчинення від імені та в інтересах підприємства злочину, передбаченого ч. 4 ст. 369

* Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України від 25 січня 2013 р. до проекту Закону № 2032 від 17 січня 2013 р. // http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45483

КК (надання неправомірної вигоди службовій особі, яка займає відповідальне становище), на юридичну особу може бути накладено штраф від 340 до 850 тис. грн. Оскільки розмір штрафу є великим і за законом зменшенню не підлягає, то його наслідком часто може бути банкрутство підприємства, а тому штраф переслідує винятково мету покарання;

– визначають (п. 2 примітки до ст. 96-3), що злочини, передбачені ст.ст. 209, 306, частинами 1 і 2 ст. 368-3, частинами 1 і 2 ст. 368-4, ст.ст. 369, 369-2 КК, визнаються вчиненими в інтересах юридичної особи, якщо вони «призвели до отримання нею неправомірної вигоди або створили умови для отримання такої вигоди, або були спрямовані на ухилення від передбаченої законом відповідальності», хоча насправді у частинах 1 і 2 ст. 368-3, частинах 1 і 2 ст. 368-4, ст. 369 і ч. 1 ст. 369-2 йдеться не про отримання, а про надання неправомірної вигоди або її обіцянку чи пропозицію відповідній службовій особі.

3.4.7. Призначення інших примусових заходів кримінально-правового впливу

3.4.7.1. Загальні засади і принципи призначення інших примусових заходів кримінально-правового впливу, спеціальні правила призначення та правила складання можуть суттєво відрізнятися від відповідних принципів і правил стосовно покарання.

Наприклад, у ч. 1 ст. 97 КК лише вказано, що у певних випадках суд застосовує до неповнолітнього примусові заходи виховного характеру, передбачені ч. 2 ст. 105 КК; але, аналогічно до того, як це зроблено у ст. 65 КК стосовно покарання, тут не визначено, чи повинен суд враховувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, форму вини, з якою його було вчинено, особу винного, повторність і рецидив злочину та інші обставини, обираючи серед цих заходів лише застереження, або лише направлення неповнолітнього до спеціальної навчально-виховної установи, або кілька заходів одночасно.

Отже, внутрішня диференціація в межах примусових заходів виховного характеру відсутня, а судді наділені надмірною дискрецією. Те саме можна побачити і в ч. 3 ст. 75, ч. 1 ст. 79, ч. 3 ст. 104 КК, якими суду надається право на свій розсуд визначати тривалість іспитового строку, і при цьому не встановлено, що обов'язки, які суд покладає на особу, звільнену від відбування покарання з випробуванням, повинні впливати із характеру вчиненого злочину, особи винного та певних інших обставин.

У КК не визначено, як діяти суду у випадках, коли неповнолітній вчинив не один, а кілька злочинів невеликої тяжкості. Неясно, чи є можливим поєднання примусових заходів медичного характеру та примусового лікування з примусовими заходами виховного характеру і, якщо так, то з якими саме? Чи зараховується строк попереднього ув'язнення до строку випробування при звільненні від відбування покарання? У КК не визначено навіть порядку обчислення іспитового строку, строків виконання примусових заходів виховного характеру тощо – за аналогією з обчисленням строків покарання (ст. 73).

Усі ці та багато інших питань потребують свого законодавчого вирішення.

Очевидно, мають бути також законодавчо врегульовані правові наслідки ухилення від примусових заходів кримінально-правового впливу і питання заміни примусових заходів кримінально-правового впливу іншими такими заходами.

3.4.7.2. Що стосується призначення заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, законодавець передбачив деякі необхідні положення. Відповідно до ст.ст. 96-10–96-11 КК при застосуванні до юридичної особи таких заходів суд:

1) повинен врахувати ступінь тяжкості вчиненого її уповноваженою особою злочину, ступінь здійснення злочинного наміру, розмір завданої шкоди, характер та розмір неправомірної вигоди, яка отримана або могла бути отримана юридичною особою, вжиті юридичною особою заходи для запобігання злочину;

2) у випадках сукупності злочинів в межах одного провадження, застосувавши певні заходи за кожен злочин окремо, визначає остаточний основний захід шляхом поглинення менш суворого заходу більш суворим;

3) якщо за попереднім вироком (вироками) має місце невиконаний захід (крім ліквідації юридичної особи), постановляє кожне з них виконати самостійно.

Література

- Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 1048 с. (С. 368–393).
- Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право: Общая часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – 448 с. (С. 257–349).

Запитання і завдання

1. Чим відрізняється пробація від її аналогів?
2. Поясніть, яке значення мають обов'язки, які суд покладає на особу у разі звільнення її від виконання покарання з випробуванням.
3. Проаналізуйте, чим відрізняються між собою примусові заходи виховного характеру від примусових заходів медичного характеру за їх змістом та суб'єктами, до яких вони застосовуються.
4. Складіть перелік «інших примусових заходів кримінально-правового впливу», які могли б у майбутньому бути передбачені кримінальним законодавством і ефективно застосовуватися на практиці в Україні.
5. Що означає «реабілітація за законом» у кримінальному законодавстві деяких зарубіжних держав?

Рекомендуємо прочитати

- Кен Кізі «Над гніздом зозулі».
- Леонід Андреев «Думка».
- Антон Чехов «Палата № 6».

Радимо подивитись

- Пролітаючи над гніздом зозулі (США, 1975, режисер Мілош Форман).

3.5. Квазізаходи кримінально-правового впливу

3.5.1. Поняття квазізаходів кримінально-правового впливу

3.5.1.1. Як вже зазначалось, **квазізаходи** є уявними заходами кримінально-правового впливу (характеру), які застосовуються у випадках, коли немає ані підстав для застосування заохочувальних заходів, ані підстав чи необхідності у застосуванні примусових заходів кримінально-правового впливу. Відповідною ухвалою суду держава лише демонструє той факт, що кримінальний конфлікт вичерпано.

При цьому державі немає сенсу висловлювати свою негативну реакцію на правопорушення і на його суб'єкта, і якщо вона це і робить, то лише формально. Останнє характерно, зокрема, у випадках звільнення особи від кримінальної відповідальності чи від покарання у зв'язку із закінченням строків давності. Закінчення цих строків є навіть підставою для закриття оперативно-розшукової справи стосовно особи, яка переховувалась від органів досудового розслідування, слідчого судді, суду або ухилилась від відбування кримінального покарання (п. 1 ч. 1 ст. 9-1 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність»).

Ні судимості, ні інших негативних правових наслідків для особи зазначена ухвала суду не тягне і до зміни своєї суспільно некорисної, неправильної поведінки її не спонукає.

Із цих правил є лише незначні винятки, пов'язані з тим, що в законодавстві існує поняття «притягнення до кримінальної відповідальності», яке передбачає відповідний процес, а не юридичний факт чи результат (на відміну від поняття «настання кримінальної відповідальності»).

Наприклад, відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 11 Закону «Про запобігання і протидію корупції» підлягають спеціальній перевірці відомості щодо притягнення до кримінальної відповідальності особи, яка претендує на зайняття певних посад. Згідно із пунктами 57 і 59 Дисциплінарного статуту служби цивільного захисту приховування працівником цієї Служби відомостей про притягнення до кримінальної відповідальності є порушенням ним службової дисципліни. Стаття 8 Закону «Про попереднє ув'язнення» передбачає роздільне тримання у місцях попереднього ув'язнення осіб, яких вперше притягнуто до криміналь-

ної відповідальності, – окремо від осіб, які раніше притягалися до кримінальної відповідальності, а останніх, які не перебували в місцях позбавлення волі – окремо від осіб, які раніше відбували покарання в місцях позбавлення волі.

Таким чином, особа, стосовно якої кримінальне провадження було закрито у зв'язку із зміною обстановки (ст. 48 КК) або у зв'язку із закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності чи виконання обвинувального вироку (ст. 49 і ст. 80, ч. 5 ст. 74, ч. 3 ст. 88 КК), або декриміналізацією діяння, яке відбулось як до моменту винесення вироку суду (п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК), так і після винесення вироку суду (ч. 2 ст. 74, ч. 3 ст. 88), вважається несудимою і лише в окремих випадках може відчувати певні негативні правові наслідки, але досить обмеженого характеру.

Особи ж, звільнені від покарання чи його відбування за хворобою (ст. 84 КК) або у зв'язку з амністією чи помилуванням (ч. 2 ст. 86, ч. 2 ст. 87 КК), а також особи, яким замінена невідбута частина покарання більш м'яким (ч. 4 ст. 49, ч. 2 ст. 86, ч. 2 ст. 87 КК), хоча і вважаються судимими (до дня зняття чи погашення судимості), але зазначені звільнення від покарання чи заміна покарання відбулись тому, що «просто так сталося» або через політичну, економічну чи іншу доцільність.

3.5.1.2. Через те, що квазізаходи не змушують фактичного правопорушника ані терпіти жодних додаткових обмежень прав і свобод, ані виконувати жодних додаткових обов'язків, а їх застосування не стимулює, не спонукає його до суспільно корисної, правильної поведінки, їх перелік має бути максимально вузьким, обмеженим лише насправді необхідними заходами, такими як давність, декриміналізація, серйозна хвороба і, можливо, амністія.

Звернемо увагу на досвід інших держав. Їхні КК, як правило, передбачають можливість погашення кримінальної відповідальності у разі закінчення строків давності кримінального переслідування і погашення покарання (непритягнення до покарання) – у разі закінчення строків давності обвинувального вироку.

Відповідні положення існують, наприклад, у ст. 70 і ст. 73 КК Швейцарії. Крім того, цей КК передбачає можливість відмови від подальшого кримінального переслідування та передачі справи до суду (аналог звільнення від кримінальної відповідальності) і звільнення від покарання у випадку, коли особа настільки тяжко постраждала від безпосередніх наслідків свого діяння, що покарання було б для неї непомірним (ст. 66-bis).

КК Болгарії згадує лише про три випадки, коли виконання покарання виключається: смерть винного, закінчення строків давності і амністія (ст. 79). КК Албанії – також три: закінчення строків давності, амністія і помилування (ст.ст. 68–71).

У главі III розділу III Книги 1 КК Франції йдеться про те, що перешкоджають виконанню покарань чи припиняють їх виконання такі обставини: природна смерть засудженого, помилування, амністія і закінчення строку давності (ст.ст. 133-1–133-10).

Главою 35 КК Швеції (ст.ст. 1–4) передбачена можливість звільнення від кримінальної відповідальності за умови, що підозрюваний не був взятий під варту або не отримав припис про кримінальне переслідування протягом певного строку давності – різного залежно від конкретної санкції.

КК Голландії передбачає «підстави припинення кримінального переслідування» і «підстави припинення дії права на виконання покарання». Вони однакові за змістом. Це смерть обвинуваченого (ст. 69 і ст. 75) і сплив строку давності (ст. 70 і ст. 76).

Розділ VI «Про погашення злочинного діяння і покарання» Книги 1 КК Італії передбачає такі види «погашення злочинного діяння»: смерть злочинця, що настала до його засудження, амністія і давність (ст.ст. 150, 151, 157–161), а також такі види «погашення покарання»: смерть злочинця, що настала після його засудження, давність, помилування (при цьому воно не погашає ні додаткових покарань, якщо не встановлене інше, ні інших кримінально-правових наслідків засудження) (ст.ст. 171–174).

У більшості держав світу є або амністія, або помилування – щось одне.

У Швейцарії дарувати помилування мають право Національна Рада і ради кантонів під час спільного засідання на Об'єднаних Союзних Зборах під головуванням президента Національної Ради, а у Швеції – уряд. Амністії в цих державах не існує.

В Ісландії, Італії, Словаччині, Чехії право дарувати помилування і оголошувати амністію надано президенту, в Данії – королю, в Монако – князю; парламент не має відношення до цих процедур.

В Іспанії і Словенії загальної амністії не існує. У Молдові і Румунії амністія не є, як зокрема в Україні, популярним майже щорічним заходом, а її оголошення вимагає кваліфікованої більшості голосів. В Греції амністія надається лише щодо політичних злочинів шляхом прийняття парламентом закону, для затвердження якого необхідна більшість у три п'ятих від загального числа депутатів.

Водночас в законодавстві окремих держав зустрічаються досить широкі повноваження глави держави в частині помилування.

Так, відповідно до Основного Закону відповідних держав глава держави (президент, король, князь тощо) має право на помилування, яке полягає не лише у звільненні від покарання чи його пом'якшенні, а й у: погашенні судимості (Австрія, Греція, Словаччина, Чехія); припиненні кримінального переслідування (Австрія, Ісландія, Чехія, Ліхтенштейн); наданні відстрочки виконання обвинувального вироку (Мальта, Кіпр).

3.5.2. Звільнення від кримінальної відповідальності, не пов'язане із застосуванням ні примусових, ні заохочувальних заходів кримінально-правового впливу

3.5.2.1. КК передбачає два **види** звільнення від кримінальної відповідальності, не пов'язаного із застосуванням ні примусових, ні заохочувальних заходів кримінально-правового впливу. Це звільнення:

1) у зв'язку із зміною обстановки (ст. 48) і

2) у зв'язку із закінченням строків давності вчинення к.пр. (ст. 49, а щодо неповнолітніх – ч. 2 ст. 106).

Крім того, згідно з п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК кримінальне провадження закривається слідчим або прокурором, якщо набрав чинності закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою. У цьому зв'язку слід вказати на те, що поняття «закриття кримінального провадження» і «звільнення від кримінальної відповідальності» не є тотожними: а) питання закриття кримінального провадження – це питання кримінального процесу, а питання звільнення від кримінальної відповідальності – питання матеріального кримінального права; б) звільнення від кримінальної відповідальності завжди супроводжується закриттям кримінального провадження, але останнє є можливим і без звільнення від кримінальної відповідальності – у випадках, коли підстав для такої відповідальності взагалі не існує (відсутність події чи складу к.пр., відсутність достатніх доказів для доведення винності особи в суді, набрання чинності законом, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою, смерть підозрюваного, обвинуваченого).

При закритті кримінального провадження у зв'язку із закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності необхідно перевірити: а) закінчення строків давності, установлених для різних категорій к.пр. у ст. 49 і ст. 106 КК; б) відсутність підстав для зупинення перебігу давності.

Кримінальне провадження не може бути закрите, а особа – звільнена від кримінальної відповідальності внаслідок акту амністії, помилування чи з інших підстав, не передбачених законом.

3.5.2.2. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із **зміною обстановки** (ст. 48 КК) передбачає дві самостійні підстави: а) вчинене особою діяння втратило суспільну небезпечність (при цьому декриміналізації діяння не було); б) особа перестала бути суспільно небезпечною.

Вважати таке звільнення заохочувальним або примусовим заходом кримінально-правового впливу немає підстав тому, що воно, з одного боку, не перебуває у залежності ні від попередньої, ні від подальшої поведінки особи, щодо якої застосовано цю статтю КК, а з іншого, не тягне для такої особи жодних додаткових обмежень і не покладає на неї жодних додаткових обов'язків.

Зміна обстановки, внаслідок якої вчинене особою діяння втратило суспільну небезпечність, не залежить від особи, а означає наявність певних подій чи процесів у масштабах держави або певної місцевості (наприклад, скасування надзвичайного стану, перехід держави від однієї системи господарювання до іншої).

В літературі (О.О. Дудоров*) наводяться такі випадки застосування ст. 48 КК в контексті зміни обстановки: заподіяння шляхом зловживання службовим становищем істотної шкоди підприємству, яке у подальшому було ліквідоване; викрадення з поля сільськогосподарської продукції, яка згодом, до збирання врожаю, була повністю втрачена внаслідок захворювання рослин або безгосподарності; незаконна порубка лісу на ділянці, яка підлягала розчищенню з метою проведення меліоративних робіт; полювання у забороненому місці, в якому незаконно було офіційно дозволено займатися полюванням; ухилення від сплати податків і зборів, вчинене службовою особою підприємства, з якого надалі було списано податкову заборгованість; самовільне будівництво будівлі або споруди, якщо рішенням суду у встановленому порядку надалі визнано право власності на самочинно збудоване нерухоме майно.

Зміна обстановки, внаслідок якої особа, яка вчинила к.пр., перестає бути суспільно небезпечною, у більшості випадків також не є заслугою особи, яку звільняють від відповідальності, оскільки йдеться про об'єктивну зміну умов життєдіяльності такої особи, про зміну зовнішньої обстановки, яка оточує винного. Це можуть бути, зокрема: призов на строкову військову службу; зміна постійного місця проживання і пов'язане з цим розірвання зв'язків з «кримінальним» оточенням; тяжка хвороба або нещасний випадок, внаслідок чого особа стала інвалідом; закінчення терміну строкової служби військовослужбовця, який вчинив самовільне залишення частини або місця служби; поліпшення сімейних стосунків, ускладнення яких в минулому сприяло вчиненню к.пр. (О.О. Дудоров**).

Навіть коли йдеться про працевлаштування раніше не працюючої особи, залучення її до конфіденційної співпраці з правоохоронними органами або про створення нею сім'ї із жертвою к.пр., ці факти у ст. 48 КК розглядаються не як позитивна посткримінальна поведінка особи, яка засвідчує її дійове каяття або примирення з потерпілим, а як незалежна від цієї особи зміна зовнішньої обстановки, як об'єктивні факти. Останні просто роблять настання кримінальної відповідальності недочільним, зайвим, а іноді навіть і шкідливим для суспільства.

Звільнення від кримінальної відповідальності, передбачене ст. 48 КК, необхідно відрізнити, зокрема, від звільнення від покарання особи, яку з урахуванням її бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці на час розгляду справи у суді не можна вважати суспільно небезпечною (ч. 4 ст. 74), за тією основною ознакою, що у першому випадку

* Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 139.

** Там само.

(зміна обстановки) особа може байдуже ставитися до своєї поведінки і праці, а у другому (втрата особою суспільної небезпечності) – вона має довести відсутність власної суспільної небезпечності своєю бездоганною поведінкою і сумлінним ставленням до праці, тобто ця норма передбачає заохочувальний захід кримінально-правового впливу.

3.5.2.3. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із **закінченням строків давності** вчинення к.пр. (ст. 49 КК) застосовується за сукупності трьох умов: 1) закінчились зазначені в законі строки; 2) особа не вчинила протягом цих строків нове к.пр. певного ступеня тяжкості; 3) особа не ухилялась від слідства або суду.

Вважати ці умови ознаками заохочувальних заходів кримінально-правового впливу немає підстав, оскільки зазначені в законі строки можуть закінчитися через хворобу обвинуваченого або через те, що він, його захисник або навіть і слідчий, прокурор чи суддя з різних міркувань умисно затягувати проведення досудового слідства чи суду.

В теорії зазначається, що при застосуванні цього виду звільнення від кримінальної відповідальності враховується презумпція про втрату особою повністю або значною мірою суспільної небезпечності, оскільки вона своєю тривалою законослухняною поведінкою після вчинення к.пр. ніби демонструє своє виправлення, а покарання, призначене після того, як сплинув тривалий строк, є несправедливим актом. Погоджуючись із останніми словами цієї тези, зазначимо, що навряд чи можна ставити особі в особливу заслугу невчинення нею к.пр., а також неухилення її від слідства і суду (при втечі з-під варти та в деяких інших випадках таке ухилення може мати ознаки к.пр.), тобто те, що особа була звичайним законослухняним громадянином.

Вважати зазначені вище умови ознаками примусових заходів кримінально-правового впливу також немає підстав, оскільки особа ні для звільнення її від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності вчинення к.пр., ні після такого звільнення не повинна виконувати жодних додаткових обов'язків чи терпіти які-небудь додаткові обмеження.

3.5.3. Звільнення від покарання, не пов'язане із застосуванням ні примусових, ні заохочувальних заходів кримінально-правового впливу

3.5.3.1. КК передбачає такі **види** звільнення від покарання, не пов'язаного із застосуванням ні примусових, ні заохочувальних заходів кримінально-правового впливу:

- 1) у зв'язку з усуненням караності діяння (ч. 2 ст. 74);
- 2) за хворобою (ст. 84);
- 3) у зв'язку із закінченням строків давності вчинення к.пр. або виконання обвинувального вироку (ч. 5 ст. 74, ст. 80);

4) в порядку амністії чи помилування (ч. 2 ст. 86, ч. 2 ст. 87).

У зв'язку із застосуванням жодного з цих заходів особа, з одного боку, не примушується до певної поведінки, на неї ні до початку їх застосування, ні після цього не покладаються додаткові обов'язки, і вона не мусить терпіти додаткових обмежень, з іншого – їх застосування не стимулює, не спонукає особу до суспільно корисної, правильної поведінки. Деякі винятки з цього стосуються хіба що амністії і помилування, про що йтиметься нижче.

3.5.3.2. Частина 2 ст. 74 КК передбачає негайне звільнення від покарання особи, яка засуджена за діяння, караність якого законом усунена, – тобто у зв'язку із **декриміналізацією**. Правовою основою для такого звільнення від покарання є положення ст. 58 Конституції України про те, що закони не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, і положення ч. 1 ст. 5 КК про те, що закон про кримінальну відповідальність, який скасовує кримінальну протиправність діяння, має зворотню дію в часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у т.ч. на осіб, які відбувають покарання.

Цю підставу звільнення від покарання слід відрізнити від випадків, коли закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою, набрав чинності під час досудового провадження (п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК) – у таких випадках кримінальне провадження негайно закривається слідчим або прокурором. Якщо новий закон, що усуває кримінальну протиправність діяння, набрав чинності до проголошення вироку, то суд зобов'язаний замість проголошення вироку винести ухвалу про закриття кримінального провадження. Якщо новий закон, що усуває кримінальну протиправність діяння, набрав чинності після проголошення вироку, яким особа визнана винною та їй призначене покарання, вона підлягає негайному звільненню від покарання на підставі ч. 2 ст. 74 КК. Якщо новий закон, що усуває кримінальну протиправність діяння, набрав чинності після проголошення вироку, яким особа визнана винною без призначення їй покарання, вирок залишається чинним.

Декриміналізація діяння може бути досягнута шляхом: скасування норми Особливої частини КК; внесення змін до норм Особливої частини КК – включення до диспозицій додаткових ознак або виключення ознак, які були у попередній редакції норми; внесення змін до норм Загальної частини КК (наприклад, доповнення КК додатковою обставиною, що виключає кримінальну протиправність діяння, або включення до КК положення про те, що готування до злочину певної тяжкості не тягне кримінальної відповідальності); нового офіційного тлумачення кримінально-правової норми, яке змінює обсяг забороненої цією нормою поведінки без зміни її змісту (без зміни «букви» закону). Згідно зі ст. 147 Конституції України офіційне тлумачення законів дає КС.

3.5.3.3. Звільнення від покарання за хворобою застосовується у випадках, коли досягнення мети покарання стає нереальним через хворобу особи, яка вчинила к.пр. Інших причин для звільнення від покарання немає.

За даними ДПтС, станом на кінець 2013 р. 5550 засуджених перебували на довготривалому лікуванні в медзакладах системи. З них 1050 – з важкими формами туберкульозу (лікування триває до півтора роки), 4500 – із соматичними хворобами. Щороку за рішенням суду близько 850 засуджених звільняють достроково чи пом'якшують вирок через стан хвороби.

Стаття 84 КК передбачає три самостійних різновиди звільнення особи від покарання чи його відбування за хворобою, які визначаються характером захворювання та особливостями суб'єкта, до якого вони застосовуються. Йдеться про захворювання на певну:

- 1) психічну хворобу (усі такі хвороби закон – ст. 84 КК – фактично визнає тяжкими);
- 2) іншу тяжку хворобу;
- 3) хворобу, яка робить військовослужбовця непридатним до військової служби.

Двома необхідними умовами першого з цих видів звільнення від покарання є: а) захворювання особи, яка відбуває покарання, на психічну хворобу; б) позбавлення її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними (ч. 1 ст. 84 КК).

Відповідно до п. 6 Переліку захворювань, які є підставою для подання в суди матеріалів про звільнення засуджених від подальшого відбування покарання (затверджений наказом Державного департаменту з питань виконання покарань і МОЗ від 18 січня 2000 р. № 3/6), відповідними психічними хворобами вважаються: а) деякі форми шизофренічних і маніакально-депресивних психозів; б) окремі психотичні порушення внаслідок органічного ураження головного мозку (усі форми синильної деменції; атеросклеротичне слабоумство; корсаковський психоз – алкогольний, внаслідок сифілісу мозку чи травми; органічне слабоумство – внаслідок енцефаліту, менінгоенцефаліту, сифілісу мозку, травми головного мозку); в) деякі форми затяжних реактивних психозів і хронічних психозів; г) паранояльна психопатія тощо.

Підставою для звільнення від покарання таких осіб є неможливість їх виправлення. Психічна хвороба, яка позбавляє особу можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними, не дає їй можливості усвідомлювати і примусовий характер державного впливу на неї, який полягає у позбавленні чи обмеженні прав і свобод особи. Такі особи звільняються від покарання незалежно від тяжкості вчиненого ними к.пр., тривалості невідбутої частини покарання, наявності порушень режиму та інших обставин. Закон передбачає можливість застосування до них примусових заходів медичного характеру.

Частина 2 ст. 84 КК передбачає можливість звільнення від покарання або від подальшого його відбування особи, яка захворіла на **іншу тяжку хворобу**, крім психічної. Звільнення від покарання має місце,

коли захворювання було виявлено після вчинення к.пр., а звільнення від відбування покарання, – коли воно було виявлено після постановлення вироку. На відміну від звільнення за ч. 1 ст. 82, при вирішенні цього питання суд має враховувати: 1) тяжкість вчиненого к.пр.; 2) характер захворювання; 3) особу засудженого; 4) інші обставини справи.

Відбування покарання такими особами може бути визнане недоцільним через неможливість їх виправлення в умовах відбування покарання і застосування заходів виправно-трудового впливу.

Іншими тяжкими хворобами є хвороби, включені до згаданого вище Переліку захворювань. Це, зокрема: найбільш тяжкі форми туберкульозу; інфекція ВІЛ/СНІД; злоякісні та деякі інші новоутворення; деякі хвороби ендокринної системи (цукровий діабет тощо); окремі хвороби нервової системи та органів чуття (наприклад, менінгіти вторинні гнійні, абсцеси головного мозку, розсіяний склероз, паркінсонова хвороба, епілепсія, повна сліпота); деякі хвороби органів кровообігу (наприклад, ішемічна хвороба серця, міокардитичний кардіосклероз, гіпертонічна хвороба III стадії, облітеруючий ендартеріїт, облітеруючий атеросклероз); деякі хвороби органів дихання (бронхіальна астма, абсцес легені тощо); деякі хвороби органів травлення (наприклад, окремі форми цирозу печінки); хвороби нирок з хронічною нирковою недостатністю в термінальній стадії; деякі хвороби кістково-м'язової системи та сполучної тканини (ревматоїдний артрит, системна склеродермія тощо); хвороби обміну (подагра в термінальній стадії); деякі види променевої хвороби.

Захворювання на тяжку хворобу є підставою для звільнення особи від покарання або від подальшого його відбування лише у випадку, якщо ця хвороба не лише за своєю **тяжкістю**, а й за **характером** перешкоджає відбуванню покарання, тобто коли подальше відбування покарання загрожує життю особи або може призвести до серйозного погіршення її здоров'я чи інших тяжких наслідків. Згідно із вказаним Переліком захворювань анатомічні дефекти внаслідок захворювання чи травми (зокрема, висока ампутація верхніх або нижніх кінцівок, а також поєднання високих ампутацій однієї верхньої і однієї нижньої кінцівок) можуть бути визнані тяжкою хворобою, яка створює підстави для звільнення від покарання, лише в останній період відбування покарання.

Особу засудженого характеризують поведінка під час відбування покарання, дисциплінованість, ставлення до праці, ступінь виправлення, ухилення від призначеного лікування тощо.

До **інших обставин**, які суд може врахувати при вирішенні цього питання, можна віднести: тривалість відбутого покарання; відсутність у засудженого постійного місця проживання, рідних чи близьких тощо, а також той факт, що засуджений захворів на тяжку хворобу в результаті навмисного заподіяння собі ушкоджень під час відбування покарання.

Але особа засудженого та інші зазначені обставини мають другорядне значення і можуть взагалі не враховуватися, якщо виправлення особи в умовах відбування покарання є фактично неможливим через її тяжку хворобу. Суди це часто не враховують.

У 2012 р. спеціальними лікарськими комісіями було оглянуто 859 осіб, які мали тяжку хворобу, а звільнено судами від подальшого відбування покарання за цією підставою 460 осіб (лише 53,5%). Відсоток відмов судами є досить високим, навіть коли йдеться про надзвичайно тяжкі хвороби. Так, 86% хворих засуджених відмовлено у звільненні у туберкульозних лікарнях Херсонської виправної колонії та 81% – Донецької. Між тим хворі, як правило, не є симулянтами: лише у I півріччі 2012 р. 40 осіб померло після відмови їм судом у звільненні у зв'язку із хворобою*.

За свідченнями правозахисних організацій, нерідко суди відмовляють у звільненні від покарання за тяжкою хворобою, посилаючись на те, що «засуджений за час відбування покарання ні стягнень, ні заохочень не мав, на заходи виховного впливу не реагував, що свідчить про небажання засудженого стати на шлях виправлення», або «відсутні докази того, що захворювання, яке діагностовано, перешкоджає відбуванню призначеного судом строку покарання», або «засуджений захворів важким захворюванням в результаті нанесення собі ушкоджень під час відбування покарання», або «в матеріалах подання не надано жодного доказу про існування в засудженого близьких або рідних, які могли б здійснювати за ним догляд та надали на це згоду (відповідних заяв рідних і близьких в матеріалах справи немає)**».

Найчастіше на практиці питання про звільнення від відбування покарання через тяжку хворобу (у більшості випадків – це відкрита форма туберкульозу) ставиться стосовно засуджених, які відбувають покарання у вигляді позбавлення волі.

Згідно з постановою Коломийського міськрайонного суду Івано-Франківської області від 13 квітня 2011 р. звільнено від подальшого відбування покарання за хворобою С., засудженого у 2004 р. Крайовим судом м. Острави Чеської республіки за п. 1 ст. 8 і п.1 ст. 219 КК Чеської Республіки на строк 11 років позбавлення волі (згідно з постановою апеляційного суду Закарпатської області від 21 листопада 2006 р. він вважається засудженим за ч. 2 ст. 15 і ч. 1 ст. 115 КК, тобто за замах на умисне вбивство на строк 10 років 5 місяців позбавлення волі), який під час відбування покарання захворів згідно з діагнозом на: прогресуючий інфільтративний туберкульоз верхньої частки лівої легені (казеозна пневмонія), фаза розпаду (полікаверноз), із обсівом в праву легеню; гіперпневмотоз, хронічне легеневе серце; легенево-серцева недостатність III ступеня.

Проте треба мати на увазі, що звільнення від покарання чи його відбування, передбачене ч. 2 ст. 84 КК, може стосуватися будь-якого виду основного покарання, у т.ч. у випадках його заміни іншим покаранням.

Наприклад, згідно з постановою Коломийського міськрайонного суду від 7 лютого 2011 р. О. звільнено від відбування покарання у вигляді громадських робіт через те, що він захворів на тяжку хворобу, що перешкоджає

* Про стан організації охорони здоров'я та медико-санітарного забезпечення в органах і установах Державної кримінально-виконавчої служби України та заходи з удосконалення діяльності у цій сфері // <http://www.kvs.gov.ua/peniten/control/main/uk/publish/article/652108>

** Студьоня А. Чому суди по-різному ставляться до тяжкохворих в'язнів? // http://pravosud.info/news/info/chomu_sudi_porznomu_stavljatsja_do_tjazhkohvorih_vjazniv

відбуванню покарання, а саме: відкритий перелом кісток правої гомілки, ускладнений післятравматичним остеомієлітом; атеросклеротичний кардіосклероз НК-II ст., поліневропатія; О. потребує довготривалого інтенсивного лікування, і йому протипоказана важка фізична праця; прогноз хвороби несприятливий з подальшим виходом на інвалідність.

Частина 3 ст. 84 КК передбачає обов'язкове звільнення від покарання, яке застосовується за таких умов: а) суб'єктом звільнення від покарання є військовослужбовець, засуджений до службового обмеження, арешту або тримання в дисциплінарному батальйоні; б) він визнаний непридатним до військової служби за станом здоров'я.

Захворювання засудженого військовослужбовця може і не бути тяжким. Важливим є те, що воно робить його за станом здоров'я непридатним до військової служби: **непридатним до військової служби** з виключенням з військового обліку або непридатним до військової служби в мирний і обмежено придатним у воєнний час, а стосовно курсантів вищих військових навчальних закладів – непридатним до подальшого навчання. Така непридатність, наприклад, для військовослужбовців ЗС визначається на підставі Розкладу хвороб, станів та фізичних вад, що визначають ступінь придатності до військової служби (додаток 1 до Положення про військово-лікарську експертизу в Збройних Силах України, затв. наказом МО від 14 серпня 2008 р. № 402).

Визнання військовослужбовця обмежено придатним до військової служби або непридатним до певних видів військової служби, або до її проходження у певній місцевості (наприклад, до служби у плавскладі, в аеромобільних військах, морській піхоті, за кордоном тощо) не є підставою для звільнення його від покарання, оскільки військовослужбовця у таких випадках може бути переведено в інший військовий підрозділ, залучено до виконання інших військових обов'язків.

3.5.3.4. Звільнення особи від покарання у зв'язку із **закінченням строків давності вчинення кримінального правопорушення** (ч. 5 ст. 74 КК) може бути застосоване лише у випадках, коли суд не може звільнити особу від відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності вчинення к.пр. (ст. 49 КК). Це може мати місце у випадках, коли особа, користуючись своїм правом, передбаченим ч. 3 ст. 285 КПК, заперечує проти закриття провадження за цією підставою (закінчення строків давності) і безпідставно вимагає закрити її, наприклад, за відсутністю події або складу к.пр. Суд за наявності підстав для визнання особи винною виносить обвинувальний вирок і звільняє її від покарання на підставі ч. 5 ст. 74 КК.

3.5.3.5. Звільнення особи від покарання у зв'язку із **закінченням строків виконання обвинувального вироку** (ст. 80 КК) передбачає вплив встановлених у законі строків з дня набрання чинності обвинувальним вироком, що виключає виконання призначеного судом покарання.

Існування в КК цього виду звільнення від відбування покарання обумовлюється недоцільністю виконання обвинувального вироку після спливу вказаних строків його виконання через втрату належного карального і превентивного впливу. Адже якщо засуджений не ухилився від відбування покарання і не вчинив протягом встановленого законом строку нового к.пр., то це, як правило, свідчить про втрату ним суспільної небезпечності.

Умовами, за яких особа (крім тих, що засуджені до довічного позбавлення волі за злочини, передбачені ст.ст. 437–439 і ч. 1 ст. 442 КК) звільняється від відбування покарання відповідно до ст. 80, є: а) закінчення зазначених у частинах 1 і 3 ст. 80 строків; б) невчинення протягом цих строків нового середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого злочину; в) неухилення засудженого від відбування покарання.

Вчинення засудженим до закінчення встановлених законом строків давності нового середньої тяжкості, тяжкого або особливо тяжкого злочину, а так само ухилення від відбування покарання свідчить про збереження або навіть підвищення суспільної небезпечності цієї особи. Але очевидно, що ставити особі в заслугу те, що вона не вчинила злочин і не ухилилась від відбування покарання, не можна.

3.5.3.6. Звільнення від відбування покарання в порядку амністії чи помилування передбачене ч. 2 ст. 86, ч. 2 ст. 87 КК.

При цьому **амністія** (від грец. *αμνηστια* – прощення) – це повне або часткове звільнення від відбування покарання певної категорії осіб, визнаних винними у вчиненні к.пр., або кримінальні справи стосовно яких розглянуті судами, але вироки не набрали законної сили; закон про амністію не може передбачати заміну одного покарання іншим чи зняття судимості стосовно осіб, які звільнюються від відбування покарання (ст. 1 і ст. 2 Закону «Про застосування амністії в Україні»).

Відповідно до Закону «Про застосування амністії в Україні» (ст. 3 і ст. 4) та конкретних законів про амністію (наприклад, ст. 10 Закону «Про амністію у 2011 році») рішення про застосування або незастосування амністії приймається судом стосовно кожної особи індивідуально після ретельної перевірки матеріалів особової справи та відомостей про поведінку засудженого за час відбування покарання, при цьому амністія не може бути застосована до осіб, які не відшкодували завдані ними збитки або не усунули заподіяну к.пр. шкоду.

Таким чином, правильність поведінки особи при застосуванні до неї амністії оцінюється органами виконання покарань, захисником, прокурором, судом, що робить цей процес надто залежним від суб'єктивних оцінок. При цьому, якою б правильною поведінка не була, згідно із законодавством це не є гарантією звільнення від покарання. Адже фактично амністія проводиться тоді, коли кількість засуджених, що від-

бувають покарання у кримінально-виконавчих установах, починає перевіщувати можливості цих установ, і у відповідних масштабах.

Саме тому в різні роки під амністією потрапляла зовсім різна кількість осіб: у 2001 р. – 28,8 тис., у 2003 р. – 5 тис., у 2005 р. – 6,3 тис., у 2007 р. – 1,7 тис., у 2008 р. – 2,7 тис., у 2011 р. – 12,9 тис., у 2012 р. – 3,9 тис., а в 2013 р. – 26,2 тис.

До таких осіб насамперед відносять: неповнолітніх; вагітних жінок; певні категорії інвалідів; чоловіків та жінок, які досягли відповідно 60-річного та 55-річного віку, тощо, – засуджених за умисні злочини, які не є тяжкими або особливо тяжкими, та за злочини, вчинені з необережності, які не є особливо тяжкими (наприклад, згідно із ст. 1 Закону «Про амністію у 2011 році»). Очевидно, що ні стать, ні вік, ні категорія вчиненого ними злочину не були заслугами цих осіб і не демонстрували їх ставлення до своєї поведінки.

Більш того, згідно із Законом від 27 лютого 2014 р. ВР застосувала індивідуальну амністію до батька і сина Павличенків, Віталія Запорожця, Віктора Смалія та інших осіб, усього 42 осіб, які у громадській свідомості були засуджені несправедливо чи з політичних мотивів, – без будь-яких умов.

Що стосується виконання обов'язку відшкодувати завдані збитки або усунути заподіяну к.пр. шкоду, то загалом не досить великий відсоток засуджених несе за вироком суду такий обов'язок. Закон «Про амністію в 2011 році» (ст. 14) всупереч ст. 4 Закону «Про застосування амністії в Україні» не містив категоричної заборони щодо застосування амністії до осіб, які не виконали свого обов'язку щодо відшкодування завданих к.пр. збитків або усунення заподіяної ним шкоди – у ньому йшлося лише про те, що амністія не звільняє від такого обов'язку. У травні 2014 р., керуючись «революційним компромісом», парламент виключив п. «є» ст. 4 Закону «Про застосування амністії в Україні», чим формально звільнив амністованих від цього обов'язку. Сподіваємось, що законодавець скоро «одумається», згадає про інтереси потерпілих і повернеться до попередньої редакції ст. 4 зазначеного Закону. Але взагалі говорити про те, що амністія спонукає особу до певної позитивної поведінки, зарано. Юристи правильно докоряють законодавцю: «Легко бути добрими і всіх пробачати за чужий рахунок»*.

Положення про порядок здійснення помилування, затв. Указом Президента України від 16 вересня 2010 р. № 902/2010, передбачає, що помилування засуджених здійснюється, зокрема, у вигляді повного або часткового звільнення від відбування як основного, так і додаткового покарання (п. 2).

* Закревська Є. Чергове вспрощення від Кабміну // <http://blogs.pravda.com.ua/authors/zakrevskaya/53573411d56d0/>

Згідно із п. 9 цього Положення під час розгляду клопотання про помилування враховуються, зокрема: особа засудженого, щире каяття, активне сприяння розкриттю к.пр., поведінка і ставлення особи до праці до засудження та в установах й інших органах виконання покарань, стан відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди та інші обставини.

Крім того, беруться до уваги: думка адміністрації установи виконання покарань або іншого органу, який виконує покарання, спостережної комісії, служби у справах дітей, місцевого органу виконавчої влади, органу місцевого самоврядування, громадських організацій, трудових колективів тощо про доцільність помилування.

Відповідно до Порядку подання до Адміністрації Президента України матеріалів за клопотаннями засуджених про помилування та виконання указів Президента України про помилування, затв. наказом МЮ від 28 вересня 2012 р. № 1439/5, клопотання засуджених про помилування приймає адміністрація установи виконання покарань. Далі клопотання проходить такі етапи:

1) підготовка адміністрацією установи виконання покарань характеристики на засудженого, де відображаються його поведінка за період відбування покарання, ставлення до праці із викладеною думкою адміністрації і, як правило, спостережної комісії або служби у справах дітей про доцільність помилування (якщо засуджений перебуває на обліку в кримінально-виконавчій інспекції, то у характеристиці на нього відображаються його поведінка за весь період перебування на обліку, інформація з місця проживання, надана працівниками служби дільничних інспекторів міліції органів внутрішніх справ, виконання обов'язків, покладених на нього судом, ставлення до праці та навчання, думка начальника кримінально-виконавчої інспекції і, як правило, спостережної комісії або служби у справах дітей про доцільність помилування). До неї додаються інші документи і дані, що мають значення для розгляду питання про застосування помилування;

2) погодження характеристики заступником начальника установи із соціально-виховної та психологічної роботи та затвердження її начальником установи;

3) підготовка інших документів (це, зокрема: анкета засудженого; відомості про заохочення та стягнення; виписки з медичних карток; відомості про наявність майнового позову, який підлягає виконанню, та стан відшкодування заподіяних к.пр. збитків);

4) направлення клопотання до Управління з питань помилування Адміністрації Президента, де воно попередньо опрацьовується;

5) попередній розгляд клопотання Комісією при Президентові у питаннях помилування (при цьому Комісія уповноважена відхилити клопотання);

6) розгляд клопотання Президентом і прийняття рішення.

На кожному з цих етапів правильність поведінки особи при застосуванні до неї помилування оцінюється широким колом суб'єктів, що надає цьому процесу надто багато суб'єктивізму і носить значні корупційні ризики. А найцікавіше, що врешті-решт Положення про порядок здійснення помилування (пункти 5 і 6) допускає (хоча й з застереженнями «за виняткових обставин», «за наявності обставин, що потребують особливо гуманного ставлення») помилування навіть щодо особи: яку раніше було неодноразово засуджено за вчинення умисних к.пр., у т.ч. тяжких й особливо тяжких злочинів; до якої раніше було застосовано амністію, помилування, умовно-дострокове звільнення від відбування покарання, заміну невідбутої частини покарання більш м'яким, звільнення від відбування покарання з випробуванням, якщо вона до погашення чи зняття судимості знову вчинила умисне к.пр.; яка не стала на шлях виправлення; яка не відбула половини призначеного їй строку покарання.

Отже, навряд можливість застосування до особи закону про амністію чи акта про помилування або факт їх застосування до неї спонукають її до правильної поведінки. Така поведінка лише в окремих випадках може бути обумовлена певною, іноді дуже ілюзорною, надією засудженого на те, що майбутній черговий закон про амністію (якщо і невідомо коли він буде прийнятий) торкнеться його особисто, або на те, що стосовно нього буде прийнятий акт про помилування.

Для того, щоб амністія і помилування спонукали особу до правильної поведінки і, таким чином, були трансформовані у заохочувальний захід кримінально-правового впливу, в законодавстві треба визначити конкретні умови, за яких особа може бути звільнена від покарання внаслідок актів амністії чи помилування, про які вона повинна знати заздалегідь і всіляко намагатися виконати.

Сумнівною також є доцільність прощення особи, яке відбувається у формі амністії і помилування, у випадках звільнення від покарань, не пов'язаних з позбавленням волі та обмеженням волі (невипадково у ст.ст. 79, 82, 83 КК згадується про звільнення від відбування та заміну лише цих видів покарань), а також у випадках звільнення від таких видів додаткового покарання, як штраф і позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

3.5.4. Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким, не пов'язана із застосуванням ні примусових, ні заохочувальних заходів кримінально-правового впливу

3.5.4.1. За загальним правилом, визначеним у ч. 1 ст. 49 КК, особа підлягає обов'язковому звільненню від кримінальної відповідальності, якщо з дня вчинення нею к.пр. і до дня набрання вироком законної сили минули певні встановлені законом (різні – для різних категорій к.пр.) строки.

Але є виняток з цього правила – коли особою вчинено особливо тяжкий злочин, за який згідно із законом може бути призначено довічне позбавлення волі, а з часу вчинення злочину минуло понад 15 років. У такому випадку суд не пов'язаний зазначеним обов'язком, і можливі два варіанти розвитку подій, які залежать від характеру і ступеня суспільної небезпеки вчиненого злочину, особи винного та інших обставин. Суд згідно із ч. 4 ст. 49 КК:

1) визнає за можливе застосувати давність до особи – тоді особа звільняється від кримінальної відповідальності (це можливо, коли, наприклад, з часу вчинення злочину минуло 30, 40 і більше років, особа тяжко хворіє тощо);

2) не визнає за можливе застосувати давність до особи. У цьому випадку замість довічного позбавлення волі суд призначає позбавлення волі на певний строк – у межах санкції тієї норми, за якою кваліфіковано діяння винного.

Отже, у другому випадку фактично йдеться про заміну невідбутої частини покарання більш м'яким через *неможливість застосування положення про давність*.

Прийняття судом відповідного рішення у такому випадку не покладає на правопорушника ані додаткових обмежень прав і свобод, ані додаткових обов'язків; водночас воно не стимулює правопорушника до суспільно корисної, правильної поведінки.

Крім зазначених випадків, давність не застосовується у разі вчинення злочинів проти основ національної безпеки України, передбачених у ст.ст. 109–114-1, проти миру та безпеки людства, передбачених у ст.ст. 437–439 і ч. 1 ст. 442 КК.

3.5.4.2. Відповідно до Положення про порядок здійснення помилування (п. 2) **заміна покарання більш м'яким** може мати два види:

1) заміни довічного позбавлення волі на позбавлення волі на строк не менше двадцяти п'яти років (клопотання про таку заміну може бути подано після відбуття особою не менше 20 років призначеного покарання);

2) заміни іншого, крім довічного позбавлення волі, покарання або невідбутої його частини більш м'яким покаранням.

У другому випадку під іншими покараннями розуміються будь-які їх види, крім довічного позбавлення волі. Фактично навіть такі додаткові покарання, як штраф чи конфіскація майна, можуть бути замінені більш м'яким покаранням. Утім, якщо теоретично заміна повної конфіскації майна частковою конфіскацією або заміна тримання в дисциплінарному батальйоні арештом може бути принаймні доцільною, то вирішення на рівні глави держави питання про заміну виправних робіт громадськими роботами або громадських робіт штрафом – це юридичний нонсенс.

Заміна покарання або невідбутої його частини більш м'яким покаранням в порядку помилування відрізняється від заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, яка здійснюється судом, тим, що для засудженого не є обов'язковими дві необхідні умови, передбачені частинами 3 і 4 ст. 82 КК, а саме:

а) засуджений став на шлях виправлення (тобто його зразкова поведінка і сумлінне ставлення до виконання обов'язків у період відбування покарання засвідчили успішність процесу виправлення і можливість ефективного продовження його за умови застосування до засудженого більш м'якого виду покарання). Як вже зазначалось, Положення про порядок здійснення помилування (пункти 5 і 6) допускає помилування щодо особи, яка не стала на шлях виправлення, і навіть такої, яку раніше було неодноразово засуджено за вчинення тяжких й особливо тяжких умисних злочинів, або до якої вже застосовувалось помилування і вона знову вчинила умисний злочин;

б) засуджений фактично відбув певну частину призначеного судом покарання. Положення (п. 4) передбачає, що клопотання про помилування може бути подано відразу після набрання вироком законної сили, а при розгляді справи в касаційному порядку – після прийняття рішення відповідним судом.

Література

- Маляренко В.Т., Музика А.А. Амністія та помилування в Україні: Навч. посібн. – К.: Атіка, 2007. – 700 с.
- Меркулова В.О. Деякі міркування щодо співвідношення кримінальної відповідальності та покарання // Проблеми законності. – 2001. – Вип. 50. – С. 120–125.
- Дудоров О.О. Про проблеми кримінально-правового заохочення // Юридичний науковий електронний журнал. – 2013. – № 1. – С. 73–77 // http://sej.org.ua/1_2013/ukr/Dudorov.pdf

Запитання і завдання

1. Назвіть основні ознаки квазізаходів кримінально-правового впливу, за якими вони відрізняються від примусових та заохочувальних заходів кримінально-правового впливу.

2. В яких випадках суди зазвичай звільняють особу від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки?

3. Які Вам відомі різновиди звільнення від покарання чи його відбування за хворобою?

4. Чому звільнення від відбування покарання на підставі закону про амністію чи акта про помилування має більше ознак квазізаходів, ніж ознак заохочувальних заходів кримінально-правового впливу?

Рекомендуємо прочитати

- Дмитро Правдін «Записки з арабської тюрми».
- Дмитро Старостін «Американський Гулаг. П'ять років на зірково-смугастих нарах».

Радимо подивитись

- Дванадцять розгніваних чоловіків (США, 1957, режисер Сідні Люмет).
- 12 (Росія, 2007, режисер Микита Міхалков).

3.6. Особливості заходів кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх та деяких інших категорій осіб

3.6.1. Обґрунтування особливостей заходів кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх

3.6.1.1. У 2012 р. в Україні діти віком від 14 до 18 років вчинили понад 14,2 тис. злочинів, із них 66% – це крадіжки. Приблизно кожен п'ятнадцятий злочин вчиняється дитиною віком від 14 до 18 років. У 2013 р. за вчинення злочинів засуджено 5911 дітей.

Особливостями поведінки неповнолітніх у цьому віці, які відзначаються психологами, є, зокрема: недостатній життєвий досвід; схильність до наслідування; вплив на них оточуючих, особливо дорослих осіб; бажання показати себе самостійним і намагання звільнитися від контролю та опіки з боку батьків, вихователів; специфічне тлумачення таких понять, як сміливість, чесність, дружба; неправильна оцінка конкретних життєвих ситуацій; відсутність критичного ставлення до своїх негативних вчинків та схвальне ставлення до будь-яких нестандартних вчинків інших. На мотивацію поведінки неповнолітніх значною мірою впливають саме їхні вікові особливості.

За різними оцінками безпритульних і повністю чи частково бездоглядних дітей в Україні – понад 250 тис. Крім того, значна кількість дітей має різноманітні відхилення у розвитку. Достатньо згадати, що серед 4,5 млн учнів середніх загальноосвітніх закладів понад 65 тис. – це діти, які навчаються в школах та інтернатах для дітей з вадами розвитку, у т.ч. 27 тис. розумово відсталих і 4 тис. дітей, які потребують інтенсивної педагогічної корекції (станом на 1 січня 2013 р. на обліку в підрозділах кримінальної міліції у справах дітей перебувало 14,2 тис. неповнолітніх – дивний збіг з кількістю вчинених неповнолітніми за один рік злочинів; з них близько 1,8 тис. – віком до 11 років, 1,5 тис. – від 11 до 14 років).

Саме із перелічених причин Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх (1985 р.), встановили, зокрема, що:

– система правосуддя щодо неповнолітніх спрямована у першу чергу на забезпечення благополуччя неповнолітнього і того, щоб заходи впливу враховували особистість правопорушника, його становище і потреби, обставини та тяжкість к.пр. і потреби суспільства;

– неповнолітнього правопорушника не слід позбавляти особистою волею, крім як за серйозне к.пр., вчинене із застосуванням насильства проти іншої особи, або систематичне вчинення інших серйозних правопорушень;

– перевагу слід надавати опіці і нагляду, пробації, громадським роботам, фінансовим покаранням, компенсації і реституції, передачі на виховання тощо.

Аналогічні положення містить Рекомендація РЕ з проблем суспільної реакції на злочинність серед неповнолітніх (1987 р.).

Рекомендація РЕ щодо нових способів роботи з неповнолітніми правопорушниками і ролі правосуддя у справах неповнолітніх (2003 р.) передбачає, що враховуючи тривалий період дорослішання варто забезпечити можливість застосування до молодих повнолітніх людей віком до 21 року підходів, що їх можна порівняти з підходами до неповнолітніх, якщо суддя дійде висновку, що такі правопорушники не є зрілими і відповідальними за свої дії тією самою мірою, що й дорослі.

З цього приводу влучно зазначено у ст. 80 КК Литви, що метою визначення особливостей кримінальної відповідальності неповнолітніх є: 1) забезпечення відповідності віку і соціальній зрілості цих осіб їхній відповідальності; 2) обмеження можливості застосування до них позбавлення волі і збільшення можливості застосування засобів виховного впливу; 3) надання їм допомоги у зміні способу життя і поведінки шляхом поєднання покарання з розвитком особистості, вихованням, усуненням причин протиправної поведінки; 4) утримання їх від вчинення нових злочинних діянь. Положення глави XI «Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх» цього КК застосовуються не лише до дітей, а й до осіб, яким на час вчинення злочину не виповнилось 21 року, якщо суд, враховуючи характер вчиненого діяння, мотиви та інші обставини справи, висновки експерта, дійде висновку, що особа за соціальною зрілістю відповідає дитині (ст. 81).

3.6.1.2. У багатьох державах світу кримінальне (матеріальне та процесуальне) і **ювенальне законодавство** розмежовані (як звичайна медицина і педіатрія) – і не лише за суб'єктами відповідних к.пр., а й за суб'єктами здійснення відповідного примусового впливу, метою, завданнями та способами їх вирішення. Такий підхід застосовано в Австрії, Польщі, Данії, Голландії, Франції, ФРН, Іспанії, Сан-Марино.

Французький Ордонанс про відповідальність неповнолітніх правопорушників від 2 лютого 1945 р. встановлює спеціальний правовий

режим, основою якого є презумпція кримінальної невідповідальності осіб, що не досягли 18 років. Разом з тим ця презумпція не є незаперечною: у деяких випадках неповнолітній може бути визнаний винним у вчиненні злочинного діяння і засуджений. Але й у цьому випадку правовий режим кримінальної відповідальності неповнолітнього не буде тотожний режимові відповідальності дорослих. Можливість припинення до кримінальної відповідальності та її принципи залежать від вікової групи неповнолітнього. Існують три таких групи.

Перша охоплює неповнолітніх до 13 років. Їм не може бути призначене покарання – для них презумпція кримінальної невідповідальності є абсолютною. Але не виключається застосування «заходів захисту, допомоги, нагляду і виховання» (ст. 2), за умови встановлення осудності – адже вказані заходи мають каральний зміст. Суддя вправі лише обмежитися наставляннями або помістити неповнолітнього: під нагляд батьків, опікуна тощо; до виховної установи чи установи професійного навчання; до медичної чи медико-педагогічної установи; до інтернату для неповнолітніх правопорушників; під судовий захист на строк до п'яти років; під електронний нагляд (ст.ст. 8, 20-8).

Друга група включає неповнолітніх у віці від 13 до 16 років. До них також застосовується презумпція кримінальної невідповідальності з призначенням відповідного виховного заходу (ст. 16), але у виняткових випадках: неповнолітній старше 13 років може бути засуджений до покарання, якщо обставини справи й особистість правопорушника цього вимагають (ст.ст. 2, 18). При цьому: а) не можуть бути застосовані деякі види покарання (штрафо-дні, позбавлення політичних, цивільних і сімейних прав тощо); б) передбачені для дорослих покарання призначаються дітям тільки в скороченому вигляді (ст.ст. 20-2, 20-3 і 20-4).

Третя група включає неповнолітніх від 16 до 18 років. У випадку вчинення ними злочинного діяння рішення може бути трояким: 1) звільнення від кримінальної відповідальності в силу презумпції кримінальної невідповідальності і призначення виховного заходу; 2) притягнення до кримінальної відповідальності (при цьому покарання скорочується); 3) притягнення до кримінальної відповідальності на загальних підставах*.

Відповідно до Закону ФРН про відправлення правосуддя у справах неповнолітніх і щодо діянь, вчинених неповнолітніми (*Jugendgerichtsgesetz*), такими визнаються особи, які на момент вчинення діяння досягли 14-річного, але не досягли 18-річного віку. Вони несуть кримінальну відповідальність, якщо на час діяння за своїм моральним і духовним розвитком є достатньо зрілими, щоб усвідомлювати протиправність діяння і діяти відповідно до такого усвідомлення (§ 3 Закону). До них можуть бути прирівняні і особи віком 18–21 рік (молодь).

* Уголовное право зарубежных государств: Общая часть. – М., 2003. – С. 261–262, 300–305.

Ознаки осудності щодо неповнолітніх мають особливості. Так, першою з них є інтелектуально-етична ознака, яка має досліджуватися не взагалі, а стосовно конкретного діяння: неповнолітній здатний усвідомлювати, що його поведінка є несумісною з мирним і упорядкованим спільним життям людей і не може бути терпимою правопорядком. Друга, вольова ознака означає можливість підлітка подолати боротьбу мотивів і свої потяги (наприклад, враховується пубертатний вік при сексуальних деліктах).

Наслідками злочинного діяння можуть бути:

1) заходи – виховні і примусові. Передусім це заборони (припинити спілкування з тими чи іншими особами тощо) або покладення певних обов'язків (жити у сім'ї, вчитися чи працювати, брати участь в курсах соціального тренінгу, поновити порушені права потерпілого тощо);

2) покарання. До неповнолітніх застосовуються тільки позбавлення волі (на строк від 6 місяців до 5 років, у тяжких випадках – до 10 років) і арешт (на один чи два вихідних дні; на два будь-яких дні; на 1–4 тижні);

3) заходи виправлення і безпеки: поміщення до психіатричної клініки чи виховної установи; встановлення нагляду; вилучення посвідчення водія*.

КК Польщі (§ 10 ст. 115) спеціально згадує осіб молодіжного віку. Ними визнаються особи, які на момент вчинення злочину не досягли 21 року або на момент винесення вироку у першій інстанції – 24 років. До них, за можливості, має застосовуватись надзвичайне пом'якшення покарання (ст. 60), і щодо них обов'язково встановлюється нагляд (ст. 73).

3.6.1.3. Існують і негативні приклади.

Скажімо, до сьогодні законодавство Ізраїлю, Ірану, Південно-Африканської Республіки і Танзанії дозволяє застосувати до неповнолітніх смертну кару (щоправда, «в рамках гуманізації» її замінюють довічним ув'язненням).

У 41-му штаті США смертна кара застосовувалась судами навіть до 13-річних підлітків тривалий час – аж поки 1 березня 2005 р. Верховний Суд США не визнав її застосування неконституційним, підтримавши рішення Верховного Суду штату Міссурі у справі «Roper v. Simmons» про скасування 17-літньому Сіммонсу смертного вироку як такого, що стосовно неповнолітніх є жорстоким покаранням. На той час в різних штатах США чекало на виконання смертного вироку 70 неповнолітніх.

У 26 штатах США дитину досі може бути покарано тюремним ув'язненням за втечу із дому або за прогулювання занять у школі. Загалом в США близько 3 тис. ювенальних виправних установ, із них тисяча – колонії.

Постійно у в'язницях США перебуває близько 90 тис. неповнолітніх – приблизно 338 на 100 тис. населення. Для порівняння: в ПАР – 89, Новій Зеландії – 68, Нідерландах – 51, Англії – 46,8, ФРН – 23,1, Швеції – 4,1, Фінляндії – 3,6, Японії – 0,1 ув'язнених неповнолітніх на 100 тис. населення.

* Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. – М., 2001. – С. 695–700.

Кількість неповнолітніх і молоді, що утримуються в українських в'язницях, також є відносно невеликою – близько 3 осіб на 100 тис. населення. За даними ДПТС, станом на 1 січня 2013 р. у місцях позбавлення волі для неповнолітніх перебувало 1264 особи (самих неповнолітніх трохи більше половини, решта – віком за 18 років, але залишена в колонії до закінчення строку покарання або до досягнення віку 21 рік). Ще десять років тому таких дітей і молоді було вп'ятеро більше. Крім того, близько 500 дітей утримувались в СІЗО, а понад 200 за рішенням суду перебували в установах, що не входять до пенітенціарної системи, – школах соціальної реабілітації тощо. В місцях позбавлення волі майже 80% дітей відбувають покарання повторно, що свідчить про неефективну профілактичну роботу з дітьми після їх повернення з місць ув'язнення.

3.6.2. Заохочувальні заходи кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх

3.6.2.1. Певною мірою в Україні враховано вимоги міжнародних актів і досвід зарубіжних законодавців. Таке врахування втілене у положеннях КК та Закону «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей» щодо застосування примусових заходів виховного характеру (докладніше про них – в підрозділі 3.4 цього посібника).

Фактично єдиною особливістю заохочувальних заходів кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх згідно з КК і є звільнення від кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 97) та звільнення від покарання (ч. 1 ст. 105) із застосуванням зазначених примусових заходів виховного характеру.

Врешті заохочувальні заходи кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх та дорослих осіб не відрізняються. Так само, як і до дорослих, до неповнолітніх можуть бути застосовані усі відповідні заходи, що становлять собою звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання, кримінально-правовий компроміс (про їх види див. підрозділи 3.1 і 3.2 посібника). Винятками є те, що має певні особливості умовно-дострокове звільнення від відбування покарання (частини 1–3 ст. 107) (див. табл. 17), а також до неповнолітніх не застосовується заміна невідбутої частини покарання більш м'яким (ч. 4 ст. 107).

Таблиця 17. **Особливості умовно-дострокового звільнення від відбування покарання неповнолітніх**

Критерії	Щодо дорослого – ст. 81	Щодо неповнолітнього – ст. 107
Застосовується до осіб, що відбувають покарання у вигляді:	виправних робіт, службових обмежень для військовослужбовців, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або позбавлення волі	позбавлення волі

Можливість звільнення від додаткового покарання:	передбачена – повністю або частково	не передбачена
Звільнення може бути застосоване, якщо засуджений довів своє виправлення:	сумлінною поведінкою і ставленням до праці	сумлінною поведінкою і ставленням до праці та навчання
Застосовується після фактичного відбуття засудженим:	<p>1) не менше 1/2 строку покарання за злочин невеликої або середньої тяжкості, а також за необережний тяжкий злочин;</p> <p>2) не менше 2/3 строку покарання за умисний тяжкий злочин чи необережний особливо тяжкий злочин, а також у разі, якщо особа раніше відбувала покарання у вигляді позбавлення волі за умисний злочин і до погашення або зняття судимості знову вчинила умисний злочин, за який вона засуджена до позбавлення волі;</p> <p>3) не менше 3/4 строку покарання за умисний особливо тяжкий злочин, а також покарання, призначеного особі, яка раніше звільнялася умовно-достроково і знову вчинила умисний злочин протягом невідбутої частини покарання</p>	<p>1) не менше 1/3 строку покарання за злочин невеликої або середньої тяжкості і за необережний тяжкий злочин;</p> <p>2) не менше 1/2 строку покарання за умисний тяжкий злочин чи необережний особливо тяжкий злочин, а також якщо особа раніше відбувала покарання у вигляді позбавлення волі за умисний злочин і до погашення або зняття судимості знову вчинила у віці до 18 років новий умисний злочин, за який вона засуджена до позбавлення волі;</p> <p>3) не менше 2/3 строку покарання за умисний особливо тяжкий злочин, а також якщо особа раніше відбувала покарання у вигляді позбавлення волі і була умовно-достроково звільнена від відбування покарання, але до закінчення невідбутої частини покарання та до досягнення 18 віку знову вчинила умисний злочин, за який вона засуджена до позбавлення волі</p>

3.6.3. Примусові заходи кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх

3.6.3.1. Особливостей примусових заходів стосовно неповнолітніх дещо більше, ніж особливостей заохочувальних заходів. Це можна пояснити тим, що саме перші традиційно вважаються основними формами кримінальної відповідальності, і тому законодавець приділяє їм більшу увагу.

Стосовно видів покарань ці особливості такі:

- до неповнолітніх не застосовуються деякі види покарань: позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу; службові обмеження для військовослужбовців; конфіскація майна; обмеження волі; тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців; довічне позбавлення волі (ч. 1 ст. 98);

- тільки як додаткове покарання застосовується позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (ч. 2 ст. 98);

- межі покарань (**див. табл. 18**), а також порядок їх заміни іншим покаранням є іншими, що робить відповідні види покарань більш м'якими;

- позбавлення волі не може бути призначене неповнолітньому, який вперше вчинив злочин невеликої тяжкості (ч. 2 ст. 102);
- верхня межа покарання у вигляді позбавлення волі за вчинення злочинів різного ступеня тяжкості розташована нижче, ніж зазвичай (ч. 3 ст. 102). Наприклад, за тяжкий злочин доросла особа може бути засуджена до позбавлення волі на строк до 10 років, а неповнолітній – не більше ніж до 7 років.

Таблиця 18. **Особливості меж покарань для неповнолітніх**

Межі покарань*	Для дорослого	Для неповнолітнього
Штраф	Від 30 до 50 000 нмдг, якщо статтями Особливої частини цього Кодексу не передбачено вищого розміру штрафу (ч. 2 ст. 53)	Від 30 до 500 нмдг (ч. 2 ст. 99)
Громадські роботи	Від 60 до 240 годин і відбуваються не більш як чотири години на день (ч. 2 ст. 56)	Від 30 до 120 годин і відбуваються не більш як дві години на день (ч. 1 ст. 100)
Виправні роботи	Від шести місяців до двох років з відрахуванням із суми заробітку засудженого від 10 до 20 відсотків (ч. 1 ст. 57)	Від двох місяців до одного року з відрахуванням із суми заробітку засудженого від 5 до 10 відсотків (частини 2 і 3 ст. 100)
Арешт	Від одного до шести місяців (ч. 1 ст. 60)	Від 15 до 45 діб (ст. 101)
Позбавлення волі	Від одного року до 15 (ч. 2 ст. 63), а при складанні покарань (ч. 2 ст. 71) і при заміні довічного позбавлення волі позбавленням волі на певний строк в порядку помилування (ст. 87) – до 25 років	Від шести місяців до 10 років, а за особливо тяжкий злочин, поєднаний з умисним позбавленням життя людини, – до 15 років (ст. 102), у т.ч. при складанні покарань (ч. 2 ст. 103)

3.6.3.2. Законом також передбачені деякі особливості застосування інших, крім покарання, примусових заходів кримінально-правового впливу:

- при призначенні покарання неповнолітньому вчинення ним к.пр. у віці до 18 років саме по собі є обставиною, що пом'якшує покарання (п. 3 ч. 1 ст. 66), що має значення при врахуванні загальних засад призначення покарання (ст. 65). Крім того, при призначенні покарання суд зобов'язаний врахувати умови життя та виховання, вплив дорослих, рівень розвитку та інші особливості особи неповнолітнього (ч. 1 ст. 103).
- неповнолітній може бути звільнений від відбування покарання з випробуванням лише в разі засудження його до арешту чи позбавлення волі (ч. 2 ст. 104);

* Громадські роботи, виправні роботи й арешт застосовуються лише до неповнолітніх, які на момент постановлення вироку досягли 16-річного віку.

– при звільненні від відбування покарання з випробуванням неповнолітнього іспитовий строк встановлюється тривалістю від одного до двох років (ч. 3 ст. 104). При цьому суд може покласти обов'язки не лише на засудженого, а й на інших осіб, зокрема обов'язок щодо нагляду за засудженим та проведення з ним виховної роботи – на певну особу, за її згодою або на її прохання (ч. 4 ст. 104);

– примусове лікування за місцем відбування покарання може бути застосоване до неповнолітнього лише у разі його засудження до позбавлення волі (ч. 2 ст. 96);

– скороченими є строки погашення і зняття судимості для неповнолітніх (ст. 108).

Очевидно, що інакше в законі повинна бути визначена і сама мета покарання щодо неповнолітніх. Можна погодитися, що ця мета, якщо визначати її традиційно триєдиною, повинна передбачати насамперед виправлення засуджених і лише в другу чергу – запобігання вчиненню нових к.пр. засудженими й іншими особами, а в третю – кару*.

3.6.3.3. Доцільно розглянути питання про те, щоб передбачити у КК деякі нові види покарань для неповнолітніх. Ними могли б бути, за прикладом Голландії і Швейцарії: «молодіжний арешт», що застосовується у вільний від навчання час й у вихідні дні; пробація, поєднана з покладенням обов'язку відвідувати певну навчальну програму або із залученням до роботи, внаслідок плати за яку засуджений міг би відшкодувати завдані ним збитки.

3.6.4. Квазізаходи кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх

3.6.4.1. При їх застосуванні до неповнолітніх нічим не відрізняються такі нейтральні заходи кримінально-правового впливу, як звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки (ст. 48 КК), звільнення від покарання у зв'язку з усуненням караності діяння (ч. 2 ст. 74 КК) і за хворобою (ст. 84 КК). Очевидно, до неповнолітніх, так само як і до дорослих, може бути застосована заміна покарання більш м'яким в порядку помилування (ч. 2 ст. 87 КК).

Відмінним від загального порядку є лише звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання у зв'язку із закінченням строків давності (ст. 106 КК). Але відмінність полягає лише у різних строках давності (**див. табл. 19**), решта положень ст. 49 і ст. 80 КК застосовується до неповнолітніх без змін.

* Коновалова А.Ю. Види покарань для неповнолітніх за кримінальним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2012. – С. 15.

Таблиця 19. **Особливості строків давності вчинення кримінального правопорушення і виконання обвинувального вироку щодо неповнолітніх**

Строки давності	Для дорослого	Для неповнолітнього
Вчинення к.пр.	<ul style="list-style-type: none"> – 2 роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання менш суворе, ніж обмеження волі; – 3 роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання у вигляді обмеження або позбавлення волі; – 5 років – у разі вчинення злочину середньої тяжкості; – 10 років – у разі вчинення тяжкого злочину; – 15 років – у разі вчинення особливо тяжкого злочину 	<ul style="list-style-type: none"> – 2 роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості; – 5 років – у разі вчинення злочину середньої тяжкості; – 7 років – у разі вчинення тяжкого злочину; – 10 років – у разі вчинення особливо тяжкого злочину
Виконання обвинувального вироку	<ul style="list-style-type: none"> – 2 роки – у разі засудження до покарання менш суворого, ніж обмеження волі; – 3 роки – у разі засудження до обмеження волі або позбавлення волі за злочин невеликої тяжкості; – 5 років – у разі засудження до позбавлення волі за злочин середньої тяжкості, а також при засудженні до позбавлення волі на строк не більше 5 років за тяжкий злочин; – 10 років – у разі засудження до позбавлення волі на строк понад 5 років за тяжкий злочин, а також при засудженні до позбавлення волі на строк не більше 10 років за особливо тяжкий злочин; – 15 років – у разі засудження до позбавлення волі на строк понад 10 років за особливо тяжкий злочин 	<ul style="list-style-type: none"> – 2 роки – у разі засудження до покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, і при засудженні до позбавлення волі за злочин невеликої тяжкості; – 5 років – у разі засудження до позбавлення волі за злочин середньої тяжкості, і при засудженні до позбавлення волі на строк не більше 5 років за тяжкий злочин; – 7 років – у разі засудження до позбавлення волі на строк більше 5 років за тяжкий злочин; – 10 років – у разі засудження до позбавлення волі за особливо тяжкий злочин

Відповідно до ч. 4 ст. 49 КК питання про застосування давності до особи, що вчинила особливо тяжкий злочин, за який згідно із законом може бути призначено довічне позбавлення волі, вирішується судом; якщо суд не визнає за можливе застосувати давність, довічне позбавлення волі не може бути призначено і заміняється позбавленням волі на певний строк. Схоже положення міститься у ч. 5 ст. 80 КК. Ці два положення не стосуються неповнолітніх, оскільки за будь-який злочин до них не може бути застосоване довічне позбавлення волі.

3.6.5. Особливості заходів кримінально-правового впливу щодо інших категорій фізичних осіб

3.6.5.1. У КК деяких держав визначені особливості покарання та інших заходів кримінально-правового впливу щодо деяких категорій осіб. Зазначеними особами є, зокрема:

– інваліди (інваліди певних груп). До них не застосовуються арешт (ст. 54 КК Білорусі), обов'язкові роботи (ст. 49 КК Росії), безоплатна праця на користь суспільства (ст. 67 КК Молдови), виправні роботи (ст. 50 КК Росії, ст. 52 КК Білорусі), обмеження волі (ст. 53 КК Росії, ст. 55 КК Білорусі), застосовуються пільгові умови умовно-дострокового звільнення від покарання (ст. 90 КК Білорусі); позбавлення права керувати транспортним засобом (згідно з ст. 50 КК Естонії це покарання не може застосовуватись щодо особи, яка користується механічним транспортним засобом у зв'язку з інвалідністю, за винятком випадків керування транспортним засобом у стані сп'яніння);

– непрацездатні особи. До них не застосовуються примусові роботи (ст. 40 КК Латвії), виправні роботи (згідно з ст. 43 КК Болгарії непрацездатним вони замінюються штрафом);

– особи, які досягли певного (зокрема, пенсійного) віку. До них не застосовуються безоплатна праця на користь суспільства (ст. 67 КК Молдови), виправні роботи (ст. 52 КК Білорусі), обмеження волі (ст. 53 КК Росії, ст. 55 КК Білорусі), довічне ув'язнення (ст. 57 КК Росії, ст. 58 КК Білорусі), смертна кара (ст. 59 КК Росії, ст. 59 КК Білорусі), застосовуються пільгові умови умовно-дострокового звільнення від покарання (ст. 90 КК Білорусі). Згідно з ст. 163 КК Італії до осіб, які досягли 70-річного віку, умовна відстрочка покарання застосовується за спеціальних умов;

– особи, яким призначені примусові заходи безпеки і лікування, хворі на відкриту форму туберкульозу, ВІЛ-інфіковані, хворі на СНІД або які не пройшли повний курс лікування венеричних захворювань. До них не застосовується обмеження волі (ст. 55 КК Білорусі);

– особи, які є батьками чи опікунами.

Наприклад, згідно з КК Швейцарії тільки до осіб, засуджених до позбавлення волі за злочини, пов'язані з порушенням батьківських чи опікунських обов'язків, може бути застосоване покарання у вигляді позбавлення батьківської чи опікунської влади (ст. 53). В інших необхідних випадках суд може лише клопотати перед органом опіки і піклування про позбавлення особи батьківської чи опікунської влади. КК Іспанії передбачає таке додаткове покарання, як позбавлення батьківських прав, причому як щодо усіх дітей, так і щодо одного з них (ст. 46), а КК Італії – втрату або призупинення батьківської чи подружньої влади (ст. 34). Позбавлення батьківської влади передбачене як покарання у ст. 82 КК Сан-Марино;

– особи, які зловживають спиртними напоями, наркомани, токсикомани. Згідно з КК Швейцарії (ст. 56), до них може бути застосоване додаткове покарання у вигляді заборони відвідувати конкретний ресторан або ресторани, які знаходяться у певній місцевості;

– іноземці та особи без громадянства, які постійно не проживають у державі. До них не застосовуються виправні роботи і обмеження волі (ст. 52 і ст. 55 КК Білорусі). Громадські роботи можуть бути застосовані лише до особи, яка проживає у Норвегії (§ 28-a і § 28-b КК Норвегії).

3.6.5.2. КК України, крім неповнолітніх, передбачає також особливості кримінальної відповідальності та покарання таких категорій осіб: вагітні жінки і жінки, які піклуються про малолітніх дітей; інваліди; непрацездатні; особи, які досягли пенсійного віку; військовослужбовці; державні службовці та прирівняні до них особи; іноземці тощо.

Насамперед це стосується спеціальних видів покарань та покарань, які згідно з КК до певних категорій осіб не застосовуються (**див. табл. 20**).

Таблиця 20. **Особливості покарання для різних категорій осіб**

Категорія осіб	Вид спеціального покарання для цих категорій осіб	Вид покарання, що не застосовується до них
Вагітні жінки	—	Громадські роботи, виправні роботи, арешт, обмеження волі, довічне позбавлення волі
Жінки, які перебувають у відпустці по догляді за дитиною	—	Виправні роботи
Жінки, які мають дітей віком до семи років	—	Арешт
Жінки, які мають дітей віком до 14 років	—	Обмеження волі
Інваліди I та II групи	—	Громадські роботи, обмеження волі
Особи пенсійного віку	—	Громадські роботи, виправні роботи, обмеження волі
Особи віком понад 65 років	—	Довічне позбавлення волі
Непрацездатні	—	Виправні роботи
Військовослужбовці строкової служби	Позбавлення військового звання, тримання в дисциплінарному батальйоні	Громадські роботи, виправні роботи, обмеження волі, службові обмеження для військовослужбовців
Інші категорії військовослужбовців	Позбавлення військового звання, службові обмеження для військовослужбовців	Виправні роботи
Особи рядового і начальницького складу Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації, працівники правоохоронних органів, нотаріуси, судді, прокурори, адвокати, державні службовці, посадові особи місцевого самоврядування	Позбавлення спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу	—
Особи, які раніше відбували покарання у вигляді позбавлення волі	—	Тримання в дисциплінарному батальйоні

3.6.5.3. Крім того, передбачені і деякі особливості кримінальної відповідальності, зокрема:

– іноземці, які вчинили злочини на території України і засуджені за них на підставі КК України, можуть бути передані для відбування покарання за вчинений злочин тій державі, громадянами якої вони є (ч. 2 ст. 10);

- вчинення к.пр. жінкою у стані вагітності визнається обставиною, що пом'якшує покарання (п. 4 ч. 1 ст. 66);
- вагітні жінки можуть бути звільнені від відбування покарання за спеціальними підставами, передбаченими ст. 79 і ст. 83;
- жінки, які перебувають у відпустці по догляду за дитиною, можуть бути звільнені від відбування покарання за спеціальною підставою, передбаченою ст. 83;
- жінки, які мають дітей віком до семи років, можуть бути звільнені від відбування покарання за спеціальною підставою, передбаченою ст. 79;
- військовослужбовці, засуджені до службового обмеження, арешту або тримання в дисциплінарному батальйоні, в разі визнання їх непридатними до військової служби за станом здоров'я звільняються від покарання (ч. 3 ст. 84);
- військовослужбовці, які вчинили військове к.пр., можуть бути звільнені від кримінальної відповідальності згідно зі ст. 44 КК із застосуванням до них заходів, передбачених Дисциплінарним статутом ЗС (ч. 4 ст. 401).

3.6.5.4. На жаль, формулюючи особливості кримінальної відповідальності окремих категорій осіб, жодний із кримінальних законів інших держав не визначає певних загальних правил, без наявності яких окремі норми цих законів просто не можуть бути застосовані. Такий саме недолік має і КК України. В літературі він отримав назву «кумулятивний ефект» – збіг кількох обставин, кожна з яких виключає застосування якогось виду покарання, в рамках тієї чи іншої конкретної ситуації, стосовно однієї і тієї самої особи*. Тому питання про заборону застосування до певних категорій осіб тих чи інших покарань підлягає додатковому аналізу і розв'язанню шляхом створення механізму заміни певних видів покарань іншими покараннями.

Так, якщо до осіб, які досягли пенсійного віку, згідно із ст.ст. 56, 57 і 61 КК не можуть бути застосовані ні громадські роботи, ні виправні роботи, ні обмеження волі, то у випадках, коли, крім цих видів покарань, не передбачено жодних інших (зокрема у санкціях ст. 128, ч. 2 ст. 165 або ч. 1 ст. 389), суд лише за певних обставин може застосувати штраф чи позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, а в інших випадках стоїть перед необхідністю свідомого порушення кримінального закону. Якщо до осіб, які не досягли 16 років, згідно зі ст.ст. 57, 60 і 61 не можуть бути застосовані виправні роботи, арешт і обмеження волі, то у випадках, коли, крім цих видів покарань,

* Антипов В.В. Обставини, що виключають можливість застосування певних видів покарань: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 12.

санкція передбачає лише позбавлення волі (як у ч. 1 ст. 122 або ч. 2 ст. 185), суд, за відсутності можливості застосування штрафу (див. ст. 99 КК), зобов'язаний призначити тільки позбавлення волі. Це є своєрідною дискримінацією. Тому подібні вади кримінального закону підлягають подоланню.

3.6.5.5. Оскільки підстави притягнення особи до кримінальної відповідальності носять кримінально-матеріальний характер, то і підстави звільнення від неї та умови, які перешкоджають притягненню до неї, однією з яких є виняток із загального порядку реалізації кримінальної відповідальності, що отримав найменування **«імунітет»**, також мають бути визначені саме у КК, а не в кримінальному процесуальному законодавстві.

У КК задується лише про дипломатичний та схожі з ним імунітети. Тому слід погодитися з думкою про те, що загальнокримінальні імунітети (до яких цілком слушно відносити не лише дипломатичний, консульський, персоналу міжнародних організацій, осіб, що знаходяться під міжнародним захистом, а й президентський, парламентський, суддівський імунітети, імунітет інших службових осіб, свідоцький та інші імунітети, встановлені національним законодавством) мають отримати конкретний правовий статус у кримінальному законі, а саме у розділі, присвяченому звільненню від кримінальної відповідальності, оскільки наявність імунітету, якщо він не переборений, повинна розглядатися як легальна підстава звільнення від кримінальної відповідальності.

При цьому повинні бути відображені такі моменти: а) особа має імунітет в силу вказівки закону або міжнародної угоди; б) імунітет може бути переборений у встановленому порядку, наслідком чого буде настання кримінальної відповідальності на загальних підставах; в) час дії імунітету пов'язується з наявністю спеціального статусу особи, тобто втрата цього статусу тягне анулювання й імунітету.

Конституцією (ч. 1 ст. 80) і КПК (ст. 482) передбачено особливості порядку притягнення до кримінальної відповідальності народного депутата України – таке притягнення не може бути здійснено без згоди ВР.

Притягнення до кримінальної відповідальності у контексті ст. 482 означає повідомлення особі про підозру у вчиненні к.пр. Відповідно, втратило своє значення роз'яснення КС, що було дано в його Рішенні у справі про депутатську недоторканність від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99 та згідно з яким притягнення до кримінальної відповідальності як стадія кримінального переслідування починається з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину.

Згідно з Рішенням КС у справі про гарантії депутатської недоторканності від 26 червня 2003 р. № 12-рп/2003 положення ч. 1 ст. 80 Конституції України, за яким народним депутатам України гарантується

ся **депутатська недоторканність**, треба розуміти так, що вона як елемент статусу народного депутата України є конституційною гарантією безперешкодного та ефективного здійснення народним депутатом України своїх повноважень і передбачає звільнення його від юридичної відповідальності у визначених Конституцією України випадках та особливий порядок притягнення народного депутата України до кримінальної відповідальності.

Порядок розгляду питання про згоду на притягнення до кримінальної відповідальності народного депутата України визначаються ст.ст. 218–221 Регламенту Верховної Ради України.

Література

- Бурдін В.М. Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні. – К.: Атіка, 2004. – 240 с.
- Коновалова А.Ю. Види покарань для неповнолітніх за кримінальним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків: Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2012. – 20 с.
- Мельникова Э.Б. Ювенальная юстиция: проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии: Учебн. пособ. – М.: Дело, 2000. – 272 с.

Запитання та завдання

1. Чи згодні ви з необхідністю запровадження в Україні ювенальної юстиції? Обґрунтуйте свою відповідь.
2. Назвіть основні особливості заохочувальних заходів кримінально-правового впливу стосовно неповнолітніх.
3. Стосовно яких категорій осіб за законодавством України існують особливості кримінальної відповідальності та покарання? Які інші особливості було б доцільно запровадити?

Рекомендуємо прочитати

- Леонід Габишев «Одлян – повітря свободи».
- Тетяна Сулима «Павлик».
- Ан-Софі Брасм «Я дихаю».
- Рю Мураками «Діти із камери схову».

Радимо подивитись

- Первісний страх (США, 1996, режисер Грегорі Хобліт).
- Сплячі (США, 1996, режисер Баррі Левінсон).
- Генерали піщаних кар'єрів (США, 1971, режисер Холл Бартлетт).
- Небесні створіння (Нова Зеландія, Німеччина, 1994, режисер Пітер Джексон).
- Діти із камери схову (Франція, США, 2010, режисер Мікеле Чіветта).

Розділ 4

КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА ТА ПРОТИ СІМ'Ї

4.1. Кримінальні правопорушення проти життя та здоров'я особи

4.1.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти життя та здоров'я особи

4.1.1.1. Для самого початку розглянемо приклад із судової практики. Вироком Мостиського районного суду Львівської області від 5 червня 2007 р. засуджено К. за ч. 1 ст. 119 КК до п'яти років позбавлення волі, за ч. 2 ст. 189 КК до шести років позбавлення волі. Як визначив суд, підсудний своїми необережними діями заподіяв смерть іншій людині, тобто вчинив вбивство через необережність, а також вчинив дії, спрямовані на вимогу передачі йому чужого майна у вигляді грошових коштів, тобто вимагання з погрозою вбивства.

За обставинами справи «близько сьомої години 12 січня 2007 р. підсудний К., 1969 року народження, в с. Острожець Мостиського району, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, з метою вимагання коштів для придбання спиртного прийшов в господарство своєї матері, де, застосовуючи силу з метою залякування останньої, ривком відкрив вхідні двері будинку, знявши їх із завісів. В приміщенні він розбудив матір і почав вимагати в неї гроші. Отримавши відмову, К. вивів матір босою на подвір'я, для її залякування взяв господарський мішок, кілька цеглин і зв'язав їх дротом. При цьому весь час він погрожував матері, що в разі відмови дати йому гроші він втопить її у ставку. Отримавши категоричну відмову, К. взяв мішок з цеглинами і повів матір босою по дорозі від її господарства до ставка. На місці він прив'язав жіночою хусткою до шиї матері мішок з цеглинами і в результаті злочинної самонадіяності та передбачаючи можливість настання суспільно-небезпечних наслідків своїх дій, знехтувавши загальними правилами обережності, легковажно почав утримувати її за рукав з берега над водою та одночасно продовжував вимагати гроші до тих пір, поки мати випадково вирвалася з його руки і впала у воду, де й втопилася».

Суб'єктивну сторону вчиненого злочину суд з'ясував на основі допиту підсудного, зі слів якого «біля ставка він прив'язав матері мішок з цеглинами на шию, підвів її впритул до берега і взявши за одяг вище ліктя, назнув над водою, думаючи ще сильніше налякати її. Однак вона шарпнулася, і він не втримав її за руку, а тому вона впала з берега у воду. Він подумав, що вона сама зможе вийти з води, налякався та почав тікати, а коли зрозумів, що зробив погано, то повернувся, зайшов у воду і потягнув маму за ногу до берега, але вона не подавала ознак життя. Залишивши тіло у воді, втік». Протоколом огляду місця події підтверджено, що в ставку виявлено труп з прив'язаним до тіла мішком, в якому знаходилися три зв'язані цеглини, а висновком судово-медичної експертизи – що причиною смерті є механічна асфіксія внаслідок утоплення у воді*.

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 4383250 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

Отже, чим відрізняються між собою вбивство, вчинене через самовпевненість, і вбивство з непрямим умислом? Вольовим моментом – при непрямому умислі особа свідомо допускає, що наслідки настануть, а при самовпевненості – легковажно розраховує на їх відвернення.

Тож на що саме розраховував К. як доросла і психічно здорова людина? На те, що жінка похилого віку, якщо їй до шиї прив'язати мішка з трьома цеглинами і штовхнути її на глибину в крижану воду ставка, впливе? Ні. Чи на те, що мати була спортсменкою з плавання чи постійно займалась моржуванням? Ні. Чи на те, що в ставку було води по коліна? Також ні. Правильна відповідь одна: розраховувати на відвернення згаданих наслідків у вигляді утоплення і смерті матері у К. підстав не було. Тим більше, що всі його дії послідовно свідчили про наявність умислу: він, зламавши двері, увірвався в будинок, відверто погрожуючи вбивством шляхом втоплення, вимагав гроші, підготував для здійснення вбивства необхідні засоби, а потім буквально і швидко реалізував свою погрозу. Як вбивство через необережність могли б бути розцінені дії винного, наприклад, у випадках, якби жінка втопилась, раптом провалившись під лід ставка, або якби вона померла не від асфіксії, а від серцевого нападу, викликаного насильницьким зануренням в крижану воду, або якби, купаючись влітку, вона захлинулась, коли б її жартома занурили у воду з головою, тощо.

Зазначене означає, що насправді у розглядуваному випадку мало місце умисне вбивство, причому не просте, а вчинене з корисливих мотивів, і злочин мав бути кваліфікованим за п. 6 ч. 2 ст. 115 КК. ПВС у своїй постанові від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» (п. 6) роз'яснив, що як учинене з корисливих мотивів умисне вбивство кваліфікується в разі, коли винний, позбавляючи життя потерпілого, бажав одержати у зв'язку з цим матеріальні блага для себе (заволодіти грошима тощо). При цьому не має значення, чи одержав винний ту вигоду, яку бажав одержати внаслідок убивства.

4.1.1.2. Наведений вище приклад показує, що злочини з однією назвою «вбивство» можуть бути суттєво відмінними за своїми характером і тяжкістю. Саме тому ці злочини поділяють на види. Крім того, однакові діяння, такі як побиття, здавлювання шиї, насильницьке занурення людини в воду, за різних обставин можуть спричинити різні наслідки – побої, тілесні ушкодження різного ступеня або смерть. З огляду на те, що зазначені діяння схожі за своїм характером і суспільно небезпечними наслідками, усі їх об'єднано назвою «кримінальні правопорушення проти життя і здоров'я особи», і вони становлять вельми складну систему. Для того, щоб чітко відмежовувати схожі між собою к.пр. в межах цієї системи, корисно уявляти, як саме вона виглядає (**див. табл. 21**).

Таблиця 21. Система кримінальних правопорушень проти життя і здоров'я особи і статистика засудження за них у 2012–2013 рр.

Кримінальні правопорушення проти життя і здоров'я особи							
Злочини проти життя		Кримінальні правопорушення проти здоров'я			Кримінальні правопорушення, що ставлять у небезпеку життя та/або здоров'я, та інші медичні кр.п.		
Вбивство (ст.ст. 115–119)	Доведення до самогубства (ст. 120)	Тілесні ушкодження (ст.ст. 121–125)	Завдання фізичних та/або моральних страждань (ст.ст. 120, 126, 127, 129)	Зараження хворобами (ст. 130 і ст. 133)	Невиконання чи ненадане виконання обов'язків щодо охорони життя і здоров'я (ст.ст. 135, 136, 137)	Діяльність у медичній сфері, що ставить у небезпеку життя та/або здоров'я (ст.ст. 131, 134, 138, 139, 140–144)	Інші медичні кр.п. (ст.ст. 132, 145)
Кількість засуджених							
1661/1578 осіб (10,3–15,5%)	3/4 особи	8512/12522 осіб (5,2–4,9%)	595/ 411 осіб (2,7–5,5%)	6/3 особи	Загалом 49/75 осіб (приблизно 0,5% щороку)		

Усього за даними ДСА у 2012/2013 рр. за к.пр., передбачені розділом II Особливої частини КК, засуджено 10826/15332 осіб.

Говорячи про кількість вбивств, треба мати на увазі і таке. Точну кількість вбивств, що вчиняються щорічно в країні, не знає ніхто. Статистична погрішність є дуже великою, оскільки як вбивства не враховується смертність від так званих «симптомів, ознак і відхилень від норми», «неуточнених насильницьких смертей», що настали внаслідок «нещасних випадків, отруєнь і травм», від «ушкоджень із невизначеними намірами». Щороку знаходять сотні невістановлених трупів. Статистика вбивств не враховує зниклих безвісти, а серед них є вбиті, просто їх трупи вже не знайдуть або знайдуть дуже нескоро. Якщо під час фактичного замаху на життя людина була поранена і померла через кілька днів або тижнів, то і цей злочин навряд чи потрапить у статистику вбивств, бо за законом не вважається вбивством умисне заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого. Іноді мають місце судові помилки, коли замість умисного вбивства особу засуджують за вбивство через необережність.

4.1.1.3. У свою чергу перелічені вище в табл. 21 види к.пр. також поділяються – за різними критеріями – на відповідні різновиди.

Так, вбивства за критерієм форми вини поділяються на умисні і необережні, а за критерієм тяжкості – на: а) просте умисне вбивство; б) умисне вбивство за обтяжуючих обставин; в) умисне вбивство за пом'якшуючих обставин (вчинене в стані сильного душевного хвилю-

вання; матір'ю своєї новонародженої дитини; при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання особи, яка вчинила к.пр.).

Доведення до самогубства, тілесні ушкодження, зараження хворобами, відповідні медичні злочини тощо також можуть бути умисними або необережними. Про поділ їх на види за іншими критеріями поговоримо нижче.

Утім, можливі й інші класифікації відповідних к.пр. Адже КК України не є зразковим кодексом або кодексом, в якому втілені непохитні аксіоми чи закони природи.

Наприклад, у КК Франції (розділ II Книги 2) прямо визначена така досить чітка система посягань на життя і здоров'я людини:

– посягання на життя (глава I): умисні (відділ I) і неумисні (відділ II);

– посягання на фізичну чи психічну недоторканність особи (глава II): умисні: тортури і акти жорстокості; насильницькі дії; погрози (відділ I), – і неумисні (відділ II);

– поставлення людини у небезпеку (глава III): створення ситуацій, небезпечних для інших осіб (відділ I); залишення у небезпеці особи, яка не здатна себе захистити (відділ II); перешкоджання рятувальним заходам і ненадання допомоги (відділ III).

4.1.1.4. Починаючи з 20 листопада 2012 р., коли набрав чинності новий КПК, значна кількість к.пр. проти здоров'я особи, а також тих, що ставлять у небезпеку життя та/або здоров'я, потрапила в категорію таких, кримінальне провадження стосовно яких не може бути порушено, якщо немає спеціальної заяви потерпілого (кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення). Відповідно до ст. 477 КПК така заява потрібна для порушення кримінального провадження щодо:

– умисного завдання тілесних ушкоджень (ч. 1 ст. 122, ст. 125), удару, побоїв або вчинення інших насильницьких дій (ч. 1 ст. 126), погрози вбивством (ч. 1 ст. 129), розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ст. 132), зараження венеричною хворобою (ч. 1 ст. 133), залишення в небезпеці (ч. 1 ст. 135), ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані (ч. 1 ст. 136), ненадання допомоги хворому медичним працівником (ч. 1 ст. 139), незаконного проведення дослідів над людиною (ч. 1 ст. 142), незаконного розголошення лікарської таємниці (ст. 145);

– умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження (ч. 2 ст. 122), побоїв і мордування, крім як вчинених групою осіб (ч. 2 ст. 126), необережного тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження (ст. 128), свідомого поставлення іншої особи в небезпеку зараження ВІЛ чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ч. 1 ст. 130), – якщо вони вчинені чоловіком (дружиною) потерпілого.

4.1.2. Кримінальні правопорушення проти життя особи

4.1.2.1. Найбільш поширеними, типовими випадками необережного вбивства, судячи з кількох десятків вивчених нами судових справ, є вчинені без умислу на заподіяння смерті людині: нанесення одиничного удару кулаком в груди чи живіт, від якого сталась зупинка серця; поштовх, від якого потерпілий впав і вдарився головою об камінець, бордюр, сходи чи інший твердий предмет і помер; здійснення пострілу на полюванні і влучення кулі в іншого мисливця чи сторонню людину; вдавнення немовля дорослою людиною вагою власного тіла під час сну на ліжку; невтримання мокрого немовля у ванні, внаслідок чого воно впало на підлогу і забилося, тощо.

Необережне вбивство слід відрізнати від казусу (випадку), коли вини особи немає. Наприклад, К. засуджено вироком Хорольського районного суду Полтавської області від 27 листопада 1995 р. За обставинами справи він близько другої години ночі, почувши гавкіт собак і вийшовши у двір власного будинку, побачив кількох осіб, які у нього в городі рвали мак. Бажаючи перепинити їхні злочинні дії, він зробив два постріли з рушниці вгору з тим, щоб заряди дробу пройшли над їхніми головами. Внаслідок одного з пострілів дробовий заряд влучив у Н., який стояв на значній відстані від К. – біля сусіднього будинку. Від одержаного вогнепального поранення голови Н. помер у лікарні наступного дня. Судова колегія в кримінальних справах ВС ухвалою від 12 червня 1997 р. скасувала судові рішення щодо К. і закрила справу за відсутності в його діях складу злочину, зазначивши: К. не мав реальної можливості передбачити попадання дробового заряду в іншу особу, яка була за межами видимості, а тому його вина в необережному вбивстві виключається.*

З іншого боку, не всі випадки настання смерті людини через проявлену необережність слід кваліфікувати саме як вбивство через необережність, передбачене ст. 119 КК. Якщо смерть потерпілого настала, наприклад, в результаті незаконного проведення абортів, залишення в небезпеці, ненадання допомоги хворому медичним працівником або порушення ПДР, то діяння кваліфікується тільки за статтею Особливої частини КК, що передбачає відповідний спеціальний склад к.пр. (ч. 2 ст. 134, ч. 3 ст. 135 або ч. 2 ст. 139, частини 2 або 3 ст. 286 КК).

4.1.2.2. **Просте умисне вбивство**, передбачене ч. 1 ст. 115 КК, означає вбивство без обтяжуючих ознак, передбачених ч. 2 ст. 115, і, навпаки, без пом'якшуючих ознак, передбачених ст.ст. 116–118. Як просте зазвичай розглядають вбивство з помсти, ревнощів, інших мотивів, пов'язаних з особистими стосунками винного з потерпілим, вбивство, що розпочалось з обопільної сварки чи бійки, тощо.

* Рішення Верховного Суду України. – 1999. – 20 квітня.

Але вбивство з ревнощів слід відрізнити від вбивства в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок тяжкої образи з боку потерпілого, яке визнається привілейованим видом вбивства (ст. 116), а вбивство з помсти – від вбивства особи у зв'язку з виконанням нею службового чи громадського обов'язку (п. 8 ч. 2 ст. 115), яке навпаки є вбивством за обтяжуючих обставин. Так само вбивство, вчинене під час бійки, насправді може виявитись більш суспільно небезпечним вбивством з хуліганських мотивів (п. 7 ч. 2 ст. 115) чи вбивством з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості (п. 14 ч. 2 ст. 115), або менш суспільно небезпечним вбивством при перевищенні меж необхідної оборони (ст. 118); вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини (ст. 117) – вбивством малолітньої дитини (п. 2 ч. 2 ст. 115) тощо.

Умисне вбивство за обтяжуючих обставин (ч. 2 ст. 115 КК) передбачає наявність обставин, які значно підвищують ступінь і характер його суспільної небезпеки. Серед згаданих обставин можна виділити такі, що стосуються:

- потерпілого – вбивство: двох або більше осіб; малолітньої дитини або жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності; заручника або викраденої людини;

- способу – вбивство, вчинене: з особливою жорстокістю; способом, небезпечним для життя багатьох осіб;

- мотиву чи мети – вбивство: з корисливих мотивів; з хуліганських мотивів; особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку; з метою приховати інше к.пр. або полегшити його вчинення; з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості;

- суб'єкта – вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство, за винятком вбивства, передбаченого ст.ст. 116–118 КК;

- сукупності ознак – вбивство: поєднане із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом; вчинене за попередньою змовою групою осіб; вчинене на замовлення.

Конкретні рекомендації стосовно того, як відрізнити просте умисне вбивство від умисного вбивства за обтяжуючих обставин і за пом'якшуючих обставин, умисне вбивство від необережного вбивства, умисне вбивство від тяжкого тілесного ушкодження, яке згодом спричинило смерть потерпілого, містяться, зокрема, в роз'ясненнях судів касаційної інстанції та судових рішеннях в конкретних справах, науково-практичних коментарях до КК, наукових монографіях, спеціально присвячених цим питанням.

У конкретних справах суди з приводу вбивства з особливою жорстокістю визначились, що: умисне вбивство шляхом спалення потерпілого є вбивством з особливою жорстокістю, а знищення трупа шляхом спалення з метою приховування злочину не може розглядатися як ознака особливої жорстокості; особливо жорстоким є вбивство, вчинене у присутності близьких

потерпілому осіб, коли винний усвідомлював, що такими діями спричиняє особливі страждання останнім*. Або, скажімо, з приводу вбивства на замовлення ПВС у постанові від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» (п. 15) зазначив, що ним є умисне позбавлення життя потерпілого, здійснене особою (виконавцем) за дорученням іншої особи (замовника); таке доручення може мати форму наказу, розпорядження, а також угоди, відповідно до якої виконавець зобов'язується позбавити потерпілого життя, а замовник – вчинити в інтересах виконавця певні дії матеріального чи нематеріального характеру або не вчинювати їх.

Можливими є випадки засудження особи за умисне вбивство, вчинене за сукупністю кількох ознак, наприклад, з особливою жорстокістю, з корисливих мотивів і за попередньою змовою групою осіб. Тоді кваліфікація здійснюється одночасно за пунктами 4, 6 і 12 ч. 2 ст. 115 КК. Покарання, зрозуміло, призначається одне, але при його призначенні суд враховує наявність у діях винного кількох кваліфікуючих ознак умисного вбивства як обставин, що впливають на ступінь тяжкості вчиненого злочину.

4.1.2.3. Певною проблемою є покарання за вбивство – найтяжчий злочин проти людини. Всупереч очікуванням суспільства, що вбивць карають досить жорстоко, дані ДСА свідчать про інше (див. табл. 22).

Таблиця 22. **Статистика покарань за умисні вбивства у 2012–2013 рр.**

Стаття КК і покарання, передбачене санкцією	Фактично призначене покарання	
	2012 р.	2013 р.
Частина 1 ст. 115 КК (позбавлення волі на строк від 7 до 15 років)	Із 974 осіб 45 засуджено до позбавлення волі на строк від 3 до 5 років, 5 осіб – на строк від одного до 3 років (одна особа відбулася арештом)	Із 876 осіб 45 засуджено до позбавлення волі на строк від 3 до 5 років, 6 осіб – на строк від одного до 3 років
Частина 2 ст. 115 КК (позбавлення волі на строк від 10 до 15 років або довічне)	Із 421 осіб 50 засуджено до довічного позбавлення волі і 301 – до позбавлення волі на строк понад 10 років. 60 осіб засуджено до позбавлення волі на строк від 5 до 10, 9 осіб – від 3 до 5 років (одну особу звільнено від покарання з випробуванням)	Із 389 осіб 50 засуджено до довічного позбавлення волі і 259 – до позбавлення волі на строк понад 10 років. 77 осіб засуджено до позбавлення волі на строк від 5 до 10, 2 особи – від 3 до 5 років
Інші види вбивств – ст.ст. 116–119	Із 269 осіб 109 (40,5%) звільнені від покарання, 39 (14,5%) засуджені до обмеження волі, і тільки 114 (45,0%) – до позбавлення волі	Із 313 осіб 161 (51,4%) звільнені від покарання, 27 (8,6%) засуджені до обмеження волі, і 123 (39,3%) – до позбавлення волі

* Кримінальне право України. Судові прецеденти (1864–2007 рр.) / За ред. В.Т. Маляренка. – К.: Освіта України, 2008. – 1104 с. (С. 411–413).

4.1.2.4. Навряд чи правильною є позиція українського законодавця, який прирівнює вбивство, вчинене із співчуття і за наявності серйозного та наполегливого прохання безнадійно хворої людини, яка повсякчас відчуває неймовірного болю, до простого вбивства. Іншим крайнім випадком є приклади Голландії, Бельгії і деяких інших держав, в яких невиліковно хворі особи мають право на добровільну відмову від життя; при цьому активну евтаназію здійснюють сімейні лікарі, часто в домашніх умовах.

В деяких державах за евтаназію встановлено кримінальну відповідальність. Щоправда, цей правовий феномен визначається дещо по-різному. Наприклад, у КК Швейцарії – як вбивство із співчуття за наявності серйозного і наполегливого прохання потерпілого, а в КК Польщі – вбивство людини: а) під впливом співчуття до неї або б) на її прохання. Згідно з КК Польщі за «виняткових обставин» суд має право застосувати надзвичайне пом'якшення покарання або навіть звільнити винного від його призначення (ст. 150). Утім, ця норма, як і аналогічні норми в інших КК, прямо не виключає можливості відповідної кримінально-правової привілеї для особи, яка навіть і на прохання потерпілого вбиває малолітню або душевнохвору особу, або особу, яка завідомо для винного перебуває під впливом обману, примусу тощо.

Тому більш обґрунтовано видається позиція молдовського законодавця, який розглядає евтаназію – позбавлення життя особи у зв'язку з невиліковою хворобою чи нестерпністю фізичних страждань за бажанням особи, а стосовно неповнолітнього – за бажанням його родичів, як вбивство за пом'якшуючих обставин (ст. 148). (Про евтаназію див. також п. 2.7.2.4 цього посібника).

4.1.2.5. **Доведення до самогубства**, як й інші злочини проти життя, також має своїм наслідком смерть людини. Але вбивство – це протиправне заподіяння смерті іншій людині, а при самогубстві потерпілий за власною волею сам позбавляє себе життя. Слід мати на увазі, що ставлення винної особи до самогубства як наслідку вчинюваного нею доведення до самогубства може бути як умисним, так і необережним: в одному випадку самогубство є метою винної особи, в іншому – певною несподіванкою для неї. Для кваліфікації злочину це значення не має, але може бути враховано судом при визначенні покарання, звільненні від покарання тощо.

Схожість умисного доведення до самогубства і умисного вбивства полягає і в тому, що в обох випадках винна особа користується певними засобами. Проте для вбивства обираються засоби, які діють напевно і заподіюють смерть як правило через вплив безпосередньо на організм людини (зброя, отрута, вибухова речовина тощо), а для доведення до самогубства – засоби, які впливають на психіку. Це: жорстоке поводження; шантаж; примус до протиправних дій; систематичне припинення людської гідності.

Вироком Суворовського районного суду м. Одеси від 12 червня 2012 р. О. засуджено за ч. 1 ст. 120 КК. За обставинами справи протягом кількох років підсудний, проживаючи разом з Н., неодноразово перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, жорстоко з нею поводився, застосовував фізичне насильство, систематично принижував її гідність. Вночі 2 березня 2008 р. О. висловлював Н. погрози вбивством, образи і душив її за шию. За допомогою своєї матері Н. звільнилась, вибігла в лоджію квартири, розташованої на 9 поверсі, і зіскочила з підвіконня лоджії вниз. В результаті падіння Н. отримала тілесні ушкодження, несумісні з життям.*

Доведення до замаху на самогубство, яке кваліфікується так само за ст. 120 КК, означає доведення потерпілої особи до спроби вчинити самогубство. При цьому той факт, що внаслідок такої спроби потерпілий випадково не отримав ані тілесних ушкоджень, ані іншої шкоди здоров'ю, на кваліфікацію не впливає і може бути врахований при визначенні покарання, звільненні від покарання тощо.

Схиляння до самогубства і надання допомоги при самогубстві відповідно до законодавства не є кримінально караними діями. Водночас схиляння до самогубства, якщо воно систематично вчинювалось стосовно малолітньої дитини чи особи з певними особливостями психіки і спричинило самогубство, за певних обставин може бути розцінене як умисне вбивство. Схиляння до самогубства і надання допомоги при самогубстві може бути проявом проповідування релігійних віровчень чи релігійних обрядів; і якщо воно здійснюється, наприклад, керівником відповідної релігійної групи, то відповідальність за це передбачена ст. 181 КК.

В деяких державах закон прямо передбачає відповідальність за схиляння до самогубства і надання допомоги при самогубстві (КК Австрії, Болгарії, Італії, Іспанії, Литви, Норвегії, Польщі, Сан-Марино, Угорщини, Франції, Швейцарії). Згідно з КК Сан-Марино підбурювання до самогубства дитини віком до 14 років або недієздатної людини карається як вбивство.

4.1.3. Кримінальні правопорушення проти здоров'я особи

4.1.3.1. Перша група к.пр. проти здоров'я – це тілесні ушкодження.

Серед **тілесних ушкоджень** – за критеріями форми вини і тяжкості – КК виділяє:

- 1) умисне тяжке тілесне ушкодження: просте (ч. 1 ст. 121); за обтяжуючих обставин (ч. 2 ст. 121); за пом'якшуючих обставин (ст. 123 і ст. 124);
- 2) умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження (ст. 122);
- 3) умисне легке тілесне ушкодження: з короткочасним розладом здоров'я або незначною втратою працездатності (ч. 2 ст. 125); без таких наслідків (ч. 1 ст. 125);

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 24559060 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

4) необережне тілесне ушкодження: тяжке і середньої тяжкості (ст. 128). Відповідальність за необережне легке тілесне ушкодження КК не встановлює.

Ці тілесні ушкодження розрізнити між собою досить легко тому, що існують чіткі критерії градації, побудовані з урахуванням досягнень медичної науки (йдеться про Правила судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень, затв. наказом МОЗ від 17 січня 1995 р. № 6, Критерії встановлення ступеня стійкої втрати професійної працездатності, затв. наказом МОЗ від 5 серпня 1998 р. № 238), і в усіх випадках тяжкість тілесних ушкоджень відповідно до кримінального процесуального закону визначається слідчим, прокурором і судом не довільно, а на основі висновку судово-медичної експертизи.

Тілесне ушкодження може бути визнане **тяжким** лише за умови, що воно характеризується хоча б однією з таких ознак: 1) небезпечність для життя в момент заподіяння; 2) спричинення втрати будь-якого органу чи його функцій; 3) спричинення психічної хвороби; 4) спричинення іншого розладу здоров'я, поєднаного зі стійкою втратою працездатності не менш як на одну третину; 5) переривання вагітності; 6) непоправне знівечення обличчя.

Більшість названих ознак не має значення для відмежування цього к.пр. від суміжних.

Таке значення має лише ознака «інший розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втратою працездатності не менш як на одну третину». Зокрема, за цією ознакою тяжке тілесне ушкодження відрізняється від тілесного ушкодження середньої тяжкості.

Розлад здоров'я – це безпосередньо пов'язаний з ушкодженням хворобливий процес. Стійка (постійна) втрата загальної працездатності – це необоротна втрата функції, яка повністю не відновлюється. Фактично йдеться про інвалідність (наприклад, деформація суглоба руки, укорочення ноги, значне зниження зору чи слуху тощо). Можна уявити, яке це значення може мати для реалізації права працівника на працю, на відпочинок тощо.

Вважається, що **повна втрата працездатності** – це настання пенсійного віку (старість). Отже, «не менше ніж на 1/3» – це, умовно кажучи, несподіване і різке наближення до старості. Але слід мати на увазі, що професійна, спеціальна, обмежена, часткова чи інші види працездатності тут не враховуються (тобто не враховується, скажімо, був потерпілий музикантом чи спортсменом, чи працював він в особливих кліматичних умовах, чи був він раніше калікою тощо). Розміри стійкої (постійної) втрати загальної працездатності при ушкодженні встановлюються після наслідку ушкодження, що визначався на підставі об'єктивних даних з урахуванням документів, якими керується у своїй роботі медико-соціальна експертна комісія (МСЕК).

Небезпечними для життя є ушкодження, які в момент заподіяння чи в клінічному перебігу через різні проміжки часу спричиняють загрозові для життя явища, і які без надання медичної допомоги, за звичайного свого перебігу, закінчуються чи можуть закінчитися смертю.

Це, наприклад, ушкодження, що проникають у черепну порожнину, ушкодження живота з проникненням у черевну порожнину, усі види механічної асфіксії, що супроводжувалися комплексом розладів функції центральної нервової системи, серцево-судинної системи та органів дихання, та багато інших.

Втрата будь-якого органа або втрата органом його функцій означає втрату: зору; слуху; язика; руки; ноги; репродуктивної здатності.

Ушкодження кваліфікується як тяжке тоді, коли воно потягло розвиток психічного захворювання, незалежно від його тривалості і ступеня виликновності.

Переривання вагітності може бути спричинене шляхом нанесення пошкодження, застосування отруйних речовин тощо. Переривання вагітності визнається тяжким тілесним ушкодженням незалежно від її строку.

Непоправним знівечення обличчя (внаслідок обливання кислотою, кип'ятком, обрізання вух, губ чи носа) визнається у випадках, коли ушкодження обличчя потерпілого надає обличчю страхітливий вигляд, крім фізичної шкоди, спричиняє потерпілому психічну травму і не може бути виправлене без хірургічного втручання.

На відміну від тяжкого тілесного ушкодження **тілесне ушкодження середньої тяжкості** визнається таким, якщо воно не є небезпечним для життя, не містить інших ознак тяжкого тілесного ушкодження, але спричинило тривалий розлад здоров'я (строком понад 21 день) або значну стійку втрату працездатності менш як на одну третину (йдеться про втрату загальної працездатності від 10% до 33% включно).

Іноді потерпілі навмисно намагаються лікуватися більше ніж 21 день (симулюють або агравують хворобу) – спеціально для того, щоб штучно створити підстави для притягнення певної особи до кримінальної відповідальності, хоча насправді тілесне ушкодження, яке вони мають, може бути виліковано протягом одного–двох тижнів. З цього приводу в Правилах судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень (пункти 4.6–4.7) відзначається: «4.6. Судово-медичний експерт, оцінюючи строки порушення анатомічної цілості тканини і органів та їх функцій, виходить із звичайної їх тривалості. Якщо тривалість цього порушення, що зазначена в наявних медичних документах, не відповідає характеру тілесного ушкодження і не підтверджується об'єктивними відомостями, судово-медичний експерт відзначає цю обставину і встановлює ступінь тяжкості, виходячи із звичних термінів. Загострення попередніх захворювань після заподіяння тілесного ушкодження, а також інші наслідки ушкодження, що обумовлені не власне характером цього ушкодження, а випадковими обставинами (напри-

клад, алкогольним сп'янінням), індивідуальними особливостями організму (наприклад, гемофілією), дефектами надання медичної допомоги тощо, не повинні враховуватися при оцінці ступеня тяжкості».

Легке тілесне ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності, характеризується тим, що при його заподіянні потерпілому спричиняються короткочасний розлад здоров'я або незначна стійка втрата працездатності (короткочасним визнається розлад здоров'я тривалістю понад 6 днів, але не більш як 21 день, а незначною стійкою втратою працездатності – втрата загальної працездатності до 10%).

Згідно з вивченими нами судовими справами в реальному житті це бувають: закрыта черепно-мозкова травма, струс головного мозку незначної сили, відколювання частини зуба, забій губи, закритий перелом кісток носа, множинні синці обличчя і тіла, посттравматичний неврит слухового нерва, тугоухість I ступеню, гострий посттравматичний отит.

Відсоток втрати працездатності визначається судово-медичною експертизою з урахуванням нормативно визначених МОЗ критеріїв встановлення ступеня стійкої втрати професійної працездатності.

Легким тілесним ушкодженням, що не спричинило таких наслідків, як короткочасний розлад здоров'я або незначна втрата працездатності, є ушкодження, що має скороминущі наслідки, тривалістю не більш як 6 днів (синець, подряпина, незначна забійно-рвана рана, крововилив тощо, які швидко загоюються). Але не завжди це к.пр. може бути таким невинним, як це здавалося б на перший погляд.

Наприклад, Ореховський районний суд Запорізької області 7 грудня 2011 р. за ч. 1 ст. 125 КК засудив П., який умисно заподіяв тілесні ушкодження своїм малолітнім дітям у зв'язку з їхньою неслухняністю. За обставинами справи П. 14 квітня 2011 р., будучи в стані алкогольного сп'яніння, перебуваючи в приміщенні свого будинку, наніс своєму малолітньому синові кілька ударів кулаком в голову, чим заподіяв останньому тілесні ушкодження у вигляді синця в області лоба. Наступного дня він, знову будучи в стані алкогольного сп'яніння, наніс своїй п'ятирічній доньці удари кулаком і пластмасовою вибивалкою в обличчя, чим заподіяв тілесні ушкодження у вигляді забиття і садна правої скроневої області.*

4.1.3.2. Друга група к.пр. проти здоров'я – **завдання фізичних та/або моральних страждань**. Згідно з КК воно має такі види:

- 1) удар, побої та інші насильницькі дії, що завдали фізичного болю (ч. 1 ст. 126);
- 2) мордування (ч. 2 ст. 126);
- 3) катування (ст. 127);

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 23835898 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

4) погроза вбивством (ст. 129);

5) доведення до замаху на самогубство (ст. 120).

Зазвичай на практиці не виникає труднощів з відмежуванням побоїв від тілесних ушкоджень, погрози вбивством від доведення до замаху на самогубство тощо.

Що стосується **мордування**, то воно становить собою насильницькі дії, які полягають у багаторазовому або тривалому спричиненні болю (щипання, шмагання, завдання численних, але невеликих ушкоджень, дія термічних факторів тощо). Питання про те, чи мали насильницькі дії характер мордування, вирішується на підставі судово-медичної експертизи з урахуванням характеру, локалізації, кількості ушкоджень, особливостей ушкоджуючих предметів, механізму їхньої дії тощо.

Від мордування слід відрізнити більш тяжкий злочин – **катування**. З об'єктивної сторони він характеризується: 1) діями – нанесенням побоїв, мученням або іншими насильницькими діями, у т.ч. притаманними для мордування; 2) наслідками у вигляді заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання; 3) причинним зв'язком між вказаними діями і наслідками.

Із обов'язкових для України актів міжнародного законодавства, які визнають катування одним з видів жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання, впливає, що загалом поняття «інші насильницькі дії» повинно тлумачитися якомога більш широко з тим, щоб охопити собою усі можливі причини заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання.

Так, у ст. 1 Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, вказується, що термін «катування» означає «будь-яку дію, якою будь-якій особі навмисне заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне», і в цей термін не включаються тільки «біль або страждання, що виникли внаслідок лише законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи спричиняються ними випадково».

Згідно з приміткою до принципу 6 Зводу принципів захисту всіх осіб, що підлягають затриманню або ув'язненню в будь-якій формі, термін «жорстокі, нелюдські чи такі, що принижують гідність, види поводження або покарання» повинен тлумачитися таким чином, щоб забезпечити, по можливості, найбільш широкий захист проти зловживань фізичного чи психологічного характеру, в тому числі утримання затриманої чи ув'язненої особи в умовах, які позбавляють її, тимчасово або постійно, будь-якого із її природних почуттів: зору, слуху, просторової або часової орієнтації, та які можуть викликати стрес, почуття жаху чи неспокою, здатні принизити чи образити її, зломити її фізичний чи моральний опір.

В окремих актах ЄСПЛ зазначається, що до актів катування та іншого жорстокого, нелюдського і такого, що принижує гідність, поводження треба відносити такі, як позбавлення сну, харчування і води, багатогодинне стояння біля стіни, одягання капюшонів, утримання в приміщенні з постійним та голосним звуком або у підвалі, де особа ризикує наразитися на небезпеку нападу щурів, розлучення матері з немовлям, поміщення здорової людини до психічно хворих тощо; принижуючими гідність людини визнаються такі дії, як огоління голови, виставлення оголеної людини на очі інших людей, примушування одягатися так, щоб це викликало насмішки, примушування їсти неїстівні речовини тощо.

Оцінка акту як жорстокого, нелюдського і такого, що принижує гідність, поводження залежить від сукупності таких обставин, як тривалість та інтенсивність відповідного поводження, його наслідки для здоров'я людини, стать, вік, попередній стан здоров'я та інші індивідуальні особливості потерпілого.

Суд визнав порушенням ст. 3 («Заборона катування») Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: застосування фізичної сили до особи, позбавленої волі, яке не було вкрай необхідним через її власну поведінку і яке спричинило завдання кількох синців на тілі потерпілого; дев'ятимісячне утримання потерпілого у камері, насиченій тарганами, клопами і вошами, де на особу припадало від 1,3 до 2,5 кв. м, через перевищення норм утримання потерпілий мусив ділити ліжку з іншим затриманим, було відсутнє достатнє світло; тривале утримання потерпілого під вартою в погано провітрюваній одиночній камері без доступу природного світла, де він був позбавлений контактів з іншими в'язнями та газет, іноді з позбавленням його необхідного лікування та їжі або з видачею їжі, непридатної для споживання; утримання в одиночній камері, де не вистачало світла і не було можливостей дотримуватися гігієни (за відсутності туалету ув'язнений вимушений був користуватися відром), до того ж перед примусово погодили головою.

Очевидно, що за ознаками об'єктивної сторони катування важко було б відрізнити від інших к.пр. Для акцентуванні на специфічності цього злочину законодавець характеризує його спеціальною **метою**, яка може мати чотири різновиди: 1) примусити потерпілого або іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, у т.ч. отримати від нього або іншої особи відомості чи визнання; 2) покарати його чи іншу особу за дії, вчинені ним чи іншою особою, або у вчиненні яких він чи інша особа підозрюється; 3) залякати його чи інших осіб; 4) дискримінувати його чи інших осіб.

При цьому термін «покарати» слід тлумачити широко, як застосування до особи будь-яких заходів, які нагадують одне з існуючих або таких, що існували в історичному минулому, кримінальних покарань або адміністративних чи дисциплінарних стягнень, у т.ч. так званих тілесних покарань.

Дискримінація означає обмеження прав людини чи групи людей за певною ознакою (ознакою раси, кольору шкіри, національності, рідної мови, політичних чи релігійних переконань, соціального походження,

майнового стану, роду занять, місця народження чи проживання, статі, сексуальної орієнтації, віку, інвалідності, стану здоров'я тощо) або переслідування їх через наявність зазначених ознак.

Мета отримати від потерпілого або іншої особи відомості чи визнання конкретизується законодавцем тому, що така мета є найбільш поширеною. Що ж до інших дій, що суперечать волі потерпілого або іншої особи, примушування до яких є метою цього злочину, то ними можуть бути будь-які дії, до яких особу спонукають. Але при цьому слід мати на увазі, що насильницькі дії, які вчиняються з метою примусити людину до конкретної поведінки (певних дій), відповідно до КК кваліфікуються за іншими статтями, що передбачають спеціальні склади такого примушування. Йдеться, зокрема, про примушування людини до вилучення у неї органів чи тканин (частини 2 чи 3 ст. 143), примушування до вступу у статевий зв'язок (ст. 154), примушування неповнолітніх до участі у створенні порнографічних предметів (ч. 3 ст. 301) тощо.

Суб'єкт катування загальний. Як правило, це особа, яка здійснює контроль над потерпілим, а останній перебуває від неї у певній залежності. Так, тією чи іншою мірою можуть залежати: неповнолітні від батьків, усиновлювачів, опікунів, піклувальників та вихователів, хворі – від медичного персоналу та від інших осіб, які турбуються про них, підлегли – від начальників, підозрювані та обвинувачені – від слідчих тощо. У частині визначення суб'єкта цього злочину ст. 127 КК не зовсім узгоджена з положеннями Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 1 цієї Конвенції суб'єктом катування можуть бути тільки державні посадові особи чи інші особи, які виступають як офіційні.

4.1.3.3. Третя група – **зараження хворобами** – передбачає зараження: 1) невиліковною інфекційною хворобою (ст. 130) і 2) венеричною хворобою (ст. 133). Ці к.пр. в різних їх формах з суб'єктивної сторони характеризуються різними формами вини, наприклад: свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження (ч. 1 ст. 130) – тільки умислом (тобто необережне поставлення в небезпеку зараження не є кримінально караним), а зараження іншої особи вірусом невиліковної інфекційної хвороби (частини 2 і 3 ст. 130) – умислом або самопевненістю.

Вироком Костянтинівського міськрайонного суду Донецької області від 25 липня 2012 р. Ц. засуджено за ч. 1 ст. 130 КК. За обставинами справи 16 лютого 2006 р. Ц. була поставлена на диспансерний облік у міському відділенні з профілактики і лікування ВІЛ-інфікованих і хворих на СНІД з діагнозом ВІЛ-інфекція, 4 клінічна стадія. 10 лютого 2006 р. вона була письмово попереджена про необхідність дотримання гігієнічних правил з метою ви-

ключення можливості передачі нею інфекції іншим особам і про кримінальну відповідальність за зараження вірусом ВІЛ. Однак з літа 2010 р. Ц. спільно проживала без реєстрації шлюбу з П., а з грудня 2011 р. – з Р, яких не повідомила про те, що вона є ВІЛ-інфікованою. Під час проживання з П., а потім з Р. вона неодноразово вступала з ними у статевий зв'язок, не використовуючи засоби контрацепції – презервативи, тим самим поставила П. і Р. у небезпеку зараження ВІЛ-інфекцією і СНІДом*.

4.1.3.4. Цікавою є проблема кримінальної відповідальності за **участь у бійці** – фізичному зіткненні трьох і більше осіб із взаємним нанесенням тілесних ушкоджень. Важливою ознакою суб'єктивної сторони цього к.пр., яке дозволяє відмежувати його від суміжних (наприклад, від тілесних ушкоджень чи заподіяння смерті через необережність), є те, що умисел суб'єкта спрямований тільки на участь у бійці. Згідно з вітчизняною судовою практикою у деяких випадках такі дії кваліфікуються за статтями КК, що передбачають відповідальність за хуліганство або заподіяння тілесних ушкоджень. Але непоодинокими є випадки, коли внаслідок зіткнення у бійці двох великих груп осіб (на практиці бувають бійки «стінка на стінку» або інші, в яких беруть участь від кількох осіб до кількох десятків осіб), фактично неможливо буває встановити, від чийх саме ударів настала смерть потерпілих, або їм заподіяні тяжкі тілесні ушкодження; інколи їх причиною є сукупність ударів, нанесених багатьма особами; при цьому жодна з осіб, які брали участь у побитті, не бажала настання саме таких тяжких наслідків. Саме для таких випадків слід було б криміналізувати участь у бійці або нападі.

*Відповідальність за участь у бійці передбачена у КК Польщі, ФРН, Австрії, Італії, Іспанії, Норвегії та ін. Згідно з КК Швейцарії к.пр. визнається участь у бійці, якщо вона призвела до смерті людини чи до заподіяння їй тілесного ушкодження (ст. 133). При цьому той, хто лише захищається або рознімає тих, хто б'ється, не карається. Верховний Суд ФРН визначив, що норма про участь у бійці спрямована на захист життя і здоров'я усіх осіб, які були піддані небезпеці внаслідок бійки**.*

4.1.4. Кримінальні правопорушення, що ставлять у небезпеку життя та/або здоров'я особи, та інші медичні кримінальні правопорушення

4.1.4.1. На початку цього підрозділу ми визначились із класифікацією відповідних к.пр. Отже, до к.пр., що ставлять у небезпеку життя та/або здоров'я особи, та інших медичних к.пр. відносяться такі (**див. табл. 23**).

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 25386281 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

** Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М., 2004. – С. 394.

Таблиця 23. Система кримінальних правопорушень що ставлять у небезпеку життя та/або здоров'я особи, та інших медичних кримінальних правопорушень

Кримінальні правопорушення, що ставлять у небезпеку життя та/або здоров'я особи	Інші медичні к. пр.	
Діяльність поза медичною і фармацевтичною сферою	Діяльність у медичній чи фармацевтичній сфері	
Невиконання чи неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя і здоров'я	Діяльність у медичній чи фармацевтичній сфері, що ставить у небезпеку життя та/або здоров'я	Діяльність у медичній сфері, що не ставить у небезпеку життя та/або здоров'я (різні види розголошення інформації у сфері охорони здоров'я)

До к.пр., що полягають у **невиконанні або неналежному виконанні обов'язків** щодо охорони життя і здоров'я особи (поза медичною сферою), належать: залишення в небезпеці (ст. 135); ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпеці (ст. 136); неналежне виконання професійних чи службових обов'язків щодо охорони життя і здоров'я дітей (ст. 137).

Діяльність у медичній сфері, що ставить у небезпеку життя та/або здоров'я особи, за її змістом поділяється на:

1) невиконання або неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником: неналежне виконання професійних обов'язків, що спричинило зараження невиліковною інфекційною хворобою (ст. 131); ненадання допомоги хворому (ст. 139); неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст. 140);

2) умисне порушення професійних обов'язків щодо охорони життя і здоров'я: незаконне проведення абортів (ч. 1 ст. 134); порушення прав пацієнта (ст. 141); порушення порядку трансплантації органів чи тканин людини (ч. 1 ст. 143);

3) умисне здійснення забороненої діяльності у медичній сфері: незаконне проведення абортів (ч. 2 ст. 134); незаконна лікувальна діяльність (ст. 138); незаконне проведення дослідів над людиною (ст. 142); вилучення у людини органів чи тканин з метою трансплантації та незаконна торгівля ними (частини 2–5 ст. 143); насильницьке донорство (ст. 144).

Нарешті, до **інших медичних кримінальних правопорушень** належать ті, що не ставлять у небезпеку життя та/або здоров'я: розголошення відомостей про проведення огляду на виявлення зараження невиліковною інфекційною хворобою та його результатів (ст. 132) і незаконне розголошення лікарської таємниці (ст. 145). Вони ніби приликають до к.пр. проти життя і здоров'я людини, а тому і передбачені саме у розділі II Особливої частини КК. Суб'єктом цієї групи к.пр. є медичні та інші працівники лікувальних закладів.

4.1.4.2. Одним з найбільш поширених к.пр. в усі часи було (утім, згідно з даними ДСА, в 2011–2012 р. за нього не засуджено жодної особи, а у 2013 р. за ч. 2 ст. 134 – засуджена одна особа) **незаконне проведення аборту** – протиправне штучне переривання вагітності будь-якої тривалості за наявності згоди жінки на проведення цієї операції (у т.ч. вимушеної згоди під впливом погроз з боку інших осіб).

При тому, що протягом 2005–2012 рр. число абортів в Україні скоротилося більш ніж вдвічі, 588 проти 272 на 1000 народжених осіб, показник їхньої чисельності залишається одним з найвищих в Європі. Поширення абортів має суттєві географічні відмінності: на Заході їх найменше, в центральних областях, Донбасі і столичному регіоні – більше. Якби число абортів в усій Україні було таким, як на Рівненщині (95 на 100 тис. населення проти 400 на 100 тис. населення в Київській, Донецькій областях та Севастополі), то число народжених суттєво зросло б. Так, в Польщі, після обмеження на здійснення абортів у 1989 р. за 10 років чисельність населення зросла на 0,5 млн, у той час як в Україні за цей самий період зменшилась майже на 4 млн з іншого боку, обмеження на здійснення абортів в країні з надвисоким рівнем корупції в сфері охорони здоров'я може привести до зворотного ефекту.*

З об'єктивної сторони це к.пр. може мати такі форми:

1) проведення аборту особою, яка не має спеціальної медичної освіти (ч. 1 ст. 134);

2) незаконне проведення аборту, якщо воно спричинило: а) тривалий розлад здоров'я; б) безплідність; в) смерть потерпілої (ч. 2 ст. 134).

Відповідно, суб'єктом к.пр. у його першій формі є особа, яка не має медичної освіти або хоча і має таку освіту, але не є акушером-гінекологом. Суб'єктом к.пр., передбаченого ч. 2 ст. 134, може бути будь-яка особа.

Незаконне проведення аборту слід відрізнити від переривання вагітності без згоди потерпілої внаслідок застосованого до неї фізичного насильства (скажімо, в результаті нанесення їй побоїв), яке залежно від обставин справи може кваліфікуватися за ст. 121 чи ст. 128 КК як умисне або необережне тяжке тілесне ушкодження. Заподіяння смерті плоду після фізіологічних родів є не аборт, а вбивством малолітньої дитини (ч. 2 ст. 115 КК).

Проведення аборту особою, яка не має спеціальної медичної освіти, у будь-якому разі визнається незаконним. Аборт же, вчинений особою із спеціальною медичною освітою, визнається к.пр. за сукупності двох умов: 1) його незаконності; 2) спричинення суспільно небезпечних наслідків – тривалого розладу здоров'я, безплідності або смерті потерпілої.

* Динаміка та географія абортів в Україні 2005–2012 роки // <http://infolight.org.ua/content/dinamika-ta-geografiya-abortiv-v-ukrayini-2005-2012-roki>

При цьому аборт визнається незаконним, якщо він, зокрема, здійснюється: за наявності медичних протипоказань переривання вагітності незалежно від її строку (гострі запальні та інфекційні захворювання) або за наявності протипоказань до медикаментозного штучного переривання вагітності (ниркова або печінкова недостатність, деякі серцево-судинні захворювання тощо) – у випадку застосування саме такого способу її переривання; не у спеціально акредитованих закладах охорони здоров'я – пологових будинках, лікарнях, де є гінекологічні загальнохірургічні відділення, жіночих консультаціях тощо (у домашніх умовах, непрофільних медичних закладах тощо); із застосуванням недозволених або заборонених засобів чи способів; з порушенням порядку отримання згоди вагітної жінки або її законного представника на операцію; фахівцем, який не є лікарем-акушером-гінекологом першої або вищої кваліфікаційної категорії, – у разі штучного переривання вагітності, строк якої становить від 12 до 22 тижнів.

4.1.4.3. Незаконне проведення абортів особою, яка має спеціальну медичну освіту, за відсутності зазначених у ч. 2 ст. 134 наслідків кримінальну відповідальність не тягне, навіть якщо плід, який знаходиться в утробі матері, є вже повністю сформованим і життєздатним. Це суперечить праву на життя майбутньої дитини, закріпленому в ратифікованій Україною Конвенції ООН про права дитини. Саме тому Рекомендація ПА РЕ про захист жінок від насильства (2002 р.) закликає криміналізувати не лише примусові аборти, а й діяння, спрямовані проти нормального розвитку плоду, а також стерилізацію статевих органів, прийом протизаплідних засобів, передродовий добір, заснований на статевій приналежності майбутньої дитини, й ушкодження статевих органів особи жіночої статі. Ці та деякі інші діяння об'єднані назвою **«кримінальні правопорушення проти ненародженого (майбутнього) життя»**.

У КК Польщі як вид злочинів проти життя і здоров'я (глава XIX) окремо виділяються такі злочини проти нормального розвитку плоду: переривання вагітності за згодою жінки з порушенням приписів закону; надання жінці допомоги у такому перериванні вагітності або схиляння її до нього (ст. 152); переривання вагітності без згоди жінки із застосуванням до неї насильства чи в інший спосіб або доведення вагітної жінки до переривання вагітності шляхом насильства, погроз чи обману (ст. 153). Обтяжуючими ці діяння обставинами є вчинення їх тоді, коли плід досяг здатності до самостійного життя поза організмом вагітної жінки, а так само настання смерті вагітної жінки (§ 3 ст. 152, § 2 ст. 153 і ст. 154). Згідно зі ст. 157-а карається той, хто заподіяв плоду тілесне ушкодження або розлад здоров'я, що загрожує його життю (§ 1).

Розділ IV «Пошкодження плоду» Книги 2 КК Іспанії передбачає відповідальність за: заподіяння плоду пошкодження чи травми, що спричинили серйозну шкоду нормальному розвитку плоду чи викликали у нього серйозну фізичну чи психічну ваду (ст. 157), у т.ч. вчинене через грубу необережність (ст. 158).

Надзвичайно докладно питання кримінальної відповідальності за аборт описані у КК Бельгії (глава 1 «Аборти» розділу VII «Злочини і проступки проти сімейних відносин і проти суспільної моралі»). Так, карається той, хто: будучи лікарем або не будучи їм, свідомо зробив аборт жінці, на який вона не дала згоди (ст. 348); вчинив щодо жінки насильницькі дії без наміру викликати переривання вагітності, наслідком чого стало переривання вагітності, або із заздалегідь обміркованим умислом чи з усвідомленням стану, в якому знаходиться жінка (ст. 349); спеціальним харчуванням чи питвом, медикаментами або яким-небудь іншим способом викликав переривання вагітності жінки, яка була на це згодна (ст. 350).

Найбільш ретельно усі питання щодо відповідальності за аборт визначені у КК ФРН. Згідно з його § 218 карається той, хто перериває вагітність, у т.ч. і сама вагітна: вважається, що ця жінка так само, як і будь-хто інший, не має права посягати на хоча й ще ненароджене, але все ж таки життя іншої людини. Проте логічно, що вагітна жінка не карається за замах на переривання вагітності. За цим КК (§ 219-а) карається навіть той, хто веде агітацію за переривання вагітності, а саме публічно, на зборах або шляхом поширення письмових матеріалів, з корисливих цілей або в грубій формі пропонує, повідомляє, рекламує: служби для проведення чи сприяння перериванню вагітності; засоби, предмети чи пристосування, що можуть бути використані для переривання вагітності, із вказівкою на їхнє застосування для названих цілей. Збут засобів для переривання вагітності також є злочинним діянням.

Слід згадати і § 170 КК ФРН, згідно з яким карається порушення обов'язку щодо утримання вагітної жінки, яку той, хто зобов'язаний її утримувати, незаконно позбавляє матеріальної допомоги «негідним чином» і цим самим примушує перервати вагітність.

4.1.4.4. В контексті співвідношення кримінального права та біоетики актуальними сьогодні є проблеми визначення меж людського життя, медичного ризику і експериментів на людях, крайньої необхідності у сфері трансплантології, маніпуляцій з ембріоном людини тощо. Розглянемо, наприклад, проблему криміналізації **клонування та інших генетичних маніпуляцій**.

Рекомендація ПА РЄ по використанню ембріонів і плодів людини з метою діагностики, терапії, наукових досліджень, промислового використання і торгівлі (1986 р.) радить запровадити санкції за: створення людських ембріонів шляхом штучного запліднення з метою проведення досліджень при їхньому житті або після смерті; створення ідентичних людських істот; імплантацію людського ембріона в матку іншої тварини або навпаки; злиття гамет людини з гаметами тварини; створення ембріона зі сперми різних людей; дії, що можуть призвести до появи химер; створення людської істоти в лабораторії; створення дітей від людей однієї статі тощо. Аналогічні положення відображені у Конвенції РЄ про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (1997 р.), Додатковому протоколі до неї, що стосується заборони клонування людських істот (1998 р.).

В Україні 14 грудня 2004 р. прийнято Закон «Про заборону репродуктивного **клонування** людини». Ним забороняється не лише клонування людини – створення людини, яка генетично ідентична іншій живій або померлій людині, шляхом перенесення у залишену без ядра жіночу статеву клітину ядра соматичної клітини людини, а й ввезення на територію України та вивезення з території України клонованих ембріонів людини (зародків на стадії розвитку до восьми тижнів). Але відповідальність за порушення цих заборон досі не встановлена.

Деякі інші держави (Молдова, Естонія, Іспанія, Франція) встановили у внутрішньому законодавстві відповідальність за генетичні маніпуляції і посягання на життя людського плоду, прирівнявши такі діяння до посягань на життя людини.

Наприклад, у КК Франції спеціальний розділ I Книги 5 присвячено певним злочинним діянням в галузі охорони здоров'я. Його норми спрямовані на кримінально-правовий захист:

1) людського виду. Статтею 511-1 передбачена відповідальність за «практичну реалізацію евгеніки з метою організації селекції людей»^{};*

2) людського організму, зокрема: отримання від людини якого-небудь з її органів, тканин, клітин чи продуктів життєдіяльності на умовах оплати або посередництва у цьому; вилучення органу, тканини, клітини чи продуктів життєдіяльності у людини за відсутності її згоди, отриманої в установленому законом порядку; збір або вилучення гамет (статевих клітин) живої людини без її письмової згоди; вилучення чи трансплантація органів або вилучення чи пересадка, консервація чи перетворення тканин, або пересадка клітин в установі, яка не має на це відповідного дозволу; поширення чи передача органів, тканин, клітин чи продуктів життєдіяльності людини з метою дарування без дотримання санітарних правил; розголошення інформації, яка дозволяє встановити людей, які здійснили дарування чи отримання в дар гамет; збір чи вилучення гамет з метою запліднення без проведення необхідних тестів; незаконне штучне запліднення подарованою спермою (ст.ст. 511-2–511-12);

3) людського ембріону, зокрема: придбання людського ембріону на умовах оплати; здійснення зачаття поза материнським тілом у промислових чи комерційних, дослідницьких чи експериментальних цілях; незаконний експеримент над ембріоном; розголошення інформації, яка дозволяє встановити пару, яка відмовилась від ембріону, і пару, яка прийняла його (ст.ст. 511-15–511-23).

У главі VI «Посягання на особистість» розділу II Книги 2 КК Франції є ще відділ VI «Посягання на людину, пов'язані з дослідженням її генетичних властивостей чи ідентифікацією шляхом її генетичних ознак», яким передбачена відповідальність за: дослідження генетичних властивостей якої-небудь людини у медичних цілях без попереднього отримання її згоди; використання не за призначенням відомостей, отриманих в результаті такого дослідження; ідентифікацію людини шляхом її генетичних властивостей у

^{*} Евгеніка (від грец. «*eugeneus*» – «благородний», «вищого сорту») – вчення про спадкове здоров'я людини, про можливі методи впливу на еволюцію людства для удосконалення його природи, про законні спадкування обдарованості та обмеження передачі спадкових захворювань майбутнім поколінням.

медичних цілях без попереднього отримання її згоди або з метою, яка не є ні медичною, ні науковою, а також поза рамками досудового розслідування, тощо (ст.ст. 226-25–226-28).

У цьому зв'язку слід зазначити, що в Україні на сьогодні **сурогатне материнство** не заборонене. Утім, іноземці, які робитимуть спроби придбання дитини і нелегального вивезення її через кордон, можуть підлягати кримінальному переслідуванню в Україні за ст.ст. 149, 169 і 332 КК.

Література

- Кримінально-правова охорона життя та здоров'я особи: Матеріали наук.-практ. конф. (Харків). 22–23 квітня 2004 р. / Ред. кол.: В.В. Сташис (голов. ред.) та ін. – К.–Харків: Юрінком Інтер, 2004. – 260 с.
- Бородин С.В. Преступления против жизни. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 467 с.
- Маркова К.М. Поняття еутаназії та еутанатичне вбивство в кримінальному праві Республіки Польща // Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2008. – Вип. 2. – С. 204–207.
- Крылова Н.Е. Ответственность за незаконное производство аборта и необходимость уголовно-правовой защиты «будущей» жизни // Вестник Московского ун-та. – Сер. 11. Право. – 2002. – № 6. – С. 38–53.

Запитання і завдання

1. Поясніть, за якими ознаками відрізняються між собою вбивство, доведення до самогубства та еутаназія.

2. Проаналізуйте статті розділів II, а також VIII, X, XI Особливої частини КК України і зробіть висновок про те, в якому співвідношенні перебувають необережне тяжке, середньої тяжкості тілесне ушкодження та вбивство через необережність із к.пр. проти довкілля, проти безпеки виробництва, проти безпеки руху та експлуатації транспорту, що передбачають аналогічні наслідки.

3. За даними МОЗ, в 2011 р. зареєстровано 21 тис. нових випадків ВІЛ-інфікування статевим шляхом. Цього самого року засуджено за злочини, передбачені ст. 130 КК України, 6 осіб. Які висновки можна зробити з порівняння цих двох цифр?

4. Вивчіть Рекомендацію Комітету міністрів РЄ про захист жінок від насильства № Rec (2002) 5 від 30 квітня 2002 р. та поясніть, чи виконав її положення уряд України.

5. На двох студентів із Нігерії біля під'їзду будинку, де вони жили в м. Луганську, напали четверо хлопців і дві дівчини. Нападники, вигукуючи на адресу чорношкірих студентів расистські образи, повалили їх на землю, били ногами і кидали в них камінням. Одному із студентів, Ф., вдалося піднятися на ноги і він почав захищатися, розмахуючи знайденою ним розбитою пляшкою, що змусило нападників відступити. Ф.

висунуті звинувачення за ч. 3 ст. 15 і ч. 2 ст. 115 КК України – замах на вбивство двох чи більше осіб. Чи згодні ви з такою кримінально-правовою кваліфікацією вчинених учасниками подій діяннями?

б. Ознайомтесь з рішенням ЄСПЛ у справі «Кац та інші проти України» № 29971/04 від 18 грудня 2008 р. Ознаки яких к.пр. проти життя та здоров'я особи ви вбачаєте в діяннях згадуваних в цьому рішенні службових осіб та/або медичних працівників?

Рекомендуємо прочитати

- Григорій Квітка-Оснот'яненко «Перекотиполе», «Сердешна Оксана».
- Василь Стефаник «Новина».
- Іван Франко «Пережесні стежки».
- Михайло Старицький «Байстрия» («Безбатченко»).
- Марія Проскурівна «Опорок», «Маруся-Московка».
- Олександр Островський «Безприданниця».
- Олександр Пушкін «Моцарт і Сальєрі».
- В'ячеслав Шишков «Угрюм-ріка».
- Віктор Астаф'єв «Людочка».
- Василь Шукшин «Бажання жити».
- Вільям Шекспір «Тіт Андроник».
- Оноре де Бальзак «Тридцятирічна жінка».
- Гі де Мопассан «Розалі Прюдан».
- Оскар Уайльд «Портрет Доріана Грея».
- Джек Лондон «Біла безмовність».
- Джон Грішем «Час вбивати».
- Станіслав Лем «Повернення з зірок».
- Ломачинский А.А. Криминальные абортты. Рассказы судмедэксперта. Командировка.
- Юрген Торвальд. Сто лет криминалистики.

Радимо подивитись

- Сусіди дяді Серьожі (Україна, 2012, режисер Іван Сауткін).
- Кілька хороших хлопців (США, 1992, режисер Роб Райнер).
- Зміна долі (США, Японія, Велика Британія, 1990, режисер Барбет Шрьодер).
- Свідок звинувачення (США, 1957, режисер Біллі Уайлдер).
- Законослухняний громадянин (США, 2009, режисер Ф. Гері Грей).
- Час вбивати (США, 1996, режисер Джоел Шумахер).
- Перелом (США, Німеччина, 2007, режисер Грегорі Хобліт).
- Вердикт (США, 1982, режисер Сідні Люмет).
- Ворошиловський стрілок (Росія, 1999, режисер Сергій Говорухін).
- До останнього подиху (США, 2010, режисер Бальтасар Кормакур).
- Дівчина напроти (США, 2007, режисер Грегорі Уїлсон).
- Американський злочин (США, 2007, режисер Томмі О'Хейвер).

4.2. Кримінальні правопорушення проти волі, честі та гідності особи

4.2.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти волі, честі та гідності особи

4.2.1.1. Злочини проти волі, честі та гідності особи вперше в історії вітчизняного кримінального права виділені в КК 2001 р. в окремих розділах (розділ III Особливої частини). Це пов'язано з необхідністю акцентувати на тому факті, що завданням КК (ст. 1) є передусім правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, адже честь і гідність людини, її недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України).

Особливістю цих злочинів є насамперед їх родовий об'єкт, яким є водночас воля, честь та/або гідність особи. При цьому злочинів, які посягають на честь і гідність особи, але при цьому не посягають на її волю, розділом III Особливої частини КК не передбачено. Іншими словами, честь і гідність особи не є основними безпосередніми об'єктами кримінально-правової охорони у жодному складі злочину. Водночас вони є додатковими об'єктами посягання:

– факультативним – зокрема у ст. 120 (доведення до самогубства або до замаху на самогубство, зокрема шляхом систематичного приниження людської гідності особи), ст. 149 (незаконна угода щодо людини), ст.ст. 152, 153 (зґвалтування, насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом), ст. 154 (примушування до вступу в статевий зв'язок, у т.ч. з погрозою розголошення відомостей, що ганьблять потерпілу особу чи її близьких родичів), ст. 161 (умисні дії, спрямовані на приниження національної честі та гідності або образу почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями), ст. 303 (втягнення особи в заняття проституцією або примушування її до зайняття проституцією з використанням шантажу), ст. 365 (перевищення влади або службових повноважень, якщо воно супроводжувалося діями, що ображають особисту гідність потерпілого), ст. 373 (примушування давати показання, поєднане із знущенням над особою), ст. 386 (перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку тощо шляхом погрози розголошення відомостей, що їх ганьблять), ст. 406 (порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями, що має характер знущення або глумлення);

– обов'язковим – у ст. 387 (розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування, якщо розголошені дані ганьблять людину, принижують її честь і гідність), а також ст. 126 (побої і мордування), ст. 127 (катування) та усіх інших статтях, що передбачають умисне застосування протиправного насильства стосовно особи.

Цікаво, що всупереч правовій природі адміністративного проступку як проступку проти порядку управління деякі з них також мають своїм додатковим об'єктом честь і гідність особи. Йдеться, зокрема, про такі діяння, як використання засобів зв'язку з метою посягання на честь і гідність громадян та поява в громадських місцях у п'яному вигляді, що ображає людську гідність (ст. 148-3 і ст. 178 КАП).

Ділова репутація, право на недоторканність якої закріплене у ст. 299 ЦК, не є об'єктом кримінально-правової охорони.

Волю людини слід розуміти як право ніким не бути примушеним робити те, що не передбачено законодавством, право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей (ст. 19 і ст. 23 Конституції України), як гарантовану можливість реалізації нею таких конституційних прав і свобод як, зокрема: свобода та особиста недоторканність, право на невтручання в її особисте життя, свобода пересування і право на вільний вибір місця проживання (ст.ст. 29, 32, 33 Конституції України).

Згідно зі ст.ст. 271–272 ЦК зміст особистого немайнового права становить можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя; фізична особа здійснює особисті немайнові права самостійно. Відповідно до Закону «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» кожна людина має право на свободу пересування, тобто вільно та безперешкодно за своїм бажанням переміщатися по території України у будь-якому напрямку, у будь-який спосіб, у будь-який час, за винятком обмежень, які встановлюються законом.

Чесць – це сукупність моральних принципів, якими керується людина у своїй поведінці. **Гідність** людини передбачає усвідомлення людиною як носієм сукупності певних моральних, світоглядних, професійних тощо якостей своєї суспільної цінності, що створює у неї підстави для самоповаги. Відповідно до ст. 28 Конституції України кожен має право на повагу до його гідності, а ст. 297 ЦК визначає, що гідність та честь фізичної особи є недоторканими. Право на повагу до його гідності є одним із небагатьох абсолютних прав людини, тобто таким, яке за жодних обставин не може бути обмежене.

З об'єктивної сторони розглядувані злочини, як правило, вважаються *закінченими* з моменту вчинення відповідного суспільно небезпечного діяння, тобто є формальними за конструкцією свого складу. Злочини, передбачені ст.ст. 146, 147, 149, 150, 150-1 і 151 КК, мають склади, кваліфіковані за наслідками.

Відповідно, характерною рисою суб'єктивної сторони злочинів проти волі, честі та гідності особи є те, що всі вони умисні, причому вчиняються з *прямим умислом*. Для злочинів, передбачених ст. 147 і ст. 149, притаманною є спеціальна мета. Психічне ставлення до наслідків, які є кваліфікуючими чи особливо кваліфікуючими ознаками злочинів, пе-

редбачених ч. 3 ст. 146, ч. 2 ст. 147, ч. 3 ст. 149, ч. 2 ст. 150, ч. 3 ст. 150-1 і ч. 2 ст. 151, характеризується необережністю. Тому, якщо незаконне позбавлення волі, наприклад, було способом умиртвіння людини, діяння винного кваліфікується не за ч. 3 ст. 146, а за відповідними пунктом і частиною ст. 115 КК.

Суб'єкт переважної більшості злочинів проти волі, честі та гідності особи – загальний. Лише суб'єкт використання малолітньої дитини для зайняття жебрацтвом (ст. 150-1), незаконного поміщення в психіатричний заклад (ст. 151) та кваліфікованого складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 149 – спеціальний: це, відповідно, батьки або особи, які їх замінують, лікар-психіатр, який приймає рішення про поміщення особи у психіатричний заклад, та службова особа і особа, від якої потерпілий був у матеріальній або іншій залежності.

4.2.1.2. **Специфіка системи** злочинів проти волі, честі та гідності особи полягає в тому, що практично всі їхні склади співвідносяться між собою як загальні і спеціальні, що потребує точного відмежування між ними. Зокрема, захоплення або тримання особи як заручника і торгівля людьми відображають спеціальні способи незаконного позбавлення волі і кваліфікуються за ст. 147 та ст. 149. Ідеальна сукупність злочину, передбаченого ст. 146, та інших злочинів, передбачених статтями зазначеного розділу Особливої частини КК, виключається. Утім, може мати місце реальна сукупність. Скажімо, викрадення дитини з наступним її використанням для заняття жебрацтвом – це сукупність злочинів, передбачених ст. 146 і ч. 2 або ч. 3 ст. 150-1.

Існують складні випадки відмежування злочинів проти волі, честі та гідності особи, а тому необхідно уважно враховувати ознаки, за якими таке відмежування є можливим.

Так, оскільки захоплення і тримання особи як заручника фактично означають позбавлення її волі, то від злочину, передбаченого ст. 146, злочин, передбачений ст. 147, відрізняється переважно за спеціальною метою. Тут вона може мати альтернативний характер – спонукати родичів затриманого, державну або іншу установу, підприємство чи організацію, фізичну або службову особу до: а) вчинення будь-якої дії (передати зброю, наркотичні засоби, інші речі, транспортні засоби чи гроші, звільнити якогось заарештованого чи ув'язненого, забезпечити безперешкодний виліт за межі країни тощо); б) утримання від учинення будь-якої дії (неприйняття певної особи на ту чи іншу посаду, відмова від укладення угоди тощо).

Викрадення чужої дитини, якщо воно пов'язане з її підміною (на іншу дитину), кваліфікується не за ст. 146, а за ст. 148. Обмін власними дітьми за обопільною згодою батьків і наявністю відповідної мети може бути кваліфікований за ч. 2 ст. 149 як здійснення незаконної угоди щодо неповнолітнього.

Злочин, передбачений ст. 150, слід відмежовувати від злочину, передбаченого ст. 149, насамперед за ознаками об'єктивної і суб'єктивної сторони: експлуатація дитини, вчинена за відсутності незаконної угоди щодо неї, а так само без її переміщення, переховування, передачі та одержання, кваліфікується тільки за ст. 150. Свідченням відсутності у діянні особи злочину, передбаченого ст. 149, є, зокрема, те, що: а) злочин щодо дитини вчинюється, як правило, однією особою (або групою осіб, які діють спільно), яка не укладає жодних угод стосовно дитини з іншими особами; б) дитина добровільно, без впливу обману чи шантажу з боку дорослих та її уразливого стану, дала згоду на використання її праці; в) дитина використовується на звичайному виробництві, у звичайній торгівлі, у сфері надання звичайних послуг тощо (тобто відсутня мета використати дитину в різних формах сексуальної експлуатації, у порнобізнесі, як раба, залучити її в боргову кабалу, вилучити у неї органи, провести над нею досліді, усиновити (удочерити) з метою наживи, привести її у підневільний стан чи у стан примусової вагітності, втягнути у злочинну діяльність, використати у збройних конфліктах).

Використання для заняття жебрацтвом дитини віком понад 14 років, яка не досягла віку, з якого законодавством дозволяється працевлаштування, має кваліфікуватися за наявності для цього підстав за ст. 150, а використання для заняття жебрацтвом дорослої особи (зокрема такої, що має фізичні чи психічні вади, особи похилого віку) – за ст. 146 або ст. 149.

Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом, учинене за відсутності незаконної угоди щодо неї, а так само без її переміщення, переховування, передачі, одержання, кваліфікується тільки за ст. 150-1. Вербування чи одержання малолітньої дитини і подальше використання її самим вербувальником (одержувачем) для заняття жебрацтвом передбачає реальну сукупність злочинів, яку слід кваліфікувати за ч. 3 ст. 149 і частинами 2 або 3 ст. 150-1. Так само кваліфікуються купівля малолітньої дитини або здійснення іншої угоди щодо неї, а також вербування, переміщення, переховування, передача і одержання такої дитини однією особою з подальшим використанням її для заняття жебрацтвом іншою особою.

За ст. 146 (а не ст. 151) кваліфікуються: незаконна примусова госпіталізація в психіатричний заклад, вчинена лікарем, який не уповноважений приймати рішення про поміщення особи в такий заклад (не головним лікарем, не завідуючим відділенням тощо); незаконне позбавлення волі, пов'язане з поміщенням завідомо психічно здорової особи в психіатричний заклад, якщо таке поміщення здійснюється не для обстеження стану психічного здоров'я особи, діагностики, лікування і нагляду за нею, а виключно з метою позбавити її волі; незаконне поміщення особи в інший, не психіатричний, заклад закритого типу (скажімо, бокс інфекційної лікарні).

4.2.1.3. Відповідно до ст. 477 КПК лише такий злочин проти волі, честі і гідності, як незаконне позбавлення волі або викрадення людини без обтяжуючих обставин (ч. 1 ст. 146 КК), якщо його вчинив чоловік (дружина) потерпілого, є «злочином приватного обвинувачення»: кримінальне провадження може бути порушено лише за наявності заяви потерпілого.

Найбільш поширеними серед злочинів проти волі, честі та гідності особи є незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146) і торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини (ст. 149 КК). За даними ДСА, у 2012/2013 рр. за перший з цих злочинів засуджено, відповідно, 81/72, а за другий – 107/65 осіб із 234/162 осіб, засуджених за злочини, передбачені розділом III Особливої частини КК. Відносно поширеним було також використання дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150-1): за цей злочин у 2012/2013 рр. засуджено 33/24 особи.

4.2.2. Окремі кримінальні правопорушення проти волі, честі та гідності особи

4.2.2.1. Злочин, передбачений ст. 146 КК, з об'єктивної сторони виражається в таких формах:

- 1) незаконне позбавлення волі людини;
- 2) викрадення людини.

Обов'язковою ознакою цього злочину є потерпілий. Слід мати на увазі, що ним може бути будь-яка людина, крім особи, що має міжнародний захист (викрадення або позбавлення волі останньої кваліфікується за ст. 444 КК).

Незаконним позбавлення волі є у всіх випадках, коли воно здійснюється не відповідно до Конституції, законів України, а також чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана ВР. Згідно із ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. жодна людина не може бути позбавлена волі інакше, як відповідно до процедури, встановленої законом, зокрема у таких випадках: а) законне ув'язнення людини після її засудження компетентним судом; б) законний арешт або затримання людини для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, передбаченого законом; в) законний арешт або затримання людини з метою забезпечення її присутності перед компетентним державним органом на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні злочину або якщо обґрунтовано визнається за необхідне запобігти вчиненню нею злочину чи зникненню її після його вчинення; г) затримання неповнолітньої людини на підставі законного розпорядження з метою виховного нагляду або законне затримання неповнолітньої людини з метою забезпечення її присутності перед компетентним державним органом; г) законний арешт або затримання людини, здійснені з метою

запобігання її незаконному в'їзду до держави, або людини, стосовно якої вживаються заходи з метою депортації або екстрадиції.

Цікаво, що в окремих державах позбавлення волі і викрадення людини іншою людиною визнається цілком законним.

У США й на Філіппінах професія «мисливці за головами» є законною. Але ця професія з'явилась в результаті злиття двох стародавніх традицій. Перша бере початок у середньовічній англійській судовій практиці. В Англії арештантів, що очікують суду, випускали з в'язниці, якщо знаходився поручитель, готовий забезпечити їхню явку до суду. Отже, поручитель уважався тюремником, а обвинувачений – його особистим в'язнем. Якщо обвинувачений не прибував на суд, поручитель ніс відповідальність. Бувало, що поручителів, що схилили, вішали замість злочинців, що втекли. США успадукували цю британську традицію, децю її вдосконаливши. Інша традиція зародилася на американських плантаціях, де використовували рабську працю. Раби час від часу утікали, і хтось повинен був їх ловити. Плантатори призначали нагороду за голову втікача, а досвідчені слідопити відшукували їх і повертали господарям. Там, де правосуддя перебувало в зародковому стані, а професійної поліції не існувало, таких мисливців було чимало. Спочатку діяльність цих людей не регулювалася законом. Але в 1866 р. сталися певні події, які змінили ситуацію. В штаті Коннектикут такий собі Едвард Макгуайр попався на крадіжці, а джентльмен на ім'я Вільям Тейлор вніс за нього заставу – \$8 тис. Підозрюваний виїхав у рідний Нью-Йорк, але незабаром був заарештований в іншій справі і відправлений у штат Мэн, де його засудили до 15 років в'язниці. Оскільки Макгуайр не з'явився на суд у Коннектикуті, Тейлор втратив свої \$8 тис., але зажадав повернути їх, оскільки обвинувачений не з'явився з незалежних від нього причин. Тейлор звернувся з позовом до суду. Крапку в цій справі поставив в 1872 р. Верховний суд США. Судді ухвалили, що обов'язок доставити відповідача до суду цілком лежить на поручителі, і якщо він не знайшов способу це зробити, то втрачає гроші. Було вирішено, що поручитель має право особисто заарештувати відповідача або передоручити це своєму агентві. Поручитель і його агенти відтепер одержали право «переслідувати обвинуваченого в іншому штаті, заарештувати його в будь-який день, в тому числі у суботу, увійти в його будинок без його згоди». Іншими словами, поручитель отримав навіть право викрасти людину з її житла і можливість передоручити це найманцям.

Передбачене ст. 146 **позбавлення волі** фактично може полягати у триманні особи в місці, де вона взагалі не бажає або більше не бажає перебувати, або в поміщенні її в місце, яке вона не має змоги вільно залишити, хоча бажає цього. Відтак – обов'язковою ознакою складу злочину у його першій формі є місце. Ним можуть бути як приміщення (кімната, камера, погріб тощо) чи комплекси приміщень (підвал багатоповерхового будинку, лікарня), так і інші місця (дах багатоповерхового будинку, транспортний засіб) чи місцевості (скеля, острів тощо).

Відповідальність за незаконне позбавлення волі виключається, коли особі, наприклад, забороняється залишати межі населеного пункту або відвідувати певні місцевості. У цих випадках може йтися про самоправство (ст. 356) або перевищення влади (ст. 365).

Способами незаконного позбавлення волі можуть бути будь-які – обман, зловживання довірою, відібрання засобів пересування, ключів чи інших необхідних засобів тощо.

Незаконне позбавлення волі є триваючим злочином. Тому дії з утримання потерпілого у стані позбавлення волі, до яких винний приєднався після початку злочину і до його закінчення, є співвиконавством у цьому злочині.

Викрадення людини означає заволодіння нею і незаконне переміщення її з одного певного місця, де вона вільно перебувала згідно з власною волею, до іншого, і може виявлятися у формі: а) відкритого заволодіння нею (коли остання або інші, треті особи, у присутності яких здійснюється викрадення, завідомо для винного розуміють значення вчинюваних ним злочинних дій. Таке заволодіння може відбутися, скажімо, шляхом грабежу чи розбійного нападу); б) таємного заволодіння (вчиненого за відсутності інших осіб щодо людини, яка не розуміє значення вчинюваних з нею дій у зв'язку з малолітством, знаходженням у безпорадному стані тощо); в) заволодіння, вчиненого шляхом обману чи зловживання довірою (скажімо, винна особа забирає людину із притулку для людей похилого віку на підставі підроблених документів); г) заволодіння в результаті вимушено-добровільної передачі людини винному під погрозою насильства над її батьком, усиновлювачем, опікуном, піклувальником, вихователем тощо, або з погрозою насильства над особами, близькими для останніх, або розголошення відомостей, що ганьблять їх, пошкодження чи знищення їхнього майна.

Закінченим злочином викрадення людини є з моменту заволодіння нею.

Суб'єкт злочину загальний. Проте суб'єктом цього злочину не можуть бути особи, які відповідно до закону мають право тримати особу в місці, де вона не бажає перебувати, або поміщати її в місце, яке вона не має змоги вільно залишити, але тільки з мотивів піклування про фізичне і психічне здоров'я підопічного чи з інших суспільно корисних мотивів (батьки, усиновлювачі, прийомні батьки стосовно своїх рідних, усиновлених чи прийомних дітей, опікуни і піклувальники стосовно осіб, які перебувають у них під опікою і піклуванням, педагогічні та науково-педагогічні працівники стосовно піднаглядних дітей, працівники міліції, Управління державної охорони, посадові особи відомств, задіяних у антитерористичній операції, стосовно будь-яких громадян у випадках, передбачених відповідними законами, тощо). Крім того, правовий обов'язок піклуватися про особу і право з цієї метою обмежувати її волю можуть бути покладені на особу договором перевезення, морського круїзу, договором про надання послуг із забезпечення особистої безпеки особи тощо. Але заборона дитині її батьками протягом відносно тривалого строку (кількох тижнів чи місяців) залишати квартиру, вчинювана як виховний примусовий захід, дає підстави для кваліфікації діяння за ст. 146 як незаконного позбавлення волі.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом: особа усвідомлює, що за законом вона не має права позбавляти волі чи викрадати іншу особу, але бажає це зробити. Мотиви незаконного позбавлення волі можуть бути різними, крім суспільно корисних.

Кваліфікованими видами незаконного позбавлення волі або викрадення людини є вчинення їх: 1) щодо малолітнього; 2) із корисливих мотивів; 3) щодо двох або більше осіб; 4) за попередньою змовою групою осіб; 5) способом, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого; 6) із заподіянням потерпілому фізичних страждань; 7) із застосуванням зброї; 8) протягом тривалого часу, а особливо кваліфікованими видами: 1) вчинення його організованою групою; 2) спричинення ним тяжких наслідків.

Під способом, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, слід розуміти такий спосіб незаконного позбавлення волі або викрадення, при якому створюється реальна загроза загибелі потерпілого або заподіяння йому тілесного ушкодження.

До фізичних страждань треба відносити біль, що виникає під час мордування, катування, інших видів фізичного впливу на людський організм або внаслідок жорстоких умов утримання у місці позбавлення волі. Оскільки незаконне позбавлення волі є триваючим злочином, фізичні страждання потерпілому можуть бути заподіяні у будь-який час його здійснення.

Застосування зброї означає фактичне використання її для фізичного впливу на потерпілого, коли цими діями створювалась реальна загроза його здоров'ю або життю (здійснення прицільного пострілу або інший спосіб використання її бойових властивостей), або для психічного впливу (демонстрування оголеної вогнепальної зброї, приведення її в бойовий стан, прицілювання, поєднане зі словесною погрозою, тощо). Фактичні наслідки застосування зброї у вигляді заподіяння потерпілому тілесних ушкоджень або смерті вимагають кваліфікації діяння за сукупністю злочинів, передбачених частинами 2 або 3 ст. 146 і відповідною статтею розділу II Особливої частини КК.

Тривалий час є оціночною ознакою, наявність чи відсутність якої має визначатися судом з урахуванням конкретного астрономічного строку, протягом якого особа була позбавлена волі, місця, де вона трималась, способу її утримання, інших конкретних обставин справи та особи потерпілого. Зазвичай це принаймні кілька тижнів. Оскільки викрадення людини є одноактною дією, ця ознака не стосується другої форми розглядуваного злочину.

Поняттям тяжкі наслідки у ст. 146 охоплюються, зокрема, заподіяння потерпілому тяжкого тілесного ушкодження, його зникнення безвісти.

4.2.2.2. Практика здійснення наукових досліджень в галузі кримінального права і практика удосконалення кримінального законодавства в нашій державі взаємно не обумовлюють одна одну. Внаслідок цього у

КК щороку з'являються нові чи змінені статті, обґрунтування необхідності яких міститься хіба що на одній-двох сторінках пояснювальних записок до законопроектів. При цьому не лише дисертації, а навіть наукові публікації, присвячені аналізу передбачених в цих статтях складів злочинів, готуються постфактум, вже після того, як закон набрав чинності. Не було в Україні жодної серйозної наукової роботи, в якій *de lege ferenda* (з точки зору законодавчого припущення) була б всебічно обґрунтована необхідність встановлення кримінальної відповідальності за діяння, позначені новими статтями Особливої частини КК (усього КК з часу його прийняття доповнено тридцятьма такими статтями).

Розглянемо цю науково-практичну проблему на прикладі ст. 150 «Експлуатація дітей» і ст. 150-1 «Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом», які вперше з'явилися у КК, відповідно, у 2001 і 2009 рр. До того часу аналогів цих статей у кримінальному законодавстві не існувало, судова практика розгляду справ про передбачені ними злочини була відсутня, а тому і в кримінально-правовій доктрині про них практично не згадувалось. Відсутність ґрунтовного наукового аналізу відповідних діянь, які мали місце в реальному житті і підлягали невідкладній криміналізації, стала причиною того, що із самого початку конструкція відповідних складів злочинів мала серйозні вади.

Черговий комплекс проблем у правозастосуванні породило прийняття 5 липня 2011 р. Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо злочинів проти волі, честі та гідності особи», яким внесено зміни до ст. 150 і ст. 150-1, а саме: виключено вказівку на обов'язкову мету вчинення цих злочинів – отримання прибутку; в диспозиції ч. 1 ст. 150 слово «дітей» замінено словом «дитини»; ст. 150 доповнено ч. 3 щодо відповідальності за вчинення експлуатації дітей організованою групою.

Ці зміни є незначними, неоднозначними та, скоріше за все, малокорисними, адже більшість вад ст. 150 і ст. 150-1 КК залишилась. Для початку звернемо увагу на **вади** ст. 150 КК, які не «розгледів» і не виправив законодавець.

Так, зробивши слушну заміну в диспозиції ч. 1 ст. 150 слова «дітей» словом «дитини», він не зробив відповідної заміни у назві цієї статті.

Зміст поняття **«експлуатація дітей»**, уживаного в назві ст. 150, не відповідає аналогічним визначенням цього явища, що існують у літературі та нормативних джерелах. Через це найменування ст. 150 як «експлуатація дітей» є необґрунтованим. Адже багатозначність слова «експлуатація» не дає «читачеві» конкретної інформації щодо забороненого цією нормою діяння. Склалася така ситуація, що в загальнотеоретичних джерелах в поняття «експлуатація» вкладається один зміст, у кримінологічній літературі – другий, у міжнародних актах і ст. 149 – третій, у назві ст. 150 – четвертий, а у ст.ст. 236, 244, 253, 275–277, 286, 287, 363, 415 КК – п'ятий. Між тим, правила законодавчої техніки вимагають

уніфікованого вживання понять і термінів у кримінальному законодавстві. У зв'язку з цим законодавцю слід було б відмовитися від вживання терміна «експлуатація» в назві та диспозиції ст. 150 та використовувати загальнозвучані слова (наприклад, «використання праці»).

Диспозиція чинної редакції ч. 1 ст. 150 не відображає антисоціальний зміст експлуатації дітей. Як було, так і залишається без відповіді питання про те, що саме є основним безпосереднім об'єктом цього злочину: воля, честь, гідність, фізичне і психічне здоров'я дитини, її фізичний розвиток та інтелектуальний рівень, сімейні відносини у сфері отримання неповнолітнім виховання, нормального формування та розвитку дитини, спілкування з батьками, а також інтереси батьків, інтереси дітей (зокрема, їх нормальний фізичний, розумовий та моральний розвиток, освітній рівень), трудові права дітей, комплекс конституційних прав дитини, що забезпечують її нормальний розвиток, чи щось інше? Якщо виходить з назви розділу Особливої частини КК («Злочини проти волі, честі та гідності особи»), в якому розміщена ст. 150, та системного методу тлумачення норм кримінального закону, то виходить, що саме серед цих цінностей слід шукати безпосередній об'єкт експлуатації дітей. Такою цінністю є воля дитини, а тому в ст. 150 доречно було б передбачити кримінальну відповідальність за злочин «Використання примусової праці дитини».

Щоправда, тоді залишається без відповіді питання про соціальну суть і юридичне значення явища, що полягає у використанні добровільної праці дитини, яка завдає шкоду здоров'ю дитини чи створює загрозу завдання такої шкоди. Нині таке діяння не передбачено КК як злочинне, хоча у переважній більшості вітчизняних і зарубіжних праць, присвячених протидії незаконному використанню праці дітей, зазначається, що головною небезпекою дитячої праці є її негативний вплив саме на здоров'я дитини.

Аналіз міжнародних договорів також зумовлює висновок, що міжнародно-правова охорона дітей у сфері виконання ними роботи спрямована, у першу чергу, на захист дітей від виконання роботи, яка завдає або може завдати шкоду їх здоров'ю. Це, зокрема, впливає з положень ст. 32 Конвенції ООН про права дитини, ст. 10 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права та Конвенції Міжнародної організації праці про заборону та негайні заходи щодо ліквідації найгірших форм дитячої праці № 182.

Вітчизняний законодавець також підтримує загальносвітову тенденцію щодо захисту дітей від використання їхньої праці на небезпечних і шкідливих для здоров'я роботах: згідно з ч. 5 ст. 43 Конституції України забороняється використання праці дітей на небезпечних для їхнього здоров'я роботах. Розвиток цієї конституційної гарантії міститься у приписах КЗП (ст. 190), законів «Про охорону праці» (ст. 11), «Про охорону дитинства» (ст. 21). У цьому контексті не зайво нагадати, що охорона

дитинства в Україні визнається стратегічним загальнонаціональним пріоритетом (преамбула до Закону «Про охорону дитинства»), а її здоров'я – найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України).

Ураховуючи викладене, беручи до уваги вразливість дитячого організму до зовнішніх чинників та усвідомлюючи значення благополуччя дитячого населення для розвитку всього світового співтовариства, слід дійти висновку, що використання, хоч і добровільної, праці дитини, однак на небезпечній для її здоров'я роботі, характеризується суспільною небезпекою, а отже, потребує кримінально-правової заборони. Відтак – треба доповнити розділ II Особливої частини КК статтею про кримінальну відповідальність за «використання добровільної праці дитини на небезпечній для її здоров'я роботі». Текстуально таку норму можна було б описати в ст. 137-1, адже запропоноване до криміналізації діяння і злочин, передбачений ст. 137 «Неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей», характеризуються якісною однорідністю та взаємопов'язаністю, зокрема через те, що обидва посягають на здоров'я дитини.

Вікові характеристики потерпілого від експлуатації дітей з використанням конструкції *«які не досягли віку, з якого законодавством дозволяється працевлаштування»* встановлено також необґрунтовано, оскільки:

а) бланкетний зміст цієї конструкції створює враження, ніби трудове законодавство містить єдиний віковий ценз, з якого дозволяється працевлаштування, і саме про нього йдеться в ст. 150 КК. Насправді ж, як чинне (ст. 188 КЗП), так і потенційне (ст. 20 проекту Трудового кодексу) законодавство не містить такого цензу, а за своїм змістом є системою правил щодо працевлаштування молоді, які стосуються виключно роботодавців і працівників;

б) залишається загадкою, чому законодавець вік потерпілого встановив крізь призму трудового права. Суб'єктом цього злочину може бути й не роботодавець, а потерпілим – особа, яка не бажає вступати в трудові відносини. Тому цілком логічно, що вони у відносинах між собою не зобов'язані керуватися нормами трудового законодавства;

в) «вплутування» трудового законодавства в розуміння ознак потерпілого в складі злочину, передбаченого ст. 150, призвело до того, що ця норма (у буквальному розумінні) стала охоплювати собою практично всі відносини з приводу дитячої праці. У ст. 150 КК більш логічним було б використання визначених сімейним законодавством термінів «дитина», «неповнолітній» та/або «малолітній».

Сьогодні використання праці дитини, яка досягла 16-річного віку, незалежно від характеру та інтенсивності виконуваної роботи, не можна кваліфікувати за ст. 150, оскільки така дитина згідно з приписами національного законодавства (ст. 188 КЗП) є такою, що досягла віку працевлаштування. Використання праці осіб віком від 16 до 18 років для

виконання важкої роботи є посяганням, насамперед, на трудові права неповнолітніх (адже залучення дітей такого віку до важких робіт заборонено законодавством) і за наявності відповідних підстав може бути кваліфіковано за ч. 2 ст. 172 КК.

Кримінальний закон передбачає однакову кримінальну відповідальність за експлуатацію, скажімо, як 15-річної, так і 5-річної дитини, що не можна визнати правильним. У спеціальних виданнях, присвячених дослідженню впливу незаконних форм дитячої праці на організм дитини, одностайно стверджується, що чим менший вік дитини, праця якої використовувється, тим більшою шкоди вона (праця) їй завдає. Із цього випливає, що між віком потерпілої дитини та ступенем суцільної небезпечності злочину, передбаченого ст. 150 КК, існує певний зворотній зв'язок. Він мав би бути врахований під час конструювання ст. 150 за допомогою засобів диференціації кримінальної відповідальності. Оскільки, за даними наукових досліджень, майже половина всіх потерпілих від експлуатації є малолітніми, було б логічно запровадити до ст. 150 кваліфікуючу ознаку «вчинені щодо малолітнього».

Аналіз **кваліфікованих складів** злочину «Експлуатація дітей» також дозволив виявити низку вад у цій сфері.

Так, використання неозначено-кількісного числівника *«кілька»* в ч. 2 ст. 150 КК суперечить правилам законодавчої техніки щодо точності юридичних формулювань, оскільки у філології цей числівник вживається для позначення невизначено малої кількості предметів або явищ (у межах від трьох до десяти), а у ч. 2 ст. 150 він вживається у значенні «два чи більше». Тому для позначення двох або більше потерпілих, предметів або явищ у КК (у т.ч. в ч. 2 ст. 150) доцільно вживати однозначний вираз «два чи більше».

Поняття **«істотна шкода для здоров'я»**, що вживається в ч. 2 ст. 150, є оціночним. Оскільки на сьогодні не існує єдиного розуміння змісту цієї ознаки, то для більшої точності закону слід було використати формально-визначений понятійний зворот «середньої тяжкості чи тяжке тілесне ушкодження».

Істотна шкода фізичному розвитку дитини (нормальному процесу становлення та зміни морфологічних чи функціональних властивостей організму дитини або її нормальному морфофункціональному стану) при експлуатації дитини може бути лише похідним наслідком істотної шкоди її здоров'ю, що передбачена в цьому кваліфікованому складі злочину як альтернативний наслідок. Оскільки законодавець передбачив обидва ці наслідки в ч. 2 ст. 150, то зазначений похідний наслідок не впливає ні на ступінь суцільної небезпечності вчиненого, ні на його кваліфікацію. Отже, слід відмовитися від закріплення розгляданого альтернативного наслідку в ч. 2 ст. 150 шляхом виключення слів «фізичному розвитку».

Частина 2 ст. 150 передбачає підвищену кримінальну відповідальність за експлуатацію дитини, що спричинила **істотну шкоду її освітньому рівню**. Аналіз чинного законодавства, а також загальнотеоретичних джерел дозволяє дійти висновку, що під «освітнім рівнем людини» в Україні розуміється певна кількість знань, отриманих нею у процесі навчання. Однак тоді виникає запитання, а яким саме чином експлуатація дитини може спричинити істотну шкоду кількості вже отриманих нею знань? Завдати шкоду вже наявній кількості знань дитини можна лише одним способом – шляхом порушення тих функцій її організму, що забезпечують збереження цієї інформації. Утім, експлуатація, що спричинила такі порушення (наприклад, посттравматичну амнезію), є свідченням завдання дитині тілесних ушкоджень, а тому ці дії мають кваліфікуватися як експлуатація, що спричинила істотну шкоду здоров'ю дитини. Абсурдно вважати, що в ч. 2 ст. 150 передбачається саме такий механізм спричинення шкоди освітньому рівню дитини. Скоріше, під понятійним зворотом «істотна шкода освітньому рівню дитини» законодавець мав на увазі шкоду не освітньому рівню дитини, а нормальному процесу її навчання, тобто процесу підвищення освітнього рівня дитини. Тому краще було б описати цей кваліфікований вид експлуатації дітей за допомогою конструкції «дії, що порушили право дитини на отримання повної загальної середньої освіти».

До речі, у ст. 166 КК під злісним невиконанням батьками встановлених законом обов'язків по догляду над дитиною, що спричинило тяжкі наслідки, як свідчить судова практика, розуміється, зокрема, відставання у розумовому і психічному розвитку дитини внаслідок тривалого невідвідування школи. Саме за це 12 липня 2012 р. Шевченківський районний суд м. Чернівці засудив А. – мати двох малолітніх дітей.*

І Конституція, і трудове законодавство забороняють використання дітей на будь-яких небезпечних для їх здоров'я роботах, а не лише на шкідливому виробництві. До того ж ні визначення поняття «шкідливе виробництво», ні переліку таких виробництв в Україні не існує. Тому в ч. 2 ст. 150 КК слова **«поєднані з використанням дитячої праці в шкідливому виробництві»** слід було б замінити конструкцією «якщо вони полягають у використанні праці дитини на небезпечній для її здоров'я роботі».

На сьогодні експлуатацію, поєднану з використанням дитячої праці на шкідливому виробництві, слід розуміти як експлуатацію дитини на небезпечній для її здоров'я роботі, а саме: важкій роботі; роботі зі шкідливими або небезпечними умовами праці; підземній роботі; роботі, пов'язаній з підійманням або переміщенням речей, маса яких пе-

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 25287257 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

ревищує встановлені для дітей граничні норми, або іншій роботі, яка за своїм характером чи умовами, у яких вона виконується, може завдати шкоду здоров'ю дитини.

4.2.2.3. Як була, так і залишається вкрай невдалою побудова і ст. 150-1 КК, зокрема через те, що в межах однієї статті закріплено два основних склади злочину: 1) використання батьками або особами, які їх замінюють, малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ч. 1 ст. 150-1); 2) використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом сторонніми для неї особами (ч. 2 ст. 150-1). Крім того, ч. 2 ст. 150-1 передбачає одночасно і другий основний склад злочину, і кваліфіковані види складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 150-1, що ускладнює правильне розуміння змісту цієї норми та її застосування.

В ч. 2 ст. 150-1 також передбачено спеціальний вид повторності цього злочину: «Ті самі дії, ... вчинені повторно або особою, яка раніше скоїла один із злочинів, передбачених статтями 150, 303, 304 цього Кодексу». Проте у ст.ст. 150, 303, 304 КК жодних кореспондуючих йому (спеціальному виду повторності) положень (наприклад, у вигляді відповідних кваліфікуючих ознак) немає.

Взагалі, доповнення кримінального закону в 2009 р. ст. 150-1 не лише не вирішило жодних проблем у сфері боротьби з суспільно небезпечним залученням і використанням українських дітей у жебрацтві, а й створило низку нових. Виникло надзвичайно багато запитань, на які складно знайти відповіді:

– у чому відмінність між «втягненням» дитини у заняття жебрацтвом та її «використанням» для заняття жебрацтвом, і чим відрізняється використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150-1) від втягнення малолітніх у заняття жебрацтвом (ч. 2 ст. 304)?

– як правильно кваліфікувати дії особи, яка спочатку «втягувала», а потім і «використовувала» малолітнього для заняття жебрацтвом?

– кого саме треба розуміти у ч. 1 ст. 150-1 під «сторонніми особами», в яких дитина випрошує матеріальні цінності: усіх інших осіб, крім батьків та осіб, які їх замінюють (за таких умов наущення дитини з боку батька-п'яниці випрошувати гроші у рідної бабусі дитини – матері батька – є злочином)? Чи усіх осіб, які не є близькими родичами?

– кого саме треба розуміти у ч. 2 ст. 150-1 під «сторонніми особами»: «використання чужої малолітньої дитини для систематичного випрошування матеріальних цінностей у сторонніх осіб»? Вони є сторонніми для дитини, чи для злочинця, чи для них обох?

– чому ст. 150-1 і ст. 304 знаходяться в різних розділах Особливої частини КК?

– чому потерпілим від злочину, передбаченого ст. 304, може бути як неповнолітній, так і малолітній, а потерпілим від злочину, передбаченого ст. 150-1, – лише малолітній?

– чому в ст. 304 вчинення злочину «батьком, матір'ю, вітчимою, ма-чухою, опікуном чи піклувальником або особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого чи піклування про нього», є кваліфікуючою ознакою, натомість в ст. 150-1 ця ознака є конструктивною, а за вчинення цього злочину «батьками або особами, які їх замінюють», передбачено значно м'якше покарання, ніж за його вчинення «щодо чужої малолітньої дитини»?

– як може таке бути, що втягнення малолітнього батьками або особами, які їх замінюють, у жебрацтво (за певних умов – готування до використання його для жебрацтва) карається позбавленням волі на строк від 4 до 10 років (ч. 2 ст. 304), а безпосереднє використання зазначеними особами малолітнього як жебрака – лише обмеженням волі на строк до 3 років або позбавленням волі на той самий строк (ч. 1 ст. 150-1)?

Відсутність відповідей на поставлені запитання призвела до того, що на практиці використання малолітнього для заняття жебрацтвом часто кваліфікується одночасно за ст. 150-1 і ст. 304, тобто має місце подвійне інкримінування.

Загалом ст. 150-1 є прикладом казуїстичного і вкрай невдалого викладу законодавчого матеріалу та потребує виключення з КК. Проблему законодавчого забезпечення боротьби із залученням (втягненням) і використанням українських дітей у жебрацтво слід вирішувати через удосконалення змісту ст. 149 і ст. 304 КК.

4.2.3. Проблеми криміналізації окремих діянь проти волі, честі і гідності особи

4.2.3.1. Таке діяння, як **примушування**, прямо визнається к.пр. відповідно до КК Білорусі, Литви, Болгарії, Польщі, Швейцарії, Австрії, Іспанії, Італії, Сан-Марино, ФРН, Голландії, Швеції та ін.

Відповідальність встановлено за примушування особи:

- виконати чи не виконувати яку-небудь дію (ст. 185 КК Білорусі);
- вчинити незаконні дії або утриматися від вчинення законних дій чи іншої поведінки (ст. 148 КК Литви);
- вчинити чи не вчинювати дію або перетерпіти що-небудь (ст. 143 КК Болгарії);
- вчинити певну дію, відмовитися від неї чи припинити її (ст. 191 КК Польщі);
- що-небудь зробити, не робити чи перетерпіти певні невігоди, або до інших обмежень у свободі вибору поведінки (ст. 181 КК Швейцарії);
- вчинити дії, потурання чи бездіяльність (§§ 105 і 106 КК Австрії);
- вчинити певні дії, не заборонені законом (ст. 172 КК Іспанії);
- виконати, допустити чи не виконати що-небудь або вчинити к.пр. (ст.ст. 610, 611 КК Італії);
- вчинити дію чи бездіяльність (§ 240 КК ФРН).

При цьому певні спеціальні види примушування розглядаються як його кваліфіковані види (наприклад, у § 240 КК ФРН – примушування до: сексуальних дій; переривання вагітності вагітної жінки; зловживання своїми повноваженнями чи посадовим становищем.

Способами примушування визнаються: певна погроза за відсутності ознак більш тяжкого злочину (КК Білорусі); психічне насильство щодо потерпілого чи його близьких (КК Литви); насильство, погрози чи зловживання владою (КК Болгарії); насильство чи погрози (КК Польщі, КК Італії); насильство чи погроза заподіяння серйозної шкоди (КК Швейцарії); насильство чи небезпечна погроза (КК Австрії); застосування сили (КК Іспанії); насильство чи погроза заподіяння значної шкоди (КК ФРН).

Отже, від примушування завжди і у першу чергу страждає людина, її воля, яку злочинець намагається зламати шляхом застосування насильства, погрози чи в інший спосіб. КК України у цьому аспекті має прогалини. Адже, наприклад, незрозуміло, чому побої, заподіяні з метою залякування (яке, зрозуміло, зазвичай є способом примушування до певних дій чи бездіяльності) потерпілого чи його близьких, суттєво підвищують суспільну небезпеку злочину, передбаченого ст. 126, що враховано у ч. 2 цієї статті, а ця саме мета повністю індіферентна стосовно умисного легкого тілесного ушкодження (ст. 125) та багатьох інших злочинів.

Крім того, у КК України – за відсутності відповідного загального складу – передбачено чимало складів злочину, в яких примушування (примус) розглядається як: а) спеціальний склад злочину (ст.ст. 154, 174, 180, 280, 300, 301, 303, 355, 373, 386, 404); б) діяння у складеному злочині (ч. 3 ст. 342); в) спосіб вчинення злочину (ст. 120, ч. 2 ст. 142, ч. 2 ст. 143, ст. 173); г) мета вчинення злочину (ч. 2 ст. 122, ст.ст. 149, 266).

Отже, з огляду на поширеність таких діянь і з метою зниження загального рівня казуальності кримінального закону, у розділі III Особливої частини КК доцільно визначити окремий склад злочину «Примушування» – як вимагання від людини вчинення протиправних дій або утримання від вчинення правомірних дій відповідно до вказівок винного із застосуванням психічного насильства щодо потерпілого чи його близьких. Кваліфікуючими ознаками такого злочину могли б бути вчинення його: повторно; за попередньою змовою групою осіб; службовою особою із використанням службового становища; щодо дитини, вагітної жінки чи особи, яка перебуває в матеріальній чи іншій залежності від винного. Примушування, поєднане із фізичним насильством, потребувало б кваліфікації за сукупністю злочинів – залежно від характеру і наслідків такого насильства. У КПК цей злочин (без кваліфікуючих ознак) треба визначити як злочин приватного обвинувачення. Водночас потрібно:

– виключити із КК ст. 356 «Самоправство»;

– виключити із деяких статей Особливої частини КК ознаки, що характеризують ті або інші злочини як вчинені із застосуванням примушування (примусу) до певних дій чи бездіяльності (це, зокрема, стосу-

ється: ч. 1 ст. 120 («примус до протиправних дій»), ч. 2 ст. 121 («з метою залякування потерпілого або інших осіб»), ч. 2 ст. 122 («з метою залякування потерпілого або його родичів чи примус до певних дій»), ст. 126 («з метою залякування потерпілого чи його близьких»), ч. 1 ст. 142 і ч. 2 ст. 143 («примушування»), ч. 1 ст. 173 («примус до виконання роботи, не обумовленої угодою»), ч. 3 ст. 342 («погроза застосування насильства») тощо);

– виключити деякі інші статті КК або узгодити їх з новою статтею, як такою, що передбачатиме більш загальний склад злочину (це стосується ст.ст. 280, 303, 355, 373, 386).

4.2.3.2. З прийняттям КК 2001 р. Україна ніби відмовилась від криміналізації **наклепу й образу**, але час від часу українське суспільство знову і знову повертається до цього питання. В період з 2002 по 2012 рр. було кілька боязких спроб провести через парламент законопроект про введення кримінальної відповідальності за наклеп, образу взагалі або за наклеп на певних посадових осіб держави чи їхню образу, але всі вони не були підтримані ні суспільством, ні парламентом. Окремими науковцями висловлюється упевненість в необхідності «реанімації» кримінальної відповідальності за наклеп й образу. Основні аргументи на користь цієї точки зору такі: Конституція України проголошує, що людина, її честь і гідність є найвищою соціальною цінністю; цивільна відповідальність за посягання на честь і гідність людини, на відміну від кримінальної, не переслідує превентивних цілей і не може виступати запобіжним засобом щодо цих благ; законодавство більшості інших держав зберігає кримінальну відповідальність за наклеп й образу*. Інші науковці, керуючись практично тими самими аргументами, пропонують доповнити КК статтями, які б передбачали відповідальність за наклеп, а також за образу: Президента; народного депутата; представника влади; працівника правоохоронного органу, представника громадськості або військовослужбовця; судді; священнослужителя**.

Законом від 16 січня 2014 р., відомим як «Диктаторський закон», який став однією з причин Революції гідності в Україні, КК було доповнено ст. 151-1 «Наклеп». Але ця стаття проіснувала лише тиждень (закон набрав чинності 22, а був скасований 28 січня 2014 р.) і фактично не застосовувалась. Нею була передбачена кримінальна відповідальність за умисне поширення завідомо недостовірних відомостей, що ганьблять честь і гідність іншої особи. Обтяжуючими обставинами були: наклеп у творі, що публічно де-

* Мульченко В. Проблеми охорони честі і гідності особи у кримінальному законі // Право України. – 2002. – № 10. – С. 41–44; Лизогуб Я. Уголовно «оскорбленная» клевета // Юридическая практика. – 2005. – № 11.

** Бортник В.А. Кримінально-правова охорона честі та гідності особи: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: НАВСУ, 2004. – 20 с.

монструється, в засобах масової інформації чи в мережі Інтернет, наклеп, вчинений особою, раніше судимою за наклеп (ч. 2 ст. 151-1), або поєднаний з обвинуваченням у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину (ч. 3 ст. 151-1).

Сьогодні кримінальна відповідальність за наклеп та/або образу насправді існує у деяких державах (утім, фактично вона застосовується вкрай рідко або взагалі не застосовується). Це, наприклад, Росія, Білорусь, Латвія, Литва, Польща, Албанія, Болгарія, Австрія, Сан-Марино, Бельгія, Голландія, ФРН, Швейцарія, Швеція. Крім того, КК деяких з цих держав передбачено відповідальність навіть за докір у вчиненні злочинного діяння, за яке винний був засуджений (§ 113 КК Австрії) і тяжку образу померлого (ст. 267 КК Сан-Марино, ст. 270 КК Голландії, § 189 КК ФРН).

Крім звичайних образи і наклепу (§ 185–187), КК ФРН виділяє наклеп щодо політичного діяча (§ 188). образою можуть бути визнані негативні судження про наукові, художні чи виробничі досягнення, образливі за формою чи обставинами докори керівника щодо своїх підлеглих (§ 193). Окремо встановлена відповідальність за образу: Федерально-го Президента (§ 90); члена конституційного органу (§ 90-b); представника іноземної держави (§ 103).

За КК Білорусі (ст. 188 і ст. 189) образа і наклеп є кримінально караними лише у разі вчинення їх удруге після притягнення за аналогічне діяння до адміністративної відповідальності. З огляду на приватно-правовий характер образи і наклепу, адміністративна преюдиція у цих випадках виглядає дивною. Але Кодекс Білорусі про адміністративні правопорушення (ст. 156-2 і ст. 156-3) дійсно передбачає відповідальність за наклеп й образу, причому за наклеп може бути накладене стягнення у вигляді виправних робіт на строк від одного до двох місяців.

КК Молдови містить більш поміркований підхід: відповідальність настає тільки за наклеп і лише якщо він поєднаний з обвинуваченням особи у вчиненні особливо тяжкого чи надзвичайно тяжкого злочину (ст. 170).

А ось КК Естонії, як і КК України, відповідальність за наклеп і образу пересічного громадянина не передбачає. Згідно з його ст. 275 такі дії є караними, лише якщо вони вчинені щодо представника влади або іншої особи, яка виконує обов'язки з охорони громадського порядку. За ст. 247 і ст. 305 карається наклеп щодо особи, яка користується міжнародним захистом, суду або судді, але образа цих осіб к.пр. не визнається.

У КК Норвегії злочинам проти честі і гідності присвячено дев'ять параграфів спеціальної глави 23. Ці параграфи мають описові диспозиції, в яких злочини визначені надзвичайно конкретно. Наприклад, § 246 визначає відповідальність особи, яка «незаконно словами чи діями порушує почуття гідності іншої особи або сприяє цьому», § 247 – особи,

яка «словами чи діями поводить себе таким чином, щоб нашкодити доброму імені чи репутації іншої особи, піддати ненависті, презирству або призвести до втрати становища, бізнесу, необхідної довіри». Згідно з § 249 покарання за ці діяння не застосовуються, якщо: а) надається доказ правдивості обвинувачення, за винятком випадків, коли діяння вчинене без поважних причин або у недозволеній формі чи манері; б) особа була зобов'язана чи вимушена висловити свою думку або висловила її з метою законно захистити свої чи чужі інтереси і виявила при цьому «належну обережність». Покарання може не застосовуватися, якщо потерпілим у відповідь нанесені тілесні ушкодження чи образа честі і гідності (§ 250).

Глава II розділу 12 Книги 2 КК Італії злочинами проти честі визнає образу (*ingiuria*) і наклеп (зганьблення, *diffamazione* – від лат. – *diffamare* – позбавляти доброго ім'я, ганьбити, порочити) – розголошення відомостей, що ганьблять честь і гідність особи). Як способи образи (ст. 594) розглядаються вчинення її шляхом направлення телеграфного чи телефонного повідомлення, листа чи малюнку. Обтяжує образу поєднання її з приписуванням потерпілій особі певного факту і завдання її у присутності кількох осіб. Не підлягають покаранню образи, які містяться в паперах чи в словах, які промовляються сторонами чи їх представниками перед судовою чи адміністративною владами, якщо ці образи стосуються змісту відповідного спору (ст. 598). Не є караними образа і наклеп, вчинені у стані гніву, викликаному неправомірною дією іншого, негайно після цієї дії, а якщо образа є взаємною, суддя може не піддати покаранню одного чи обох винних (ст. 599). Таке положення у різних варіаціях є практично в усіх КК європейських держав, які передбачають відповідальність за образу. Наклеп (ст. 595) відрізняється від образи тим, що вчинюється у відсутності потерпілого, хоча й у присутності інших осіб. Так само, як і образу, обтяжує наклеп поєднання його з приписуванням потерпілій особі певного факту, а крім того – вчинення його шляхом опублікування або стосовно політичної, адміністративної чи судової корпорації.

Згідно з КК Іспанії наклепом (ст. 206) вважається тільки обвинувачення у вчиненні злочину. Що стосується образи (ст.ст. 209–211), то злочинною визнається тільки образа, яка за своїми характеристиками і обставинами є серйозною за суспільним сприйняттям. Коли образа спрямована проти посадової особи і стосувалась виконання нею своїх обов'язків або вчинення кримінальних проступків чи адміністративних порушень, то обвинувачений в образі звільняється від покарання, якщо доведе істинність своїх обвинувачень.

Тут доречно згадати відому справу Лінгенса проти Австрії (Lingens v. Austria), в якій ЄСПЛ розглядалась колізія між § 111 КК Австрії і ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Як відомо, ст. 10 Конвенції гарантує кожній людині право на свободу виявлення погля-

дів, яке включає, зокрема, свободу поширювати інформацію та ідеї. Але згідно зі ст. 10 це право може бути предметом обмежень або покарання, які встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві, у т.ч. для захисту репутації або прав інших людей. Згідно із § 111 КК Австрії карається будь-яка особа, яка обвинуватила іншого у тому, що він має негідний характер чи погляди, або у поведінці, яка суперечить честі чи моральності, або іншим чином принижує оцінку його суспільством; при цьому виконавець не підлягає покаранню, якщо факти виявились правдивими. Журналіст Лінгенс був засуджений австрійським судом за те, що вжив у своїх статтях деякі вирази («аморально», «непорядно» тощо) стосовно особи, яка на той час була Федеральним канцлером держави. ЄСПЛ виніс 8 липня 1986 р. рішення, в якому вказав на порушення ст. 10 Конвенції. Також Суд зазначив, що треба ретельно відрізняти факти і судження про цінності: якщо наявність фактів можна довести, то вірність суджень про цінності недоказова. Оскільки факти, на яких Лінгенс ґрунтував своє судження про цінності, були безспірно правдивими, а вимога щодо встановлення правдивості суджень про цінності є нездійсненною, засудження Лінгенса ущемляє власне свободу переконань.

Важливим видається й інший висновок Суду: межі прийнятної критики є ширшими, якщо вона стосується політичного діяча, а не приватної особи; на відміну від останньої, перший неминуче і свідомо ставить кожне своє слово і вчинок під пильний контроль як журналістів, так і широкої громадськості, і, відповідно, має виявляти більше терпимості.

Пізніше ЄСПЛ ще більше розширив межі свободи виявлення поглядів. У справі «Торгер Торгерссон проти Ісландії» (Thorger Thorgerisson v. Iceland) він своїм рішенням від 25 червня 1992 р. визнав порушенням ст. 10 Конвенції засудження особи за дифамацію на основі її публікації, в якій неназвані службовці поліції були обвинувачені (до винесення обвинувального вироку суду) в актах жорстокості.

Аргументами «contra» введення в Україні кримінальної відповідальності за наклеп й образу можуть бути такі:

– власне поняття «честь» і «гідність», як зазначено вище, є категоріями не правовими, а морально-філософськими і мають особисто-суб'єктивний характер. Наявність честі і ступінь гідності кожна людина визначає для себе самостійно, індивідуально та суб'єктивно, а так само має право самостійно робити висновок про те, чи призвели дії інших осіб, зокрема поширення недостовірної інформації, до приниження її честі і гідності. Використання морально-філософських категорій у кримінальному законодавстві вкрай небажане через їхню неконкретність, аморфність. Склад злочину завжди повинен бути конкретним;

– очевидно, що цивільно-правовий інститут захисту честі, гідності й репутації особи в силу своєї непублічності і неполітизованості, на відміну від аналогічного кримінально-правового інституту, не тільки юридично, а й фактично поширюється на всіх осіб незалежно від їхніх політичних переконань, займаних посад, інших ознак і тому є достатнім правовим засобом для забезпечення захисту прав людини в цій сфері. Наявність кримінальної відповідальності за наклеп створює певну колізію між відповідними нормами КК і ЦК, які передба-

чають захист честі, гідності і ділової репутації шляхом спростування інформації, яка не відповідає дійсності, і відшкодування майнової та моральної шкоди, заподіяної поширенням недостовірної інформації. Немайнові особисті права людини, якими є честь, гідність, ділова репутація, стосуються предмета регулювання саме цивільного права як галузі приватного права, на відміну від права кримінального, яке є правом публічним;

– за наявності цивільної відповідальності за наклеп усі можливі й достатні види сатисфакції одержує саме та особа, стосовно якої були поширені завідомо неправдиві відомості. Кримінальне покарання має на меті не тільки покарати правопорушника і виправити його, а й запобігти вчиненню іншими особами нових к.пр. Тому, наприклад, штраф, стягнутий за наклеп, іде в дохід держави;

– у випадках, коли наслідком вчиненого наклепу є самогубство потерпілого або притягнення його до кримінальної відповідальності, винна особа за наявності підстав притягується до кримінальної відповідальності за ст. 120 або ст. 383 КК. Тобто найбільш ймовірні і тяжкі наслідки наклепу або діянь, суміжних з наклепом, вже враховані законодавцем;

– кожна особа вирішує на свій розсуд, чи користуватися належним їй правом, зокрема правом на захист власної честі, гідності і репутації від посягань. Це не може бути правом прокурора чи слідчого, так само, як не можуть останні нав'язувати потерпілій своє уявлення про те, були, скажімо, її статеві стосунки добровільними чи примусовими. У цьому зв'язку слід згадати про парадоксальну, з погляду здорового глузду, поведінку так званих «зірок шоу-бізнесу», які не тільки не вживають заходів до спростування поширюваної про них у ЗМІ недостовірної інформації (навіть тієї, яка, на погляд звичайної людини, ганьбить честь і гідність), а й заохочують подібні дії, і таким способом додають собі популярності. Які суспільні інтереси за таких обставин буде захищати слідчий чи прокурор, порушивши кримінальне провадження про наклеп?*

Що стосується встановлення кримінальної відповідальності за наклеп чи образу щодо представника влади чи іншої конкретної категорії осіб, то забезпечення більш надійного і суворого кримінально-правового захисту певної категорії громадян за відсутності вагомих доводів того, що саме ці категорії громадян зазнають більшої, ніж інші, небезпеки у випадку вчинення стосовно них певних протиправних діянь, може бути розцінене як надання привілеїв за ознаками соціального, посадового становища тощо і суперечить принципу рівності конституційних прав і свобод та рівності кожного перед законом.

* Докладніше див.: Хавронюк Н.: Экспертное заключение по результатам исследования избранных статей проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан // <http://www.internews.kz/newspage/26-02-2014/4805>

4.2.3.3. Згадавши про кримінальну відповідальність за наклеп й образу, варто згадати і про те, що у старі часи в Україні наслідком такого посягання на честь та гідність міг бути виклик на дуель (від лат. *duellum* – двобій), і що сьогодні в деяких державах світу (Голландія, Італія, Сан-Марино) всупереч принципу монополії держави на насильство зберігається як дуель – суворо регламентований дуельним кодексом двобій з метою задовольнити бажання одного з дуельнтів відповісти за наругу над його честю та гідністю з дотриманням чесних і рівних умов бою, – так і кримінальна відповідальність за **дуель**.

Наприклад, згідно з ст.ст. 394–396 КК Італії злочинами визнаються:

– виклик на дуель, хоча б він і не був прийнятий, і прийняття виклику, – хоча б дуель і не відбулась;

– підмовляння зробити виклик на дуель або прийняти такий виклик, передача виклику на дуель, – за умови, що дуель відбулась;

– публічне нарікання особі з приводу того, що вона не билась на дуелі;

– використання зброї під час дуелі, хоча б цим і не було спричинено поранення противника. Заподіяння тілесного ушкодження або смерті посилює покарання;

– участь в дуелі як свідка секунданта чи інше сприяння дуелі.

КК Італії водночас регламентує проведення дуелі. Так, у ст. 397 визначено, що замість постанов ст. 396 застосовуються постанови глави I «Злочини проти життя і особистої недоторканності» розділу XII, якщо було порушено такі вимоги, зокрема: а) умови дуелі не встановлені попередньо, або дуель відбулась не в присутності свідків чи секундантів; б) зброя була прицільною чи багатоствольною; в) під час дуелі було допущено обман; г) умови дуелі не були рівними для обох сторін.

Легалізація дуелі, поєднана з чітким визначенням її умов, у певні часи могла бути і була фактором стримування умисних вбивств і заподіяння тілесних ушкоджень з мотивів помсти, а також фактором виховання більш поважного ставлення чоловіків один до одного, до взаємної честі та гідності. Але положення про дуель, зокрема у такому вигляді, як вони визначені в одних із найбільш старих в Європі КК Італії чи КК Голландії, відображають традиції цих держав, наразі є анахронізмом і не мають міститися визначені у КК України.

Література

- Володіна О.О. Кримінальна відповідальність за викрадення людини. – Харків: СПД ФО Мальцев О.В., 2005. – 221 с.
- Калмиков Д.О. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Луганськ, 2010. – 309 с.
- Давидович І., Онопенко В. Захоплення заручників: проблеми визначення об'єктивної сторони та співвідношення з іншими посяганнями // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 6. – С. 127–130.
- Хавронюк М.І., Калмиков Д.О. Деякі питання удосконалення відповідальності за злочини проти волі дитини // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 10. – С. 42–48.

Запитання і завдання

1. Назвіть основні особливості злочинів проти волі, честі та гідності особи.

2. Розкрийте зміст поняття «експлуатація людини», як воно розуміється у ст. 149 і ст. 150 КК України.

3. Які зміни мають бути внесені до КК України у разі криміналізації примушування, вчиненого шляхом психічного насильства щодо потерпілого чи його близьких?

4. Яке ваше ставлення до криміналізації наклепу й образи? Обґрунтуйте свою позицію.

Рекомендуємо прочитати

- Джолі Піколт «Викрадення».

Радимо подивитись

- Амістад (США, 1997, режисер Стівен Спілберг).
- Крик у темряві (Австралія, США, 1988, режисер Фред Скепісі).
- Собачий полудень (США, 1975, режисер Сідні Люмет).
- Заручник (Німеччина, США, 2005, режисер Флоран Еміліо Сірі).
- Кавказька полонянка, або Нові пригоди Шурика (СРСР, 1967, режисер Леонід Гайдай).
- Живий товар (Канада, США, 2005, режисер Кристіан Дюге).

4.3. Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи

4.3.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти статевої свободи і статевої недоторканості особи

4.3.1.1. Статева свобода і статева недоторканість особи є родовим об'єктом к.пр., норми про відповідальність за які об'єднані в розділ IV Особливої частини КК. До к.пр. проти статевої свободи та статевої недоторканості особи українським законодавцем віднесені: зґвалтування (ст. 152); насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (ст. 153); примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154); статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 155); розбещення неповнолітніх (ст. 156).

Сферу сексуальних відносин зачіпають й інші злочини. Вони, щоправда, вважаються кримінально караними посяганнями на моральність. Це: введення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів

(ст. 301), створення або утримання місць розпусти і звідництво (ст. 302), сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією (ст. 303 КК). У літературі зустрічається пропозиція перенести ст.ст. 301, 302 і 303 до розділу IV Особливої частини КК, змінивши назву останнього на «Злочини проти статевої волі і моральності». Ця пропозиція певною мірою враховує відповідний зарубіжний досвід, адже у кримінальному законодавстві Аргентини, Іспанії, Латвії, Польщі, Таїланду, ФРН і Швейцарії та деяких інших держав звідництво, сутенерство, проституцію і порнографію віднесено до статевих злочинів.*

Очевидно, що примушування до зайняття проституцією, каране за ч. 1 ст. 303, є формою злочинного порушення статевої свободи особи, спорідненою із передбаченим ст. 154 КК примушуванням до вступу в статевий зв'язок. Насамперед від примушування до зайняття проституцією страждає статевая свобода особи, тоді як моральність треба визнавати додатковим об'єктом цього к.пр. З точки зору КК статевая свобода або статевая недоторканість особи може виступати додатковим безпосереднім об'єктом к.пр., відповідальність за які встановлена іншими нормами, а не тими, що об'єднані в розділ IV. Це стосується і передбаченого ст. 303 КК сутенерства або втягнення особи в зайняття проституцією.

Статевая свобода – це право особи самостійно обирати собі партнера для сексуального спілкування, форму такого спілкування і не допускати у сфері сексуального спілкування будь-якого примусу. Доросла і психічно здорова людина сама визначає, з ким і в який спосіб вона задовольнятиме власні статеві потреби. Інакше кажучи, статевая свобода пов'язується із спроможністю особи розпоряджатись собою у сфері сексуального спілкування.

Статевая недоторканість означає охоронюваний кримінальним законом стан, за якого забороняється вступати у сексуальні контакти з особою, яка з певних причин (наприклад, через недосягнення статевої зрілості) не є носієм статевої свободи. Взагалі недоторканість, будучи поняттям абсолютним, означає, що певні інтереси недоторканної особи за жодних умов не можуть бути порушені іншою особою, а будь-які сексуальні дії, вчинені щодо недоторканної особи, визнаються кримінально караними.

Закріплена у кримінальному законодавстві тієї чи іншої держави система статевих к.пр. має історично мінливий характер і визначається чималою кількістю факторів, зокрема усталеним у суспільстві укладом статевих відносин, проголошеними пріоритетами правового захисту, зумовленими у т.ч. цивілізаційними та релігійними чинниками.

* Джужа О.М. Запобігання злочинам, що пов'язані із сексуальним насильством: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – С. 44–45, 92.

Законодавство дореволюційної Росії визнавало злочином не лише любодіяння (цим поняттям охоплювалось у т.ч. зґвалтування і розбещення малолітньої особи), а і перелюбство (статевий зв'язок того, хто перебував у шлюбі, із сторонньою особою), зваблювання (втягнення незаміжньої особи жіночої статі у статевий зв'язок шляхом урочистої обіцянки вступити з жінкою у шлюб), мужолозтво і кровозмішення. Кримінальне законодавство окремих зарубіжних держав, яке також визнає зваблювання злочином, встановлює спеціальні вимоги до потерпілої особи: вона має бути незаманою неповнолітньою дівчиною (Бразилія, Панама, Уругвай, Чилі), незаміжньою жінкою хорошої репутації (Філіппіни) або просто чесною жінкою (Болівія, Гватемала, Еквадор).

У державах, кримінальне законодавство яких ґрунтується на нормах шариату, сувора відповідальність зберігається за перелюбство (позашлюбні статеві зносини), яке розглядається як небезпечне посягання на продовження роду, засади моралі та інтереси сім'ї. Так, у Лівії, яка на початку 70-х рр. XX століття встала на шлях ісламізації правової системи, за цей злочин відповідно до вимог Корану встановлено тілесне покарання у вигляді 100 ударів шкіряним бато́гом, однак забивання ка́мінням на смерть (раджм), як цього вимагає Сунна пророка Мухамеда, не передбачено. Взагалі питання про правомірність раджму як покарання за перелюбство мусульманськими юристами вирішується суперечливо. Сьогодні порушення подружньої вірності визнається злочином і в деяких інших державах (Венесуела, Індія, Мексика, Сан-Маріно, Філіппіни), а також у 23 штатах США*.

У колишньому СРСР, починаючи з 1934 р., існувала кримінальна відповідальність за добровільне мужолозтво. В сучасній Україні виходять з того, що здійснюваний на добровільних засадах гомосексуалізм, тобто сексуальний потяг до осіб своєї статі, має розглядатись не як діяння, заборонене під загрозою кримінального покарання, а як особливий стан організму людини, нетипова сексуальна поведінка. В сучасному світі, за даними різних досліджень, стійку гомосексуальну орієнтацію мають до 6% чоловіків і до 4% жінок. ВООЗ не визнає такі прояви сексуальної орієнтації, як гомосексуалізм і бісексуальність (сексуальний потяг до осіб обох статей), психічними патологіями.

У справі «Даджен проти Сполученого королівства» (1981 р.) ЄСПЛ встановив, що кримінально-правова заборона добровільних приватних гомосексуальних стосунків між дорослими чоловіками, які можуть адекватно оцінювати і контролювати свої дії, порушує положення ст. 8 ЄКПЛ «Право на повагу до приватного і сімейного життя»**. Подібні рішення, винесені ЄСПЛ, змусили законодавців Австралії, Ірландії та Кіпру скасувати кримінальну відповідальність за гомосексуальні зв'язки. Водночас кримінальна відповідальність за добровільне мужолозтво існує у багатьох мусульман-

* Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 189.

** Европейский суд по правам человека: Избранные решения: В 2 т. – Т. 1 / Председатель ред. кол. В.А. Туманов. – М.: НОРМА, 2001. – С. 360–384.

ських державах. А в деяких державах (Болгарія, Греція, Канада, Куба, Румунія, Сан-Марино) спостерігається «залишкова криміналізація» добровільного мужолозтва – злочинами визнаються вчинення актів мужолозтва за винагороду або в публічному місці, схилення інших осіб до таких актів, пропаганда мужолозтва тощо.

Взагалі світові тенденції розвитку кримінального законодавства про відповідальність за статеві злочини полягають як у послідовній його лібералізації (проявляється, зокрема, у декриміналізації перелюбства, зваблювання, добровільного мужолозтва) та усуненні гендерної нерівності, так і в посиленні кримінально-правового захисту дітей від різних форм сексуального насильства і сексуальної експлуатації.

4.3.1.2. Суспільна небезпека розглядуваних к.пр. визначається не лише посяганням на статеву свободу або статеву недоторканість особи, а і заподіянням шкоди іншим цінностям – нормальному фізичному, психічному і духовному розвитку дітей, здоров'ю, честі і гідності особи, власності тощо. Передчасний (до досягнення статевої зрілості) вступ у статевий зв'язок може завдати серйозної шкоди здоров'ю підлітка (пошкодження статевих органів, анального отвору, органів черевної порожнини, сильні кровотечі тощо), викликати безпліддя, а розбещення неповнолітніх здатне викликати у потерпілих від цього к.пр. різні статеві збочення.

Вважається, що сексуальна спрямованість психіки підлітка є небажаною: раннє статеве життя, штучно стимулюючи статеву потребу, не лише загострює ризик настання відповідних захворювань (у т.ч. венеричних) і абортів, а і перешкоджає нормальному дозріванню психосексуальної індивідуальності, відволікає увагу від досягнення соціально важливих цілей (отримання освіти, вибір професії тощо), породжує психологічні проблеми – робить підлітків цинічними, безсоромними, нездатними розуміти глибокі почуття, що може негативним чином вплинути на майбутнє сімейне життя підростаючого покоління.

Психічні розлади як наслідок зґвалтування, яке є найбільш небезпечним і поширеним статевим к.пр., нерідко переслідують жінку протягом всього її життя. У зв'язку з тим, що зґвалтування здатне викликати розвиток психогенних реакцій, фахівці навіть виділяють «синдром травми зґвалтування», який потребує психіатричного спостереження і лікування. Цей синдром може виявлятися у страху, тривожності, постійній напрузі, втраті самоповаги, відчутті своєї вразливості. У багатьох жертв зґвалтування спостерігаються тривалі депресії, апатія, різні фобії, надовго зберігається недовіра до оточуючих. Жертви зґвалтувань порівняно з жінками, які не ставали потерпілими від цього к.пр., удев'ятеро частіше намагаються накласти на себе руки. У жінок віком від 15 до 44 років зґвалтування і насильство у сім'ї скорочують життя більше, ніж ракові захворювання, війни і дорожньо-транспортні пригоди.

4.3.1.3. Кримінальні правопорушення, передбачені розділом IV Особливої частини КК, залежно від того, чи застосовується при їх вчиненні фізичне та психічне насильство, традиційно поділяються на: 1) насильницькі статеві к.пр. (ст.ст. 152, 153, 154); 2) ненасильницькі статеві к.пр. (ст.ст. 155, 156).

Така **класифікація** є доволі умовною. Адже зґвалтування і задоволення статевої пристрасті неприродним способом, вчинені з використанням безпорадного стану потерпілої особи, коли волевиявлення останньої не придушується, а просто ігнорується, лише з певною часткою умовності можуть називатись насильницькими к.пр.

З урахуванням того, що поєднані з використанням безпорадного стану потерпілої особи зґвалтування і задоволення статевої пристрасті неприродним способом навряд чи можуть називатись насильницькими діяннями, цим менш суспільно небезпечним посяганням можна було б присвятити окремі кримінально-правові норми. Подібний підхід втілено, наприклад, у КК Польщі. Згідно з цим Кодексом статеві зносини, вчинені з використанням безпорадного стану потерпілої особи, визнаються (якщо виходити з порівняльного аналізу санкцій ст. 197 і ст. 198 КК) привілейованим складом злочину «зґвалтування». За КК Швеції (ст. 1 і ст. 3 глави 6) вступ у статеві зносини з особою, яка перебуває у безпорадному чи іншому подібному недієздатному стані або страждає на психічний розлад, є відмінною від зґвалтування сексуальною експлуатацією, яка, будучи вчиненою за відсутності обтяжуючих обставин, карається менш суворо, ніж зґвалтування.

Статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, віднесені згідно із запропованою класифікацією до ненасильницьких к.пр., можуть бути і недобровільними, супроводжуватися певними погрозами, що дозволяє констатувати наявність психічного насильства. Розбещення неповнолітніх, також визнане ненасильницьким к.пр., може поєднуватись із застосуванням до потерпілої особи фізичного і психічного насильства.

4.3.1.4. Із 474 осіб, засуджених в Україні в 2013 р. за к.пр., передбачені розділом IV Особливої частини КК, засуджено за: насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (ст. 153) – 121 особу; примушування до вступу у статевий зв'язок (ст. 154) – 1 особу; статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 155) – 32 особи; розбещення неповнолітніх (ст. 156) – 79 осіб. Більшість (241 особа) засуджено за зґвалтування (ст. 152).

Кількість офіційно зареєстрованих відповідних к.пр. є приблизно у 1,5 рази більшою, ніж кількість засуджених за них осіб, а реальна кількість таких правопорушень – значно більшою. Основні причини нерезєстрації відповідних к.пр. – небажання розголосу і побоювання помсти злочинця.

Для порівняння: в ФРН, де мешканців лише на 45% більше, ніж в Україні, і мешканці якої, у т.ч. діти, традиційно повідомляють в поліцію про всі відомі їм випадки вчинення злочинів, в 2012 р. було офіційно зареєстрована-

но 12623 випадки сексуальних зловживань стосовно дітей – приблизно в 40 разів більше, ніж в Україні^{*}. Тож запитання: українці у стократ більш законслухняні, ніж німці? Чи наша правоохоронна система у стократ гірше захищає людей?

4.3.2. Кримінальні правопорушення проти статевої свободи особи

4.3.2.1. Відповідно до ст. 152 КК **зґвалтування** – це статеві зносини із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосуванням або з використанням безпорадного стану потерпілої особи.

Це к.пр. по-різному поширене серед країн світу, наприклад у США на 100 тис. жінок припадає 36 випадків зґвалтування, в Японії – 12, Англії – 3, Польщі – 7, а в Україні – 20.

За даними МВС, у 2011 р. офіційно зареєстровано 586 випадків зґвалтувань, а у 2012 р. – 486. У 2005–2012 рр. найменше зґвалтувань зареєстровано в Тернопільській, Чернівецькій, Івано-Франківській і Миколаївській областях – від 2 до 8 випадків на рік, а найбільше – в Одеській, Харківській, Дніпропетровській і Донецькій областях (в останній у 2008 р. було зафіксовано рекордний показник – 137 зґвалтувань). Проте з року в рік рівень зареєстрованого сексуального насильства поступово зменшується: якщо в цілому по Україні у 2006 р. зареєстрована кількість зґвалтувань становила 993, то в 2011 р. – 630^{**}.

Потерпілим від зґвалтування може бути й особа, яка перебуває з винним в офіційному або «фактичному» шлюбі: ст. 152 КК не містить обмежень у тому аспекті, що зґвалтуванням визнаються лише позашлюбні статеві зносини.

*Як було зазначено, у 1992 р. у Мюнхені (ФРН) при винесенні вироку за зґвалтування чоловіком своєї дружини, шлюб – це не магазин самообслуговування із задоволенням сексуальних потреб; на вступ у статеві зносини потрібна згода і чоловіка, і дружини^{***}. Причиною зґвалтування може бути не лише задоволення сексуальних потреб, а й прагнення підкорити жертву.*

Дореволюційні криміналісти (Л.С. Білогриць-Котляревський, О.В. Лохвицький, М.А. Неклюдов, М.С. Таганцев, І.Я. Фойницький) не визнавали потерпілою від зґвалтування власну жінку чоловіка, виходячи з того, що злягання є кінцевою метою шлюбу, а жінка, вступаючи у шлюб, тим самим відмовляється щодо свого чоловіка від права недоторканості.

^{*} Место преступления: Германия // Аргументы и факты. – 2013. – № 28.

^{**} <http://infoflight.org.ua/charts/analiz-dinamiki-ta-geografiyi-zlochiviv-zgvaltuvannya-ta-zamah-u-2005-2012-rokah-v-ukrayini>

^{***} Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. А.И. Коробеева. – Т. II: Преступления против личности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – С. 497.

«...Головними послугами, що їх у шлюбі надає жінка, є секс та народження дітей, і коли жінка відмовляється надати їх своєму чоловікові, вона повстає проти самої суті шлюбу»*.

У деяких сучасних державах (як правило, мусульманських – Бруней, Індія, Індонезія, Малайзія, Ліван, Оман, Сінгапур) не вважається зґвалтуванням насильницький або вчинений чоловіком в інший притаманний для зґвалтування спосіб статевий акт із власною дружиною.

Згідно з § 203 КК Австрії, якщо особа вчиняє стосовно свого подружжя чи того, з ким вона перебуває у незареєстрованому шлюбі, зґвалтування чи сексуальне примушування без обтяжуючих обставин, то кримінальне переслідування є можливим тільки за заявою потерпілої особи. Передбачене ст. 190 КК Швейцарії зґвалтування дружини, вчинене її чоловіком, який проживає з нею спільно, карається тільки за скаргою, яка має бути подана не пізніше 6 місяців.

Стаття 262 КК штату Каліфорнія закріплює дві умови, дотримання яких уможлиблює кримінальне переслідування за зґвалтування подружжя: 1) якщо протягом року інформація про таке діяння була доведена до відома названих у законі осіб – медичного працівника, адвоката, священника, співробітника агентства по боротьбі із зґвалтуваннями тощо; 2) припущення потерпілого про зґвалтування було підтверджено незалежним доказом. Сьогодні зґвалтування подружжя визнається злочином лише у 12 штатах США. В інших штатах закони не визнають чоловіка суб'єктом зґвалтування своєї дружини на тій підставі, що шлюб є свідченням згоди жінки на сексуальні зносини.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 477 КПК 2012 р. зґвалтування, передбачене ч. 2 ст. 152 КК (а саме зґвалтування, вчинене повторно або особою, яка раніше вчинила будь-який із к.пр., передбачених ст.ст. 153–155 КК), якщо такий злочин вчинено чоловіком (дружиною) потерпілого, віднесено до к.пр., провадження щодо яких розпочинатиметься лише на підставі заяви потерпілого.

На кваліфікацію за ст. 152 КК не впливає віктимна поведінка потерпілої особи, моральний аспект її характеристики (наприклад, вона є півою, веде безладне статеве життя), наявність попередніх статеви́х зносин з тим, хто притягується до відповідальності за її зґвалтування, досягнення нею шлюбного віку або статевої зрілості.

У дореволюційній літературі пропонували підходити до кримінально-правової оцінки статеви́х зносин із розбещеною (продажною) жінкою диференційовано. Стверджували: коли насильство застосовувалось до повії у публічному будинку або у приватному помешканні, куди жінку запросили для статеви́х зносин, насильницьке любодіяння (зґвалтування) було відсутнє, оскільки наявність відповідної згоди жінки у таких випадках передбачалась. Однак якщо насильство застосову-

* Ричард А. Познер. Економічний аналіз права / Пер. з англ. С. Савченка. – Харків: Наук. вид-во «Акта», 2003. – С. 298.

валось за умов, коли ця жінка «собою не промишляла», кваліфікація вчиненого як зґвалтування не виключалась*.

*Більш радикальний підхід зводився до того, що повія (рос. мовою – «непотребная женщина») як особа, яка не має ні честі, ні цноти, потерпілою від зґвалтування визнається не повинна. «Закон не може ставити на одну дошку бордельную девку с целомудренной женщиной; промышляющая развратом целомудрия не имеет и продает свою честь по таксе или кто даст дороже; ее упорство – упорство с целью надбавки платы, а не по чувству стыда или омерзения... ее честь отдана на произвол и женатому, и холостому, и малолетнему, и старцу – кто первый забезжит с деньгами в кармане; а можно ли считать разбоем взятие силою в лавке товара с уплатой за него денег!» – пише М.А. Неклюдов**.* Німецький криміналіст П.А. Фейербах, який працював у XIX столітті, вважав неможливим зґвалтування жінки, яка надає своє тіло для задоволення бажання будь-кого. Насильницькі статеві зносини з повією пропонувалось розглядати за загальними правилами про насильницькі дії проти особи. На сьогодні практично в усьому світі скасовано закони, згідно з якими не вважалося кримінально караним діянням зґвалтування повії чи іншої жінки «легкої» поведінки; ще у XX столітті такі закони існували в Італії, США, Фінляндії***.

Потерпілою від аналізованого к.пр. відповідно до КК 2001 р. може бути особа як жіночої, так і чоловічої статі. У період чинності КК 1960 р. насильницькі статеві посягання жінок на чоловіків у доктрині й судовій практиці тлумачились як злочини проти особи (заподіяння тілесних ушкоджень, незаконне позбавлення волі, образа) або як хуліганство. Визнання зґвалтування кримінально караним порушенням статевої свободи лише жінки інколи критикувалось на тій підставі, що Конституцією України гарантується рівність усіх громадян перед законом. Можливість визнання чоловіка потерпілим від зґвалтування – істотна законодавча новела порівняно з КК 1960 р., правильність якої не є очевидною****.

Треба зазначити, що подібні до закріпленого у ст. 152 КК «гендерно нейтральні» визначення зґвалтування, що не беруть до уваги природні біологічні відмінності між чоловіком і жінкою, сформульовані у кримінальному законодавстві й інших держав, зокрема Австралії, Болівії, Венесуели, Німеччини, Румунії, Франції, Словенії, частини штатів США.

* Фойницкий И.Я. Курс уголовного права: Часть Особенная. Посягательства личные и имущественные права. – СПб., 1912. – С. 140; Белогриц-Котляревский Л.С. Учебник русского уголовного права: Общая и Особенная части. – Киев-Петербург-Харьков, 1904. – С. 523–524.

** Неклюдов Н.А. Руководство к Особенной части русского уголовного права. – Т. 1: Преступления и проступки против личности. – СПб., 1876. – С. 406.

*** Хавронюк М.І. Відповідальність за зґвалтування: в Україні і за кордоном // Право і суспільство. – 2009. – № 3. – С. 79.

**** Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: Наук.-практ. посібн. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 46–54.

В одному з новітніх наукових джерел можна прочитати: «Частка жінок переважає серед осіб, які потерпіли від зґвалтування (у середньому 83,9%)...» (Кулик О.Г. Злочинність в Україні: теорія і практика кримінологічного дослідження: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2013. – С. 20). Виходить, що у понад 16% зґвалтувань потерпілими були чоловіки?!

Видається, що про наявність природних статевих зносин, а отже, про зґвалтування чоловіка жінкою з точки зору застосування ст. 152 КК є підстави вести мову лише у випадках сексуального збудження чоловіка і виникнення стану ерекції його статевого члена під впливом тактильної, слухової, зорової, нюхової або смакової стимуляції.

4.3.2.2. Під **статевими зносинами** у ст. 152 КК розуміється природний (гетеросексуальний, пенільно-вагінальний) акт між особами протилежної статі. Йдеться про коїтус – сполучення чоловічих і жіночих статевих органів, яке може викликати вагітність, – введення ерегованого статевого члена чоловіка у піхву жінки. Відповідно, з точки зору кваліфікації за ст. 152 КК не визнаються статевими зносинами сім'явипорскування на статеві органи жінки навіть із наступним заплідненням, якщо це не поєднується з проникненням статевого члена чоловіка у піхву жінки, а також тертя по жіночих статевих органах, губах і сідницях язиком, руками, штучним фалосом, іншими предметами, у т.ч. тоді, коли останні вводяться в піхву, рот чи анальний отвір.

Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВС скасовано вирок Ленінського районного суду м. Вінниці, яким П. засуджено за ч. 1 ст. 122 КК 2001 р. і ч. 3 ст. 117 КК 1960 р., а кримінальну справу щодо нього направлено на новий судовий розгляд. Визнавши П. винним у вчиненні зґвалтування, районний суд у вирокі при викладенні обвинувачення, визнаного доведеним, вказав, що засуджений із застосуванням фізичного насильства щодо потерпілої Т. вчинив задоволення своєї статевої пристрасті. Тобто у вирокі помилково вказано на вчинення дій, що утворюють склад іншого статевого злочину, а не зґвалтування.*

Зґвалтування визнається закінченим з моменту початку статевого акту всупереч волі потерпілої особи. При цьому не вимагається продовження копулятивних фрікцій (зворотно-поступальних рухів статевого члена чоловіка у піхві), еякуляції (закінчення статевого акту у фізіологічному розумінні) і дефлорації (порушення цілості дівочої пліви).

За загальним правилом, за послідовністю дій насильство як спосіб вчинення зґвалтування завжди передує статевим зносинам, тобто застосовується до початку статевих зносин. Утім, не виключені випадки, коли особа добровільно погодилась на статеві зносини, але після їх початку «відкликає» свою згоду (наприклад, через больові відчуття: жінка може страждати на вагінізм – хворобливу чуттєвість в області статевих органів тощо). Застосування фізичного насильства для продовження статевих зносин, розпочатих на добровільних засадах, у тому разі, коли

* Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки. – К.: Істина, 2011. – С. 108–110.

потерпіла особа наполягає на їх припиненні, вочевидь, має кваліфікуватися за ст. 152, а не за нормами КК про відповідальність за злочини проти життя і здоров'я особи. Адже формально й такі дії, будучи статевими зносинами із застосуванням фізичного насильства, як цього вимагає кримінальний закон, охоплюються чинною редакцією ст. 152 КК. Виходить, що у цьому разі момент закінчення зґвалтування настає пізніше, ніж розпочинаються статеві зносини.

Розглядувана проблема чітко вирішується у ст. 609 КК Італії. Згідно з цією нормою до кримінальної відповідальності за сексуальне насильство може бути притягнуто будь-яку особу, яка шляхом насильства, погрози, обману, зловживання владою або використання умов фізичної або психічної безпорадності іншої особи змусить її вчинити сексуальні дії або терпіти їх.

Ухвалою Судової палати у кримінальних справах та Військової судової колегії ВС дії П., засудженого Красноармійським міськрайонним судом Донецької області за ч. 3 ст. 152 КК, визнані замахом на зґвалтування неповнолітньої і перекваліфіковані на ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 152 КК. Правильність такого рішення впливає з показань потерпілої І., яка послідовно стверджувала, що вона вчинила опір насильницьким діям П., відштовхуючи його та викручуючись тілом, чим перешкодила П. розпочати з нею статеві зносини. Показання І. підтверджено висновком судово-медичної експертизи, згідно з яким в області статевих органів потерпілої тілесних ушкоджень не виявлено, анатомічна цілість дівочої пліви не порушена.*

Перелік способів, за наявності хоча б одного з яких статеві зносини між особами жіночої і чоловічої статі визнаються зґвалтуванням, є вичерпним. Тому не є кримінально караними настирливі пропозиції особі вчинити з нею природний статевий акт, якщо вони не поєднуються з жодним із таких способів. Дії того, хто домогся згоди особи на статевий акт не за допомогою фізичного чи психічного насильства або використання безпорадного стану, а шляхом обману, зловживання довірою (зокрема, шляхом освідчення у коханні, обіцянки укласти шлюб, подання заяви до відділу РАГСу, обіцянки згодом сплатити за сексуальну послугу), не містять складу розглядуваного к.пр. Вважається, що кримінальний закон може і повинен захистити особу від посягань на її статеву свободу або статеву недоторканість, однак він не здатен відгородити людину від наслідків її власної легковажності і недбалості у питаннях особистого життя.

Направляючи кримінальну справу за обвинуваченням особи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 152 КК, на додаткове розслідування, Лозовський міськрайонний суд Харківської області зазначив у постанові, що суддячи з показань потерпілої, статеві акти з нею було вчинено добровільно, без застосування будь-яких насильства і погроз з боку цієї особи. До міліції із

* Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки. – К.: Істина, 2011. – С. 445-448.

заявою про зґвалтування жінка звернулася, оскільки згодом з'ясувалось, що чоловік, з яким вона вступала у статеві зносини, є одруженим, тобто він її обманув, а тому, вважала вона, він її зґвалтував.*

В п. 6 постанови ПВС від 27 березня 1992 р. № 4 «Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини» зазначалось, що дії особи, яка домоглася згоди потерпілої особи на статевий акт шляхом зловживання довірою, не можуть розглядатись як зґвалтування. Вказівка на потерпілу особу була у цьому разі некоректною, оскільки у випадку з обманом (зловживанням довірою) зґвалтування як такого немає.

Для порівняння: як спосіб зґвалтування у законодавстві окремих держав виступає обман потерпілої особи. Під обманом у цьому разі розуміють: будь-який обман (зокрема, Албанія, Бельгія, Люксембург, Польща, Сан-Маріно); обман, який виключає будь-яку добровільність з боку потерпілого (Франція); введення в оману щодо суб'єкта зґвалтування (якщо потерпіла добросовісно вважала, що чоловік є її власним чоловіком – Бруней, Данія, Індія, Кенія, Нігерія, Пакистан тощо, або чоловіком, з яким вона вважала за можливе вчинити статевий акт – Італія, Таїланд, Уругвай); введення в оману щодо природи вчинюваного акту (Замбія, Кенія, Нігерія) або особи того, з ким вступають у статеві зносини (Великобританія, Ізраїль).

Так, у Законі Великобританії 2003 р. «Про статеві злочини» зазначено, що людина буде визнана такою, яка не погодилась на статеві зносини у випадку, якщо вона була цілеспрямовано обманута щодо природи чи мети статевого акту, або якщо обвинувачений цілеспрямовано спонукає особу до згоди, виконуючи роль людини, особисто відомої жертві. Відповідно, якщо обвинувачений видає себе за популярного кіноактора або спортсмена, з яким жертва не була знайома особисто, про відсутність згоди як ознаку зґвалтування не йдеться.

*Як зґвалтування розцінив англійський суд дії такого собі Вільямса, який вчинив статевий акт зі своєю ученицею (остання не знала про природу сексуальних стосунків), переконавши її в тому, що це один із способів навчання співам. Водночас не був визнаний винним у зґвалтуванні обвинувачений, який пообіцяв повії 25 фунтів стерлінгів, але втік від неї, не сплативши за послугу. Хоч дії обвинуваченого носили обманний характер, повія не була введена в оману щодо вчиненого з нею акта**.*

Цікаво, що Закон Великобританії «Про статеві злочини» змінив поняття зґвалтування, замінивши поняття «статеві зносини» перерахуванням конкретних дій, що можуть розглядатись як зґвалтування (проникнення у піхву, анус чи рот іншої особи статевим членом) за умови їх вчинення без згоди потерпілої і за відсутності у злочинця «розумних підстав» вважати, що потерпіла особа дала таку згоду. Таким чином, вирішальною ознакою зґвалтування є не стільки застосування сили або погрози її застосуванням, скільки відсутність згоди на статеві зносини. Застосування насильства визнається доказом відсутності належної згоди.

* Архів Лозовського міськрайонного суду Харківської області. Справа № 1-59 за 2008 р.

** Уголовное право зарубежных стран: Общая и Особенная части: Учебн. / Под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 604.

Такий (відмінний від закріпленого у вітчизняному законодавстві) підхід до визначення зґвалтування враховує тенденцію, сформульовану ЄСПЛ: для кваліфікації вчиненого як зґвалтування принциповим є не стільки встановлення факту застосування сили чи погрози її застосування, скільки встановлення відсутності згоди потерпілої особи на статевий контакт. Зокрема, у рішенні, ухваленому 4 грудня 2003 р. у справі «М.С. проти Болгарії», ЄСПЛ назвав відсутність згоди істотною ознакою, необхідною для кваліфікації зґвалтування.

Питання, чи варто українському законодавцю сприймати подібний підхід (у т.ч. в аспекті описання із медичною точністю злочинних дій, розцінюваних як зґвалтування), наразі залишається відкритим і потребує окремого дослідження.

Обмежимося викладенням застереження М.О. Ісаєва проти побудови кримінального законодавства про відповідальність за статеві злочини за прикладом американської розширеної моделі, заснованої не на об'єктивних критеріях використання фізичної сили або погрози її застосування, а на суб'єктивних ознаках «словесного примушування та умовлянь». У такій моделі кожен чоловік сприймається як потенційний, грубий і цинічний гвалтівник і переслідувач, а кожна жінка – як жертва утисків, безневинна і сумлінна істота.*

Автори цих рядків не є прибічниками феміністичних інтерпретацій і конструювання законодавчих положень, присвячених зґвалтуванню.

Фізичне насильство при зґвалтуванні спрямовується на те, щоб: 1) подолати здійснюваний або очікуваний з боку потерпілої особи фізичний опір, пов'язаний з її небажанням (справжнім, а не удаваним) вступити у статевий контакт, або 2) усунути як таку можливість опору з боку потерпілої особи.

*Виправдовуючи чоловіка за ст. 15, ч. 1 ст. 152 КК за відсутністю складу злочину і засуджуючи його лише за ч. 2 ст. 125 КК, Локачинський районний суд Волинської області вирішив, що цей чоловік наміру зґвалтувати потерпілу не мав, сподівався на її добровільну згоду на статеві зносини, а коли її не отримав, припинив свої домагання. Суд не взяв до уваги показання потерпілої про те, що лише завдяки її активному опору підсудний припинив дії, і більш переконливими визнав показання підсудного про те, що тілесні ушкодження, які заподіяла йому потерпіла, лише розізлили його, і він вдарив потерпілу не з метою подолати її опір, а зробив це через образу у відповідь**.*

Для інкримінування ст. 152 КК потрібно встановити, що небажання потерпілої особи вступити у статеві зносини з гвалтівником було більш-менш чітко вираженим, явним, переконливим, таким, щоб одна особа зрозуміла, що інша статево зносин з нею не бажає. Адже від-

* Ісаєв Н.А. Сексуальные преступления как объект криминологии. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2007. – С. 187–188.

** Архів Локачинського районного суду Волинської області. Справа № 1-38 за 2008 р.

мова на словах, навіть певна фізична протидія не завжди свідчать про дійсне небажання особи вступити у такий контакт. Так, чоловік може сприймати вказану поведінку жінки як кокетство, загравання (елемент сексуальної гри) або прояв сором'язливості. У подібних випадках характер, інтенсивність і цілеспрямованість насильницьких дій мають ставати предметом ретельного судового розгляду. Те, яким чином особа, з якою інша особа вступила в статеві зносини, розцінює вчинене згодом – вже після статевих зносин, для кваліфікації за ст. 152 КК значення не має. Наявність опору визначається не його інтенсивністю, а суб'єктивним змістом поведінки потерпілої від зґвалтування особи, а тому й уявний опір може бути інтенсивним. Тим більше, наприклад, що жінка може розцінювати застосування чоловіком фізичної сили як свідчення його пристрасті.

Подібні проблеми, які були відсутні у період панування теорії формальних доказів, постають не лише в Україні.

Показовим є рішення Палати лордів Англії у справі Морган (1976 р.). Морган та його товариші були визнані винними у зґвалтуванні дружини Морган, яка вчинила гвалтівником відчайдушний опір. Засуджені оскаржили вирок, посилаючись на те, що вони повірили Моргану, який розповів їм про те, що його дружина обожнює насильницьке примушування до сексу. Палата лордів вирішила, що засуджені добровільно помилялись і що у них не було умислу на вчинення насильницького статевого акту, оскільки вони вважали, що жінка погоджується на статеві зносини. Таке рішення викликало роздратування у жіночій частині країни, на думку якої, у цьому разі група суддів – чоловіків вирішила, що у тому разі, коли, наприклад, п'яний матрос вважає, що жінка, незважаючи на її сльози та опір, бажає саме насильницького статевого акту, то цей суб'єкт кримінальної відповідальності не підлягатиме.

Артикул військовий Петра I 1716 р., втілюючи теорію формальних доказів, вказував на пов'язані з поведінкою жінки обставини, відсутність яких унеможлиблювала кримінальну відповідальність за зґвалтування, зокрема: «оная с великим криком других на помощь призывала»; «платье от обороны разодрано»; «синевы или кровавые знаки у единого или другого найдутся»*. Ці вимоги були необхідні, щоб унеможливити спроби розпусних жінок вимагати гроші шляхом неправдивих обвинувачень чоловіків у вчиненні тяжких злочинів.

У деяких штатах США (наприклад, у Пенсільванії) продовжує існувати притаманна для системи загального права вимога про вчинення опору потерпілою від зґвалтування особою та надання нею доказів такого опору. В американській судовій практиці також вважається, що помилкове уявлення обвинуваченого про згоду потерпілої особи на статевий зв'язок може включати засудження за зґвалтування, якщо: 1) обвинувачений «чесно і сум-

* Самые удивительные законы разных стран: Научно-популярный сборник / Сост. Н.И. Хавронюк. – К.: Атіка, 2008. – С. 16.

лінно» вважав, що така згода була; 2) факти підтверджують, що помилка обвинуваченого була «об'єктивно розумною». Інколи висувається вимога надання обвинуваченим доказів двозначної поведінки потерпілої особи, які давали привід «розумно» вважати, що вона погоджується на статевий акт.*

Фізичне насильство при зґвалтуванні може полягати у нанесенні потерпілій особі удару, побоїв, у заламуванні рук, здавлюванні дихальних шляхів, пов'язаному із безпосереднім впливом на тіло потерпілого позбавленні або обмеженні особистої волі, заподіянні тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості, спричиненні смерті.

Поняттям фізичного насильства при зґвалтуванні охоплюється і посягання на внутрішні органи і тканини тіла людини – застосування без згоди потерпілої особи з метою викликати її безпорадний стан наркотичних засобів, психотропних, отруйних або сильнодіючих речовин (наприклад, клофеліну або димедролу в поєднанні з міцними спиртними напоями).

*Зарубіжний досвід протидії статевим злочинам показує, що існують речовини, вживання яких призводить до порушення нормального функціонування свідомості потенційної жертви зґвалтування; як наслідок, особа проявляє надмірну сексуальну активність, більш охоче йде на статеві зносини, після чого не може точно згадати всі обставини вчиненого злочину**.*

У п. 5 постанови ПВС від 30 травня 2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» роз'яснюється, що для визнання зґвалтування вчиненим з використанням безпорадного стану потерпілої особи внаслідок дії на її організм зазначених речовин не має значення, привів виконавець злочину потерпілу особу до такого стану, бо вона перебувала у безпорадному стані незалежно від його дій. Якщо введення в організм потерпілої особи вказаних вище засобів і речовин з метою зґвалтування відбулося без її згоди (під впливом обману чи під погрозою застосування насильства), і після цього було вчинено природний статевий акт, дії винного треба кваліфікувати як зґвалтування, вчинене із застосуванням фізичного насильства та з використанням безпорадного стану потерпілої особи. Поєднання цих двох способів вчинення к.пр. має відображатись у процесуальних документах, тобто має впливати на обсяг обвинувачення, а отже, – на призначення покарання.

Варто зауважити, що питання про те, чим саме слід визнавати приведення потерпілої від зґвалтування особи у безпорадний стан за допомогою відповідних речовин і засобів (лише застосуванням фізичного

* Уголовное право зарубежных государств: Особенная часть: Учебн. пособ. / Под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. – М.: Издательский дом «Камерон», 2004. – С. 127.

** Исследование сексуальных преступлений, совершенных с применением наркотиков // Уголовное право. – 2004. – № 2. – С. 126–128.

насильства, використанням безпорадного стану потерпілої особи або поєднанням першого і другого), в юридичній літературі належить до числа дискусійних.

Якщо безпорадний стан особи, потерпілої від зґвалтування, настав в результаті застосування до неї з метою вчинення статевого акту фізичного насильства у вигляді вживання відповідних речовин і засобів, зґвалтування має визнаватись вчиненим лише із застосуванням фізичного насильства. У цьому разі безпорадний стан особи є наслідком фізичного насильства, перебуває з ним у причиновому зв'язку і, відповідно, не повинен згадуватись у формулюванні обвинувачення. Разом з тим випадки поєднання застосування фізичного насильства і використання безпорадного стану потерпілої особи, що впливає на обсяг обвинувачення і врешті-решт – на призначення покарання (як показник ступеня тяжкості вчиненого к.пр.), можливі.

Наприклад, винний розпочинає вчиняти зґвалтування із використанням безпорадного стану потерпілої особи, яка є непритомною, а згодом застосує до неї фізичне насильство, оскільки вона прийшла до тями і чинить опір.

Погроза як спосіб вчинення зґвалтування – це залякування потерпілої особи застосуванням фізичного насильства: вбивством, заподіянням тілесних ушкоджень, зараженням хворобою, зґвалтуванням близької особи, зґвалтуванням групою осіб, насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом групою осіб тощо. Погроза може набувати вигляду висловлювань, жестів, інших дій (наприклад, демонстрації зброї або предметів, що імітують зброю). У будь-якому разі погроза повинна сприйматись як реальна, тобто у потерпілої особи має скластись враження, що, якщо вона буде протидіяти гвалтівникові й не виконає його вимог, ця погроза буде обов'язково і негайно реалізована.

За ч. 3 ст. 152 КК засудив Бахчисарайський районний суд АРК І., який, привішавши неповнолітню В. до себе додому, прочитав їй копію вироку, на підставі якого він раніше був засуджений за вчинення зґвалтування із застосуванням до потерпілої фізичного насильства. Погрожуючи аналогічною розправою (ця погроза сприймалась В. як реальна), І. зґвалтував неповнолітню.*

Про сприйняття погрози як реальної може свідчити обстановка, в якій опинилась потерпіла особа (оточення її групою осіб, безлюдне місце, темна пора доби тощо). Якщо потерпіла особа ситуацію, що склалася навколо неї, розцінює як безвихідну та, оцінюючи свої сили, добровільно відмовляється чинити опір з тим, щоб запобігти настанню для себе більш тяжких наслідків, вчинене є підстави кваліфікувати за ст. 152 КК.

* Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 18.

Адресатом погрози може бути не лише потерпіла особа, а й інші особи, зокрема її діти чи батьки. Так, злочинець може погрожувати зґвалтувати мати, якщо її дочка не погодиться на статеві зносини з ґвалтівником. Важливо лише, щоб психічне насильство, будучи погрозою негайної фізичної розправи, мало на меті зламати волю потерпілої особи та отримати від неї згоду на природні статеві зносини. Погроза застосуванням фізичного насильства щодо особи, яка не є близькою для потерпілої від зґвалтування особи, також може бути ефективною у конкретній ситуації. Конструктивною видається пропозиція вказати у ч. 1 ст. 152 КК на близьких осіб як на адресатів фізичного насильства та погрози його застосуванням при вчиненні зґвалтування.

Саме такий підхід втілено у ст. 166 КК Білорусі, яка передбачає відповідальність за зґвалтування. Потерпілим від цього злочину визнається лише жінка. А ось відсутність вказівки на близьких для потерпілого осіб як адресатів погрози у ст. 167 КК Білорусі, що визнає злочином мужолозтво, лесбійство та інші насильницькі дії сексуального характеру, розцінюється як законодавчий недогляд і прояв невиправданої гендерної асиметрії.

Поняттям погрози як способу вчинення зґвалтування не охоплюється погроза особи заповідати самій собі тілесні ушкодження або навіть накласти на себе руки, якщо інша особа відмовиться вступити з нею у статеві зносини. Така погроза не позбавляє її адресата свободи вибору. Також не визнається погрозою як способом вчинення к.пр., передбаченого ст. 152 КК, погроза знайти собі іншу особу для сексуального спілкування, наприклад, завести «службовий роман» (зазвичай йдеться про спонування до вчинення статевого акту особи, з якою той, хто заявляє таку погрозу, перебуває у шлюбі).

Якщо винному вдалося отримати згоду на природний статевий акт за допомогою погрози вчинити вбивство потерпілої особи у майбутньому, такі дії слід кваліфікувати не за ст. 152, а за ст. 129 КК, оскільки у цій ситуації погроза не носить безпосереднього характеру, вимагає для своєї реалізації певного часу, а тому не ставить особу у безвихідне становище. Вказана погроза навряд чи може бути визнана формою передбаченого ч. 1 ст. 152 КК психічного насильства, хоч і вона, поза всяким сумнівом, спроможна виконати функцію придушення волі потерпілої особи з метою подолання її опору. Адресат погрози, спрямованої у майбутнє, може усунути небезпеку, звернувшись за допомогою до правоохоронних органів, близьких осіб тощо. Вважаємо, що за ефективністю погроза як спосіб вчинення зґвалтування має прирівнюватись до застосування фізичного насильства та використання безпорадного стану потерпілої особи.

До речі, у ФРН можливість особи усунути небезпеку, яка їй загрожує, шляхом вжиття відповідних заходів (наприклад, за допомогою виклику поліції) є свідченням відсутності наявної небезпеки для фізичної цілісності або життя як ознаки караного за § 177 КК примушування до дій сексуального характеру і зґвалтування.

У ст. 152 КК 2001 р. конкретизовано зміст погрози як способу зґвалтування – це тільки погроза застосування фізичного насильства. Спрямовані у майбутнє погрози характеру шантажу і майнового характеру, як правило, вимагають для своєї реалізації певного часу, а тому не ставлять особу у безвихідне становище. Жінка, яка погодилась на статевий зв'язок під погрозою розголошення відомостей, що ганьблять її, не дуже й цінує свою статеву свободу.

Примушування жінки або чоловіка до вступу в статеві зносини, поєднане з погрозою заповіданням не фізичної, а іншої шкоди (наприклад, погрозою розголошення відомостей, що ганьблять їх або їх близьких родичів, погрозою знищення, пошкодження або вилучення їх майна), не утворює складу зґвалтування і за наявності до цього підстав може бути кваліфіковане за ч. 2 ст. 154 КК.

Інший підхід знайшов втілення, зокрема, у ст. 180 КК Словенії, згідно з якою статеві зносини з погрозою знищення майна або розголошення відомостей, що ганьблять особу, визнаються привілейованим складом зґвалтування. У російській юридичній літературі також зустрічається пропозиція охопити погрози характеру шантажу і майнового характеру об'єктивною стороною зґвалтування. Щоправда, навіть прибічники такої ідеї вимушені визнавати, що вплив на волю потерпілої особи при вчиненні інших насильницьких дій сексуального характеру (ст. 131, ст. 132 КК РФ) носить значно більш суспільно небезпечний характер, ніж при примушуванні до дій сексуального характеру (ст. 133 КК РФ). Звідси випливає недоцільність охоплення диспозицією кримінально-правової норми про зґвалтування погроз майнового характеру і характеру шантажу.

Разом з тим з урахуванням насильницького характеру к.пр., передбаченого ст. 154 КК України, санкції цієї статті треба зробити більш суворими.

Зґвалтування визнається вчиненим з використанням безпорадного стану потерпілої особи, коли вона за своїм фізичним або психічним станом не могла розуміти характер і значення вчинюваних з нею дій (психічна безпорадність) або усвідомлюючи це, не могла чинити опір ґвалтівникові (фізична безпорадність). Поняттям безпорадного стану як ознаки зґвалтування не охоплюється несприятливе майнове становище особи, потреба у засобах до існування.

Щодо відповідного зарубіжного досвіду, то використання безпорадного стану потерпілої особи визнається або одним із способів зґвалтування (країни – учасниці СНД, Аргентина, Болгарія, Італія, Куба, Норвегія, Румунія, Фінляндія тощо), або самостійним діянням, прирівняним до зґвалтування (зокрема, Австрія, Іспанія, Словенія, Швейцарія, Швеція).

Вважаючи, що тлумачення безпорадного стану у постанові ПВС не узгоджується з інтерпретацією ознак зґвалтування, що складається у практиці ЄСПЛ, Л.П. Брич висловила думку про наявність безпорадного стану і в тому разі, коли потерпіла від зґвалтування особа не давала явної згоди на статевий контакт і не чинила опір насильнику

через переляк*. Звернімо увагу на те, що ЄСПЛ виходить з іншого (порівняно із закріпленим у ст. 152 КК України) розуміння зґвалтування, на що вказувалось вище, а тому від усталеного тлумачення безпорадного стану особи при вчиненні зґвалтування відмовлятися не варто.

Причинами фізичної безпорадності потерпілої особи виступають, зокрема, її фізичні вади (наприклад, відсутність кінцівок або їх параліч, сліпота), похилий вік, тяжке захворювання, яке не є психічним, виснаження організму, сильне сп'яніння.

Психічна безпорадність, за наявності якої воля потерпілої особи на вступ у статеві зносини взагалі відсутня або є неповноцінною (недійсною), може бути викликана, зокрема, психічним захворюванням, непритомним станом, перебуванням у гіпнотичному стані або у стані медикаментозного сну.

Малолітній вік може бути причиною і психічної (особа не розуміє характер і значення вчинюваних з нею дій), і фізичної безпорадності (особа розуміє характер і значення вчинюваних з нею дій, однак з огляду на свою конституцію і фізичні сили не спроможна чинити ґвалтівнику опір).

Психічна хвороба свідчить про наявність безпорадного стану потерпілої від зґвалтування особи, якщо остання не розуміє характер і значення вчинюваних з нею сексуальних дій та/або не може керувати своєю поведінкою. У протилежному випадку ми вимушені були б вести мову про повну заборону статевих зносин для психічно хворих людей.

Німецький законодавець визнав за потрібне передбачити окрему кримінально-правову заборону, покликану захистити осіб, які страждають на психічні і фізичні захворювання, від дій сексуального характеру з боку тих, хто здійснює консультації, лікування чи нагляд за такими специфічними потерпілими (§ 174с КК ФРН).

У КК інших держав термін «безпорадний стан» замінено іншими термінами, або прояви такого стану описано більш конкретно. Зґвалтуванням визнається статевий контакт з особою, яка:

– позбавлена можливості чинити опір (ч. 1 ст. 144 ПК Естонії; п. 1 ст. 197 КК Угорщини; § 1 ст. 223 КК Боснії і Герцеговини, абз. 1 § 205 КК Австрії, ст. 243 КК Голландії, ч. 1 ст. 173 КК Сан-Марино, ч. (3) ст. 22.011 КК штату Техас (США), ст. 76-5-406(5) КК штату Юта (США), абз. 1(б) § 192 КК Норвегії, ч. 1 § 216 КК Данії);

– не розуміє те, що відбувається, або значення вчинюваного діяння (ч. 1 ст. 144 ПК Естонії, ст. 191 КК Швейцарії, ч. 4(В) ст. 291 КК штату Каліфорнія (США), ч. 2(А) § 2242 Зводу законів США, ч. (5) ст. 22.011 КК штату Техас (США), ст. 76-5-406(5) КК штату Юта (США), п. 2(а) ст. ІС 35-42-4-1 КК штату Індіана (США);

* Брич Л. Кримінальне законодавство України і практика його застосування у світлі європейських стандартів прав людини // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2010. – Вип. 51. – С. 311–312, 315.

– не здатна висловити свою волю (п. 1 ст. 197 КК Угорщини, ч. 1 ст. 171 КК Молдови);

– не має можливості захистити себе (ч. 1 ст. 171 КК Молдови, ч. 1 арт. 103 КК Албанії);

– не розуміє значення вчинюваного діяння через психічну хворобу чи розумову відсталість (ст. 198 КК Польщі, ч. 1 арт. 103 КК Албанії, § 1 ст. 223 КК Боснії і Герцеговини, абз. 1 § 205 КК Австрії, § 1 ст. 375 КК Бельгії, ст. 243 КК Голландії, ч. 1 арт. 335 КК Філіппін, ч. (4) ст. 22.011 КК штату Техас (США), ст. 76-5-406(6) КК штату Юта (США), ст. ІС 35-42-4-1, п. 3(а) КК штату Індіана (США), п.(2)(с) ст. 940.225 КК штату Вісконсин (США), ч. 5 ст. 345 (алеф) «Закону про покарання» Ізраїлю, ч. 5 ст. 375 КК Індії, ч. 1 § 218 КК Данії, ст. 302 КК Кореї);

– була без свідомості (ч. 1 арт. 103 КК Албанії, ст. 243 КК Голландії, ч. 1 арт. 335 КК Філіппін, ч. 4(А) ст. 291 КК штату Каліфорнія (США), ч. 7 ст. 13А-6-60 КК штату Алабама (США), ч. (3) ст. 22.011 КК штату Техас (США), ст. 76-5-406(5) КК штату Юта (США), п. (2)(d) ст. 940.225 КК штату Вісконсин (США), ч. 4 ст. 345 (алеф) «Закону про покарання» Ізраїлю, абз. 1(b)§ 192 КК Норвегії);

– має певні фізичні вади (§ 1 ст. 223 КК Боснії і Герцеговини, § 1 ст. 375 КК Бельгії);

– не здатна керувати своїми діями (абз. 1 § 205 КК Австрії);

– має слабе здоров'я (§ 1 ст. 375 КК Бельгії);

– опиняється беззахисною перед діями особи, яка використовує цю ситуацію (абз. 1 § 177 КК ФРН);

– не здатна оцінювати характер та наслідки своїх дій (ст. 191 КК Швейцарії, ст. 299 КК Республіки Корея);

– не здатна висловити своє небажання на статевий акт (ч. 7 ст. 13А-6-60 КК штату Алабама (США), ч. 2 (В) § 2242 Зводу законів США, п. 2 § 130.25 КК штату Нью-Йорк (США));

– не здатна дати оцінку чи контролювати свої дії через введення в її організм певної речовини (ч. (5) ст. 22.011 КК штату Техас (США), ст. 76-5-406(8) КК штату Юта (США), ст. ІС 35-42-4-1, п.(4)(b) КК штату Індіана (США), п.(2) (ст) ст. 940.225 КК штату Вісконсин (США), ч. 5 ст. 375 КК Індії);

– перебуває в стані особливої вразливості (§ 3 ст. 376 КК Бельгії, п. 3 ст. 222-24 КК Франції, п. 3 ч. 1 ст. 180 КК Іспанії)*.

Якщо особа, яка перебуває у безпорадному стані, була зґвалтована шляхом застосування фізичного насильства або погрози його застосування, така ознака об'єктивної сторони зґвалтування, як використання безпорадного стану особи за загальним правилом відсутня, і відповідно на кваліфікацію вчиненого за ст. 152 КК вона не впливає. Разом з тим на підставі п. 6 ч. 1 ст. 67 КК наявність безпорадного стану особи, потерпілої від зґвалтування, у цьому випадку підлягає врахуванню при призначенні покарання як обтяжуюча обставина.

* Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за зґвалтування (порівняльно-правовий аналіз): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 115–117.

Стан сп'яніння може бути визнаний безпорадним станом лише у тому разі, коли внаслідок вживання алкоголю, наркотичних засобів або токсичних речовин особа не усвідомлювала навколишню обстановку або була позбавлена фізичної можливості протидіяти гвалтівникові. Згода на спільне вживання алкоголю чи інших речовин, на знаходження в інтимній, еротично налаштованій обстановці, що сприяє фізичному зближенню, ще не є згодою на статеві зносини, яка виключає кваліфікацію вчиненого за ст. 152 КК. Так, на думку фахівців, у сексуальній поведінці жінки, за загальним правилом, превалюють психологічні, а не фізіологічні чинники. Тому будь-яка психологічна перешкода (грубість чоловіка, його безцеремонність, несподіваний шум тощо) може зупинити зліт жіночого лібідо, зірвати його. З кримінально-правової точки зору це означає, що жінка, яка залишилась наодинці з чоловіком у «романтичній» обстановці та очікування якої цей чоловік з тієї чи іншої причини не виправдав, може й не дати згоду на добровільні статеві зносини.

У 1991 р. відомий боксер Майк Тайсон обвинувачувався у зґвалтуванні такої собі Дезіре Вашингтон, яка прийшла до нього на побачення. Тайсон стверджував, що діяв з її згоди. Судовий процес перетворився у «справу честі» для американських феміністок, які наполягали на тому, що, якщо жінка з власної волі йде у готельний номер чоловіка пізно увечері, то це в жодному разі не означає її згоду на сексуальні стосунки.

На думку британських адвокатів, жодне вдосконалення кримінального законодавства не спроможне вирішити актуальну для кримінальних справ про зґвалтування проблему доказування у випадках перебування у стані сп'яніння особи, з якою були вчинені статеві зносини. Суд і сьогодні здатен визначити різницю між особою, яка є п'яною, але здатною надати згоду, хоч згодом і пожалкує про це, і п'яною особою, яка, не втрачаючи свідомості, перебуває у такому стані, що не може надати згоду у будь-якій значущій формі*.

*Апеляційним судом Вінницької області, зокрема за ч. 3 ст. 152 і ч. 4 ст. 152 КК, були засуджені, відповідно, Ф. і С., які скориставшись безпорадним станом сп'янілої О., привели її з метою зґвалтування на кладовище, де із застосуванням фізичного насильства вчинили її зґвалтування. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС виключила з вироку вказівку на вчинення Ф. і С. зґвалтування О. з використанням безпорадного стану потерпілої особи, оскільки визнати стан безпорадності можна лише за такого ступеня сп'яніння потерпілої особи, за якого вона не може усвідомлювати навколишню обстановку і розуміти значення вчинюваних з нею дій. Як вбачається із матеріалів справи, О., хоч і перебувала у стані алкогольного сп'яніння, усвідомлювала, що Ф. і С. гвалтують її, чинила їм опір та обіцяла розповісти про все своєму зятю**.*

* Коли особа занадто п'яна, щоб сказати «Ні»? // Юридична газета. – 2006. – № 18.

** Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 12. – С. 28, 40.

Юридична оцінка природного статевого акту з **малолітньою** особою за умови її згоди на це залежить від того, чи усвідомлювала вона характер і значення вчинюваних з нею дій. Взятий сам по собі малолітній вік особи, тобто недосягнення нею 14-річного віку, не завжди свідчить про наявність безпорадного стану як ознаки зґвалтування. Питання про наявність або відсутність цього стану та кваліфікацію дій винного за ст. 152 КК необхідно вирішувати у кожному конкретному випадку з урахуванням індивідуальних особливостей розвитку і виховання малолітньої особи. В сучасних умовах сексуальної розкृतості вирішальну роль при цьому повинен відігравати не стільки певний вік як своерідна презумпція наявності безпорадного стану, скільки ступінь обізнаності та інформованості конкретної малолітньої особи з питань статевого життя.

В літературі віком, недосягнення якого дозволяє констатувати безпорадний стан малолітньої особи, вже тривалий час називається 12-річний вік особи. Щодо зарубіжного досвіду, то у КК багатьох держав особливим видом безпорадного стану визнається конкретний малолітній вік потерпілої особи. Незалежно від застосування насильства і погроз статевої акти чи інші сексуальні дії з дитиною певного віку, визначеного законом (зокрема, 10 років – в Австралії, Італії, Норвегії, 12 років – в Аргентині, Венесуелі, Гватемалі, Данії, Іспанії, Мальті, Мексиці, Нідерландах, Чилі, 13 років – у Великобританії, В'єтнамі, Кіпрі, 14 років – у Бразилії, Брунеї, КНР), визнаються зґвалтуванням або іншим насильницьким злочином. Так, ст. 147 ПК Естонії встановлює, що особа, якій не виповнилось 10 років, вважається такою, що не здатна розуміти характер і значення діянь, передбачених розділом цього Кодексу про відповідальність за злочини проти сексуального самовизначення. Американському кримінальному праву відоме так зване статутне зґвалтування, яке означає статево зносини з особою, яка не досягла певного віку (в різних штатах цей вік не є однаковим – 13, 14, 16, 17 років), незалежно від того, чи дала така особа згоду на статево зносини.

Необхідність включення до КК подібного припису впливає з приєднання нашої держави до Конвенції РЄ від 25 жовтня 2007 р. «Про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального розбещення», ратифікованої Законом від 20 червня 2012 р., ст. 18 якої містить адресовану державам – учасницям Конвенції вимогу визначити вік, до досягнення якого заборонено залучати дітей до діяльності сексуального характеру.

4.3.2.3. Суб'єктом зґвалтування є осудна (у т.ч. обмежено осудна) особа чоловічої або жіночої статі, яка досягла 14-річного віку. При цьому стать безпосереднього виконавця к.пр. має бути протилежна статі потерпілої особи. У випадку зґвалтування особи жіночої статі чоловік як суб'єкт к.пр. повинен мати додаткові ознаки – пеніс, лібідо, потенцію та ерекцію (для прискорення виникнення ерекції, її посилення винний може вживати відповідні хімічні препарати). Водночас з урахуванням

того, з якого моменту зґвалтування вважається закінченим злочином, його суб'єкт не обов'язково повинен мати здатність до запліднення. Річ у тім, що деякі аномалії розвитку чоловічих статевих органів (фімоз, кортикальна імпотенція тощо) унеможливають вчинення статевого акту, інші аномалії призводять лише до порушення сперматогенезу або до патологічних змін сперми, а отже, не впливають на здатність чоловіка вчинити статевий акт.

З огляду на це викликає інтерес роз'яснення, наведене у п. 7 Нормативної постанови ВС Республіки Казахстан від 11 травня 2007 р. № 4 «Про деякі питання кваліфікації злочинів, пов'язаних із зґвалтуванням та іншими діяннями сексуального характеру». Тут зазначається, що особа, яка не має фізіологічної спроможності вчинити статевий акт і завідомо знає про це, за вчинення дій, що із зовнішнього боку нагадують замах на зґвалтування, не може нести відповідальність за ст. 120 КК Казахстану («Зґвалтування»). Залежно від конкретних обставин дії такої особи пропонується кваліфікувати як вчинення інших насильницьких дій сексуального характеру, хуліганство тощо.

Якщо фізіологічні чинники, які унеможливили доведення к.пр. до кінця, виникли безпосередньо в процесі зґвалтування, вчинене за спрямованістю умислу має кваліфікуватись як замах на к.пр., передбачене відповідною частиною ст. 152 КК.

У разі опосередкованого вчинення к.пр., коли винний для насильницького статевого акту використовує особу, яка не підлягає кримінальній відповідальності (наприклад, неосудного), стать ґвалтівника – суб'єкта к.пр. може збігатись зі статтю потерпілої особи. Дії винного у цьому разі мають кваліфікуватись за ч. 1 ст. 152 КК (за відсутності у вчиненому кваліфікуючих ознак). Співвиконавцем к.пр. – учасником групового зґвалтування може бути й особа, яка фізіологічно не спроможна вчинити природний статевий акт, а також особа однакової статі з потерпілим.

Суб'єктивна сторона зґвалтування характеризується прямим умислом. Мотиви, не впливаючи на кваліфікацію, можуть бути різними. Це і задоволення статевої пристрасті (сексуальний мотив, судячи з матеріалів правозастосовної практики, є найбільш поширеним), і автономні відносно сексуального мотиву спонукання – помста, бажання принизити потерпілу особу або копіювати поведінку інших учасників групи, прагнення сексуального самоствердження, хуліганські спонукання, ревності, бажання примусити потерпілу особу одружитись, національна, релігійна ненависть чи ворожнеча тощо. Тезу про те, що зґвалтування не завжди вчиняється із сексуальним мотивом, гарно ілюструє випадок із практики, описаний в юридичній літературі. Брати І., звільнившись з місць позбавлення волі, вирішили помститись слідчому, який вів їх кримінальну справу, і вбити його. Оскільки слідчого вдома не виявилось (він перебував у відраджженні), злочинці з помсти

зґвалтували його старшу сестру у віці 52 років. Навряд чи у цьому разі мав місце сексуальний мотив, адже, як випливає з матеріалів справи, статевого потягу до потерпілої брати не мали і для того, щоб вчинити з нею статевий акт, штучно викликали ерекцію*.

Кваліфікуючими ознаками зґвалтування є вчинення його повторно або особою, яка раніше вчинила одне із к.пр., передбачених ст.ст. 153–155 КК (ч. 2 ст. 152 КК), групою осіб або зґвалтування неповнолітньої чи неповнолітнього (ч. 3 ст. 152 КК), а особливо кваліфікуючими ознаками – спричинення особливо тяжких наслідків та зґвалтування малолітньої чи малолітнього (ч. 4 ст. 152 КК)**.

4.3.2.4. Під **задоволенням статевої пристрасті неприродним способом** (ст. 153 КК) потрібно розуміти будь-які дії сексуального характеру незалежно від їх гетеро- або гомосексуальної спрямованості (крім природного статевого акту, що охоплюється диспозицією ст. 152 КК), які порушують тілесну недоторканість потерпілої особи, здатні збудити і задовольнити статево пристрасть чоловіка або жінки. Це, зокрема, мужолозтво, лесбійство, орогенітальний контакт (*coitus per os*) жінки з чоловіком або чоловіка з чоловіком, аногенітальний контакт чоловіка з жінкою (*coitus per anum*), кунілінгус – оральна стимуляція жіночих геніталій, анілінгус – оральна стимуляція входу в анальний отвір, сурогатні форми статевих зносин, які імітують природний статевий акт (проникнення у піхву жінки рукою, пальцем або певним предметом – палицею, пляшкою, фалоімітатором тощо, вестибулярний коїтус – притуляння чоловічого статевого члену до входу у піхву жінки, нарвасадата – введення статевого органу чоловіка між молочними залозами жінки, міжстегновий коїтус тощо), фроттаж (тертя чоловіком своїм тілом об тіло жінки й отримання в результаті цього сексуального збудження і задоволення).

Під мужолозтвом розуміють один із різновидів чоловічого гомосексуалізму – аногенітальний контакт чоловіка з чоловіком. Лесбійство (жіночий гомосексуалізм, сапфізм) – це форма задоволення статевої пристрасті жінки шляхом вчинення нею різноманітних дій сексуального характеру з іншою жінкою (наприклад, орогенітальні контакти, у тому числі двосторонні і кунілінгус, вплив на ерогенні зони партнерші за допомогою штучних пристосувань, введення останніх у піхву жінки, тертя статевими органами однієї жінки по статевих органах іншої жінки).

* Половчук М. Некоторые спорные вопросы квалификации изнасилований на стадии предварительного расследования // Советская милиция. – 1990. – № 4. – С. 9.

** Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: Наук.-практ. посібн. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 128–186.

Насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом потрібно відмежовувати від посягань на тілесну недоторканість людини, які за наявності до цього підстав можуть кваліфікуватись, наприклад, як к.пр. проти здоров'я особи або хуліганство. Йдеться про випадки, коли сексуальне збудження та оргазм настають у винного в результаті впливу на тіло потерпілого, що не супроводжується згаданими вище діями сексуального характеру.

Водночас слід мати на увазі, що дії, об'єктивно позбавлені сексуального характеру (введення різних предметів не у статеві органи, а в інші природні отвори людини, шмагання батоном, укуси, дряпання, припикання тіла цигарками тощо), можуть кваліфікуватись за ст. 153 КК – за умови, що умисел винної особи був спрямований на задоволення у такий спосіб своєї статевої пристрасті, у зв'язку з чим вчинене є підстави розцінювати як посягання на статеву свободу (статеву недоторканість) потерпілої особи.

Подібні проблеми постають у правозастосовній практиці й інших держав. Відповідно до одного з рішень Палати у кримінальних справах Касаційного Суду Франції (1993 р.) введення палиці в анус іншої особи не відповідає законодавчому визначенню сексуального проникнення та утворює, скоріш за все, катування або акт жорстокості. В іншому рішенні цього Суду (1995 р.) визнається, що подібні дії можуть розглядатись як сексуальне проникнення, якщо мотив, яким керувався той, хто заподіяв шкоду статевої недоторканості жертви, надав цим діям сексуального характеру.*

Існує нагальна потреба в уточненні кола кримінально караних діянь, які охоплюються розглядуваною кримінально-правовою заборонаю. Інакше, виходячи з чинної редакції ст. 153 КК, наявність передбаченого нею складу к.пр. слід буде вбачати, наприклад, і тоді, коли особа з метою задоволення своєї статевої пристрасті займається самомастурбацією, спостерігаючи за фізичним мордуванням потерпілого, здійснюваним за вказівкою цієї особи. Хоч цілком очевидно, що статеву свободу (недоторканість) потерпілої особи у такій ситуації не страждає, а кримінально каране посягання спрямоване на здоров'я іншої людини.

Одним із можливих варіантів вдосконалення законодавства є поєднання в одній кримінально-правовій нормі під назвою «Згвалтування або інші дії сексуального характеру» ознак складів к.пр., передбачених наразі ст. 152 і ст. 153 КК. Втілення цієї пропозиції, яка ґрунтується на тому, що описані діяння є близькими за змістом, мають однаковий ступінь суспільної небезпеки, нерідко поєднуються між собою та охоплюються єдиним злочинним наміром винного, крім всього іншого, дозволить усунути у тексті КК згадування про такий анахронізм, як за-

* Уголовное право зарубежных стран: Общая и Особенная части: Учебн. / Под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 798.

доволення статевої пристрасті **неприродним** способом. Додатковими аргументами на користь об'єднання вказаних норм КК можуть слугувати дискусійність рішення вітчизняного законодавця віднести до потерпілих від згвалтування осіб чоловічої статі, необхідність усунути невиправдану різницю у санкціях ст. 152 і ст. 153 КК, а також притаманна ст. 154 КК відсутність диференціації кримінальної відповідальності залежно від характеру сексуальних дій, до вчинення яких примушується потерпіла особа.

4.3.2.5. Відповідно до ст.ст. 1, 17, 24 Закону від 8 вересня 2005 р. «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» особи, винні в порушенні вимог законодавства про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, несуть цивільну, адміністративну та кримінальну відповідальність згідно із законом. Різновидом зазначеного порушення визнаються сексуальні домагання – дії сексуального характеру, виражені словесно (погрози, залякування, непристойні зауваження) або фізично (доторкання, поплескування), що принижують чи ображають осіб, які перебувають у відносинах трудового, службового, матеріального чи іншого підпорядкування. Передбачене ст. 154 КК **примушування до вступу в статевий зв'язок** є підстави визнати одним із проявів сексуальних домагань.

Примушування до вступу в статевий зв'язок за певних умов, звичайно, може розцінюватись як прояв насильства в сім'ї, у зв'язку з чим аналізований злочин слід відрізнити від караного за ст. 173-2 КАП вчинення насильства в сім'ї. У цій адміністративно-правовій нормі дії сексуального характеру не згадуються, звідки випливає, що реагування на сексуальне насильство в сім'ї є виключною прерогативою кримінального закону.

Кримінальне законодавство Болгарії, Індії, КНДР, Кореї, Узбекистану і Філіппін визнає злочином примушування до вступу у статевий зв'язок лише з жінкою. В сучасних умовах подібне обмеження кола потерпілих від цього к.пр. виглядає як гендерна дискримінація.

З об'єктивної сторони к.пр., передбачене ст. 154 КК, дістає вияв у примушуванні особи жіночої або чоловічої статі до вступу у статевий зв'язок. Статевий зв'язок природним або неприродним способом охоплює як одноразові, так і неодноразові статеві контакти незалежно від їх гетеро- або гомосексуальної спрямованості. Якщо потерпіла особа добровільно погоджується на одні форми сексуальних контактів, але заперечує проти інших, її примушування до них (за наявності підстав) утворює об'єктивну сторону к.пр., передбаченого ст. 154 КК.

Жінка або чоловік може примушуватись до вступу в статевий зв'язок як з винною, так і з іншими особами (знайомі, родичі, керівництво тощо). При цьому для кваліфікації за ст. 154 не має значення, чи знала про вчинене примушування особа, статева пристрасть якої задовольняється потерпілою жінкою або чоловіком.

Як протиправний психічний вплив примушування в складі аналізованого к.пр. полягає у відкритій або завуальованій погрозі настання для потерпілої особи небажаних для неї наслідків матеріального, службового або особистого характеру (позбавити утримання або можливості проживати на житловій площі, звільнити з роботи, понизити в посаді, не надати чергову відпустку, зменшити зарплату, поставити незадовільну оцінку тощо). Зазначена погроза відрізняється за своїм змістом і характером від погрози при з'валтуванні та насильницькому задоволенні статевої пристрасті неприродним способом тим, що у разі вчинення к.пр., передбаченого ст. 154 КК, життя і здоров'я потерпілої особи або її близьких родичів не ставиться у небезпеку. Воля жінки або чоловіка не придушується і повністю не ігнорується, хоч на неї і чиниться протиправний тиск. Крім того, негайна реалізація погрози, притаманної складу розгляданого к.пр., неможлива, бо вона, як правило, спрямовується у майбутнє.

Відповідальність за ст. 154 КК настає лише за умови доведеності того, що вплив на потерпілу особу здійснювався з використанням її матеріальної або службової залежності від винного. Матеріальна залежність передусім означає, що матеріальна допомога з боку суб'єкта к.пр. виступає єдиним, основним або істотним джерелом існування потерпілої особи, і позбавлення такої допомоги здатне поставити жінку або чоловіка у скрутне становище. **Матеріальна залежність** має місце, зокрема, тоді, коли жінка або чоловік перебуває на повному або частковому утриманні винного, проживає на його житловій площі, а також коли дії винного спроможні іншим чином викликати істотне погіршення матеріального становища потерпілої особи (йдеться, наприклад, про відносини цивільного боргу, відносини між спадкодавцем і спадкоємцем).

Службова залежність означає, що: 1) потерпіла особа є підлеглою винного по роботі (наприклад, керівник організації і секретар); 2) потерпіла особа підлягає службовому контролю з боку винного (скажімо, ревизор і комірник); 3) реалізація істотних інтересів потерпілої особи залежить від поведінки винного по службі (слідчий і обвинувачений, вчитель і учень, викладач і студент, науковий керівник і аспірант, комендант гуртожитку і особа, яка у ньому мешкає, тощо).

Удосконалена ст. 154 КК повинна містити позбавлену казуїстичності вказівку на іншу (крім матеріальної і службової) залежність потерпілої особи від винного або принаймні на використання уразливого стану потерпілої особи*.

* Дробот В.П. Про доцільність приведення редакції ст. 154 КК України у відповідність з сучасним станом соціально-економічного життя суспільства // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2013. – Вип. № 3. – С. 88–97.

До речі, саме так вирішується питання у ст. 173 КК Молдови, яка визнає злочиним примушування до дій сексуального характеру. Не конкретизується характер відносин залежності і в ст. 199 КК Польщі, яка встановлює відповідальність для того, хто зловживаючи цими відносинами або використовуючи критичний стан особи, доводить її до вчинення статевих зносин або інших сексуальних дій.

Не утворюють складу к.пр., передбаченого ст. 154 КК: пропозиції вступити в статевий зв'язок; настійливі прохання, поєднані з обіцянками створити кращі матеріальні чи службові умови (наприклад, призначити на більш високооплачувану посаду), наданням подарунків і пільг; домагання, не поєднані з погрозами використати залежність і тим самим завдати істотних неприємностей і втрат. У подібних випадках доречно вести мову про своєрідні торги за тіло людини – зваблювання останньої. Усе це за чинним законодавством кримінальної відповідальності не тягне.

4.3.3. Кримінальні правопорушення проти статевої недоторканості особи

4.3.3.1. Потерпілим від к.пр., передбаченого ст. 155 КК («Статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості»), є особа жіночої або чоловічої статі, яка не досягла статевої зрілості. З одного боку, вжите у тексті кримінального закону поняття статевонезрілого стану дозволяє врахувати стан індивідуального розвитку конкретного потерпілого. З іншого, вказівка у ст. 155 КК на особу, яка не досягла статевої зрілості, створює небезпеку об'єктивного інкримінування, адже встановлення статевої зрілості шляхом проведення судово-медичної експертизи ускладнює (щоб не сказати – унеможлиблює) усвідомлення винною особою цієї ознаки потерпілого.

Під час ухвалення КК 2001 р. не була сприйнята слухна ідея заміни у розгляданій нормі статевонезрілого стану на більш наглядний і менш суперечливий у аспекті встановлення віковий критерій. На теренах колишнього СРСР Україна – чи не єдина держава, яка, як і раніше, позначає потерпілу від аналізованого к.пр. особу за допомогою стану статевої зрілості, введеного ще за часів панування радянської правової доктрини. На сьогодні Україна разом з хіба що Албанією та Болівією утворює нечисленну групу держав, кримінальне законодавство яких використовує поняття статевої зрілості (його заміник) для окреслення меж злочинної поведінки особи.

Статева зрілість є виключно біологічним поняттям, яке не стосується соціальних факторів, зокрема підготовленості до виконання функцій материнства, здатності виховувати дитину і матеріальної спроможності утримувати її. Статева зрілість – це такий фізіологічний стан організму людини, досягнення якого дозволяє їй належним чином і без шкідливих наслідків для здоров'я виконувати репродуктивну функцію.

При встановленні статевої зрілості слід виходити з того, що її настання відбувається не в один день, а поступово, протягом кількох років. Питання про досягнення статевої зрілості особою вирішується у кожному конкретному випадку на підставі висновку судово-медичної експертизи, яка за таких обставин є обов'язковою (п. 5 ч. 2 ст. 242 КПК 2012 р.).

Об'єктивна сторона аналізованого к.пр. полягає у вчиненні природного статевого акту з особою, яка не досягла статевої зрілості. Такий висновок впливає із системного тлумачення кримінального закону – зокрема із використання у тексті ст. 152 КК тотожного терміна «статеві зносини», і необхідності розмежування складів к.пр., передбачених ст. 155 і ст. 156 КК. Також береться до уваги та обставина, що процес статевого дозрівання не порушується при так званих неприродних формах сексуального спілкування. Статеві зносини при вчиненні к.пр., передбаченого ст. 155 КК, не поєднуються із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосуванням або з використанням безпорадного стану потерпілої особи.

Мотивами згоди особи, яка не досягла статевої зрілості, на статеві зносини з нею є цікавість, бажання привернути до себе увагу партнера, намір задовольнити свою статеву пристрасть, корисливі спонукання тощо.

За загальним правилом, склад к.пр., описаного у ст. 155 КК, передбачає згоду потерпілого на вчинення статевого акту з ним. Однак у тому разі, коли статевим зносинам з особою, яка не досягла статевої зрілості, передувало примушування жінки або чоловіка до вступу у статевий зв'язок (ст. 154 КК), статевий акт з точки зору кваліфікації за ст. 155 КК носить вже недобровільний характер. У такому разі дії винного потребують кваліфікації за сукупністю вказаних к.пр. Отже, маємо справу із винятком із загального правила про добровільний характер статевих зносин із статево-незрілою особою. Однак навряд чи це один такий виняток. Зокрема, постає питання про те, чи є підстави вести мову саме про добровільну згоду на статеві зносини, отриману від статево-незрілої особи шляхом обману, при тому, що останній не є способом згвалтування і насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом.

У літературі пропонувалось змінити ст. 155 КК так, щоб уможливити її інкримінування у випадках як природних, так і неприродних статевих зносин з відповідною потерпілою особою. Прагнення конкретизувати описання злочинного діяння, чітко розмежувавши склади к.пр., передбачених ст. 155 і ст. 156 КК, заслуговує на підтримку. Тим більше, що в кримінальному законодавстві держав – учасниць СНД, а також інших держав (Албанія, Данія,*

* Чмут С.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2010. – С. 60–61, 97, 114, 186, 187; Брич Л.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 69, 81–82.

Польща, Словенія, Хорватія тощо) статеві зносини та інші дії сексуального характеру стосовно відповідного потерпілого утворюють один склад статевого злочину.

Водночас традиційна для нашого КК вказівка на «неприродність» статевих зносин виглядає анахронізмом у світлі здобутків сучасної сексології та сексопатології. Пропонуючи ті чи інші формулювання ознак статевих к.пр., варто уникати термінів, які є не лише розпливчастими, а й, так би мовити, морально застарілими. В цьому аспекті більш виваженим є формулювання, згідно з яким у ст. 155 КК повинно йтися про статеве проникнення чи інші дії сексуального характеру з особою, якій завідомо не виповнилось 16 років, за відсутності ознак к.пр., передбачених ст. 152 і ст. 153 КК.

За допомогою подібної відсильної вказівки сформульована норма про відповідальність за вступ у статеві зносини з особою, яка не досягла 14-річного віку, у КК Болгарії. Такі дії кваліфікуються за ст. 151 цього Кодексу, якщо вчинене не утворює злочину, передбаченого ст. 152 КК, тобто зґвалтування.

Якщо потерпіла особа з тих чи інших причин (малолітній вік, розумова відсталість, непритомний стан тощо) не розуміла характер і значення вчинюваних з нею дій, статеві зносини слід розцінювати як зґвалтування малолітньої або неповнолітньої особи з використанням її безпорадного стану. Якщо особа, яка не досягла статевої зрілості, була спочатку зґвалтована, а потім погодилась на вступ у статеві зносини, дії винного треба кваліфікувати за сукупністю к.пр., передбачених ст. 152 і ст. 155 КК. Разом з тим у випадку зґвалтування малолітньої особи, яка не досягла статевої зрілості, такі дії охоплюються ч. 4 ст. 152 КК і додаткової кваліфікації за ст. 155 КК не потребують.

Кваліфікуючими ознаками к.пр. (ч. 2 ст. 155 КК) визнається вчинення його: 1) батьком, матір'ю, вітчимою, мачухою, опікуном чи піклувальником, особою, на яку покладено обов'язку щодо виховання потерпілого або піклування про нього; 2) заподіяння безплідності чи інших тяжких наслідків.

Добровільні статеві зносини батьків, опікунів та інших осіб, вказаних у ч. 2 ст. 155, із неповнолітніми, які досягли статевої зрілості, кримінальну відповідальність за ст. 155 КК не тягнуть. З огляду на те, що зазначені дії підривають моральні засади сім'ї і негативно впливають на виховання неповнолітніх, в юридичній літературі ставиться питання про їх криміналізацію.

*Одним із варіантів вирішення цієї проблеми може стати запровадження кримінальної відповідальності за **кровозмішення**. Кримінальне законодавство більшості держав світу передбачає відповідальність за інцест, віднося-*

* Лисько Т. Кримінальна відповідальність за кровозмішення і двошлюбність: досвід зарубіжних країн // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 2. – С. 133–135.

чи його до злочинів проти шлюбу та сім'ї, проти моральності або до статевих злочинів. Наприклад, КК Норвегії визнає злочинними сексуальні контакти з родичем по прямій лінії, з братом чи сестрою, а так само з усиновленими дітьми. КК Польщі встановлює покарання за статеві зносини з родичем по висхідній чи низхідній лінії, братом або сестрою. КК Швейцарії передбачає відповідальність за інцест – співжиття між кровними родичами. Традиційно вважається, що небезпека інцесту визначається виникненням генеалогічного хаосу, плутаниною у спадкових відносинах, змішуванням внутрішньо-сімейних ролей і деформацією сімейних цінностей, виродженням потомства.

Конституційні суди Італії, Угорщини і ФРН визнали, що криміналізація інцесту не суперечить конституційним приписам і не порушує балансу прав людини і публічних інтересів суспільства*.

Водночас існують і держави (зокрема, учасниці СНД (крім Молдови), Індія, Латвія, Португалія, Франція, Японія), в яких інцест злочином не визнається. КК деяких держав (наприклад, Болгарії, Іспанії, Сан-Маріно, Франції) визнають кровозмішення обтяжуючою обставиною з'валтування. Будучи переконаним прибічником криміналізації кровозмішення, П.І. Люблінський небезпеку цього діяння як злочину перед нащадками вбачав не стільки у порушенні статевої моралі, скільки у створенні небезпеки виродження населення**.

4.3.3.2. Стаття 156 (**«Розбещення неповнолітніх»**), як і ст. 155 КК відображає вирішення на законодавчому рівні проблеми педофілії – статевого відхилення, яке виявляється у прагненні вчинювати дії сексуального характеру з дітьми. Як відзначають зарубіжні дослідники, педофілія, будучи порушенням сексуальної орієнтації, може діставати вияв у різноманітних формах – від звичайних фантазій до жорстоких вбивств, від обнімань до пестощів, мастурбації, анального або геніального контакту. Педофіл може виправдовувати свої дії їх «освітньою» суттю, сексуальним задоволенням, що отримує дитина, або навіть сексуальною провокацією з боку дитини. Наголошується також на притаманній педофілії тривалості сексуальних фантазій або фактичних посягань на дітей***. Водночас варто враховувати, що передбачене ст. 156 КК розбещення неповнолітніх може й не мати на меті сексуальне задоволення винного.

Законодавством багатьох держав світу (зокрема, Бельгії, Великобританії, Данії, Ізраїлю, Канади, Німеччини, Норвегії, Польщі, Словаччини, США, Чехії, Швеції) передбачено можливість застосування так званої хімічної кастрації для тих, хто вчинив сексуальні посягання на дітей. Йдеться про

* Елинский А.В. Проблемы уголовного права в конституционном измерении: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2012. – С. 422–433.

** Люблинский П.И. Преступления в области половых отношений. – М.–Л.: Изд-во Л.Д. Френкель, 1925. – С. 227–234.

*** Исследование природы педофилии // Борьба с преступностью за рубежом. – 1998. – № 1. – С. 25–27; Сексуальное принуждение детей. Молодежь, совершающая сексуальные преступления. Обзор исследований. – С. 10 // <http://sartracc.ru/Pub/sexcrim.pdf>

примусове призначення антиандрогенних препаратів – лікарських засобів, які придушують активність чоловічих статевих гормонів. Положення про застосування хімічної кастрації щодо осіб, які вчинили певні злочини проти статевої свободи і статевої недоторканості особи, можуть бути включені у вітчизняне законодавство лише після ретельного вивчення досвіду тих зарубіжних держав, в яких практикується такий примусовий захід, і законодавець яких не вважає його застосування порушенням ст. 3 ЄКПЛ, згідно з якою ніхто не повинен піддаватись нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню.

Потерпілим від к.пр., передбаченого ст. 156 КК України, є особа, яка не досягла 16-річного віку. На кваліфікацію за ст. 156 КК не впливає те, чи досягла потерпіла особа статевої зрілості, хто був ініціатором вчинення розпусних дій, а також характеристика потерпілої особи (попереднє ведення статевого життя, наявність сексуального досвіду тощо). Важко погодитись з ідеєю визнавати потерпілим від розглядуваного к.пр. особу, яка не досягла 18-річного віку. Запропоноване розширення сфери застосування досліджуваної кримінально-правової заборони, яка охоплює в т.ч. вербальні, візуальні та інші безконтактні дії, явно не узгоджується з таким принципом криміналізації, як відносна поширеність діяння.

Вчинення розпусних дій фізичного характеру щодо особи, яка досягла 16-річного віку, може розглядатись як хуліганство, що відзначається винятковим цинізмом (ст. 296 КК) – у випадку, коли ці дії поєднуються з грубим порушенням громадського порядку і викликані прагненням продемонструвати явну неповагу до суспільства. Очевидно, що така кримінально-правова оцінка є вимушеною та обумовлена відсутністю у чинному КК норм про відповідальність за ненасильницькі посягання на статево свободу (статево недоторканість) дорослої особи.

Певним прикладом для наслідування у цьому разі може слугувати ст. 181 КК Іспанії, яка відносить до сексуальних зловживань, зокрема, дії, що посягають на статево свободу іншої особи, вчинювані без застосування насильства і без отримання згоди з боку потерпілого.

З об'єктивної сторони к.пр., передбачене ст. 156 КК, дістає вияв у вчиненні різноманітних розпусних дій сексуального характеру, здатних викликати фізичне і моральне розбещення неповнолітніх потерпілих. Розпусні дії можуть бути як фізичними, так і інтелектуальними.

Фізичне розбещення – це, зокрема, оголення статевих органів винної або потерпілої особи, мацання їх, інші непристойні дотики, які викликають статево збудження, навчання онанізму, вчинення у присутності потерпілого природного статевого акту, акту онанізму, мужолозтва або іншого задоволення статевої пристрасті неприродним способом. Фізичні розпусні дії полягають у будь-яких сексуальних маніпуляціях з тілом й особливо статевими органами потерпілої особи, винного або третьої особи. Природні статеві зносини з особою, якій не виповнилось 16 років

і яка не досягла статевої зрілості, за її згодою не визнаються фізичним розбещенням неповнолітніх в аспекті притягнення до відповідальності за ст. 156 і кваліфікуються за ст. 155 КК. За наявності підстав згвалтування, вчинене у присутності відповідних потерпілих, може утворювати ідеальну сукупність к.пр., передбачених ст. 152 і ст. 156 КК.

За ч. 1 ст. 156 КК засудив Кіровський міський суд Луганської області чоловіка, який, проживаючи спільно з онучкою своєї співмешканки – дівчинкою віком 9 років, кілька разів роздягав її і терся своїм статевим членом об її статеві органи.*

Із вироку вбачається, що суд не визнав за потрібне з'ясувати питання, чи не перебувала 9-річна потерпіла у безпорадному стані, зумовленому її малолітнім віком. З такою позицією суду погодитись важко, адже встановлення психічної безпорадності потерпілої зобов'язувало б його кваліфікувати дії засудженого не за ст. 156, а за ст. 153 КК.

Інтелектуальне розбещення може полягати, скажімо, у цинічних розмовах з потерпілим на сексуальні теми, розповіді відвертих, натуралістичних сексуальних історій, фотографуванні потерпілих в різних сексуальних позах, схиленні або примушуванні потерпілих (у т.ч. з використанням мережі Інтернет) до вчинення сексуальних дій між собою або щодо винного, демонстрації порнографічних предметів.

Розпусні дії з потерпілою особою, яка не досягла 16-річного віку, вчинені безпосередньо перед її згвалтуванням, насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом або статевими зносинами з особою, яка не досягла статевої зрілості, повністю охоплюються відповідними частинами ст.ст. 152, 153, 155 і додаткової кваліфікації за ст. 156 КК не потребують. Відсутність додаткової кваліфікації за ст. 156 КК пояснюється тим, що у подібних випадках розбещення неповнолітніх з урахуванням спрямованості умислу винного розглядається лише як етап у вчиненні інших статевих к.пр.

*Виправдовуючи суб'єкта за ч. 2 ст. 156 КК за відсутністю в його діях складу злочину і засуджуючи його, зокрема, за ч. 1 ст. 155 КК, Гадяцький районний суд Полтавської області зазначив у вироку, що засуджений оголяв свій статевий орган, непристойно доторкався до статевого органу, грудей і сідниць малолітньої потерпілої під час вчинення з нею статевих актів, а тому вказані розпусні дії охоплюються ч. 1 ст. 155 КК**.*

Наявність розриву у часі між розпусними діями і вчиненням стосовно однієї і тієї самої потерпілої особи іншого статевого к.пр., що виключає переростання одного злочинного діяння в інше, означає, що вчинене потрібно кваліфікувати за сукупністю к.пр.

* Архів Кіровського міського суду Луганської області. Справа № 1-33 за 2009 р.

** Архів Гадяцького районного суду Полтавської області. Справа № 1-4 за 2010 р.

За ч. 2 ст. 156 і ч. 4 ст. 152 КК засудив апеляційний суд Чернігівської області суб'єкта, який в період з осені 2001 р. до весни 2004 р. вчиняв розпусні дії щодо своєї малолітньої дочки, 1993 року народження, а також, застосовуючи фізичне і психічне насильство, неодноразово вступав з нею у статеві зносини. Правильність кваліфікації дій засудженого ухвалою від 26 жовтня 2006 р. підтвердила колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС.

Якщо винний, маючи намір зґвалтувати неповнолітню особу, здійснив щодо неї розпусні дії, а закінчене зґвалтування не вчинив з причин, не залежних від його волі, вчинене потрібно кваліфікувати не за ст. 156 КК, а як готування до зґвалтування або як замах на нього.

Якщо розбещення неповнолітнього передувало зґвалтуванню, від доведення до кінця якого особа добровільно відмовилась, її дії, за наявності підстав, слід кваліфікувати за ст. 156 КК.

Д. заманив до підвального приміщення житлового будинку малолітню Б., 2000 року народження, де, скориставшись її безпорадним станом, намагався задовольнити з нею статеву пристрасть неприродним способом. Злочин не було доведено до кінця з причин, які не залежали від волі Д., – через те, що його діям поклали край мешканці будинку. Тростянецький районний суд Сумської області правильно визнав дії Д. замахом на насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, однак кваліфікація дій винного ще й за ст. 156 КК була зайвою.*

Дії, що становлять собою інтелектуальне розбещення, потребують додаткової кваліфікації за ст. 301 КК, яка передбачає відповідальність, зокрема, за виготовлення, зберігання порнографічних предметів, їх розповсюдження серед неповнолітніх, примушування неповнолітніх до участі у створенні творів, зображень або кіно- та відеопродукції, комп'ютерних програм порнографічного характеру.

Література

- Брич Л.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – 84 с.
- Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: Наук.-практ. посібник. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – 352 с.
- Хавронюк М. Відповідальність за зґвалтування: в Україні і за кордоном // Право і суспільство. – 2009. – № 3. – С. 75–87.

Запитання і завдання

1. Розкрийте зміст статевої свободи та статевої недоторканості особи і назвіть види к.пр. проти статевої свободи та статевої недоторканості особи.

* Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3. – С. 25.

2. Охарактеризуйте способи вчинення зґвалтування.
3. Відмежуйте зґвалтування від насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом і примушування до вступу в статевий зв'язок.
4. Розкрийте кримінально-правову характеристику розбещення неповнолітніх.
5. Підготуйте огляд рішень ЄСПЛ, в яких зачіпаються питання кримінальної відповідальності за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи.

Рекомендуємо прочитати

- Володимир Набоков «Чарівник».
- Володимир Набоков «Лоліта».
- Джованні Бокаччо «Декамерон».
- Дженні Даухем «Ти проти мене».

Радимо подивитись

- Незворотність (Франція, 2002, режисер Гаспар Ноє).
- Вбити пересмішника (США, 1962, режисер Роберт Малліган).
- Анатомія вбивства (США, 1959, режисер Отто Премінджер).
- Холоднокрівне вбивство (США, 1996, режисер Джонатан Каплан).
- Кат (СРСР, 1990, режисер Віктор Сергеев).
- Обвинувачені (Канада, США, 1988, режисер Джонатан Каплан).

4.4. Кримінальні правопорушення проти виборчих та особистих прав і свобод людини і громадянина

4.4.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти виборчих та особистих прав людини і громадянина

4.4.1.1. Встановлення кримінальної відповідальності за посягання на права і свободи людини і, зокрема, виділення в Особливій частині КК розділу V під назвою «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» цілком узгоджується із конституційними положеннями про те, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, і що утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Варто зауважити, що згаданий розділ КК присвячений охороні лише частини конституційних прав і свобод людини і громадянина, у зв'язку

з чим його назва могла б звучати приблизно як «Злочини проти окремих конституційних прав людини і громадянина». Так, невід'ємне право кожної людини на життя охороняється передусім нормами розділу II Особливої частини КК «Злочини проти життя та здоров'я особи», право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю – нормами розділу VI Особливої частини КК «Злочини проти власності», а право кожного на безпечне для життя і здоров'я довкілля – нормами розділу VIII Особливої частини КК «Злочини проти довкілля». Кримінально-правова охорона приватності, право на яку проголошують ст.ст. 30–32 Конституції України, здійснюється на підставі не лише ст.ст. 162, 163 і 182 КК, які визнають караними, відповідно, порушення недоторканності житла, порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції і порушення недоторканності приватного життя, а і ст. 132 («Розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби») і ст. 145 («Незаконне розголошення лікарської таємниці») КК.

Отже, всі або майже всі розділи КК охороняють ті чи інші права і свободи людини і громадянина. Однак основною кримінально-правовою гарантією прав і свобод людини і громадянина, закріплених у розділах II і III Конституції України, є все-таки розділ V Особливої частини КК, норми якого безпосередньо пов'язані з приписами Основного Закону.

Аналізований розділ КК об'єднує норми про досить неоднорідні посягання – від перешкоджання здійсненню виборчих прав до ухилення від сплати аліментів. Це робить актуальною проблему більшої упорядкованості цих кримінально-правових заборон. Автори цього посібника к.пр. проти прав і свобод людини і громадянина пропонують поділяти на **п'ять груп**, а саме к.пр. проти:

- 1) народного волевиявлення, інших виборчих прав громадян (ст.ст. 157–160 КК);
- 2) трудових та інших соціально-економічних прав людини (ст.ст. 170–175, 183, 184 КК);
- 3) рівноправності (ст. 161 КК);
- 4) недоторканності приватного життя особи (ст.ст. 162, 163, 182);
- 5) свободи совісті (ст.ст. 178–181 КК).

4.4.1.2. Підходи законодавців різних держав до визначення місця норм про кримінально карані посягання, що є аналогічними зазначеним вище, і тим більше кола цих посягань суттєво відрізняються.

Наприклад, у КК Білорусі, Грузії, Естонії, Казахстану, Киргизії, Росії, як і в КК України, склади злочинних діянь проти виборчих прав громадян і проти інших прав і свобод людини містяться в одному розділі. Натомість у деяких інших державах кримінально карані діяння проти виборчих прав громадян розглядаються як посягання на державу. Наприклад, у КК Данії відповідні

норми розміщено в главі 13 «Злочини проти конституційних та вищих органів держави», а в КК Латвії – у главі X «Злочини проти держави». У КК Болгарії відповідний розділ має назву «Злочини проти політичних прав громадян», а в КК Швейцарії відповідальність за перешкоджання виборчим правам закріплено у розділі «Проступки проти волі народу».

Якщо в державах СНД склади злочинів проти трудових прав включені у глави (розділи) про злочини проти конституційних прав і свобод, то в інших державах вони виділені в окремі глави (розділи), які передбачають відповідальність за злочини проти: трудових відносин (Македонія); свободи праці (Болівія, Бразилія, Венесуела); прав трудящих (Іспанія); трудових прав (Куба, Чорногорія); прав осіб, які виконують роботу з метою заробітку (Польща). Оскільки диспозиції кримінально-правових норм про посягання на трудові права переважно носять бланкетний характер, існують держави, в яких відповідні кримінально-правові заборони розміщені в актах трудового законодавства (зокрема, у Трудовому кодексі Франції).

У кримінальному законодавстві переважної більшості держав світу містяться склади діянь, які можуть розглядатись як посягання на свободу віросповідання. Криміналізації піддано, за загальним правилом, три різновиди поведінки: 1) перешкоджання релігійній діяльності (аналогі діянь, караних за ст.ст. 178–180 КК України); 2) образа почуттів віруючих (у КК України про образу почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, а також дискримінацію за ознакою релігійних переконань йдеться у ст. 161); 3) примушування до участі в релігійних обрядах і службах, сповідання релігії (аналогів у КК України поки що немає, хоча в юридичній літературі пропонувалось доповнити його ст. 180-1 «Примушування до проведення релігійного обряду або до участі у ньому»)*.

Кримінально карані порушення сімейних та опікунських відносин (ст.ст. 164–169 КК) аналізуються у підрозділі 4.5 посібника, а порушення інтелектуальної власності (ст.ст. 176, 177 КК) – у його п. 5.1.5.

4.4.1.3. Усього в 2013 р. за к.пр., передбачені розділом V Особливої частини КК «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина», засуджено 4065 осіб, із них за к.пр. проти:

- виборчих прав громадян (ст.ст. 157–160 КК) – 3. В інші роки, коли в Україні проводились або не проводились загальнонаціональні вибори, ця цифра не надто відрізнялась: у 2005–2012 рр. засуджених осіб було, відповідно, 30, 10, 8, 5, 9, 19, 4, 4;
- рівноправності (ст. 161 КК) – 3;
- недоторканності приватного життя особи (ст.ст. 162, 163, 182) – 186;

* Маркін В.І. Кримінально-правова охорона свободи віросповідання в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – С. 13.

- соціально-економічних прав (ст.ст. 170–175, 183, 184 КК) – 144;
- свободи совісті (ст.ст. 178–181 КК) – 2.

З огляду, з одного боку, на те, що за к.пр. проти виборчих прав громадян засуджується незначна кількість осіб, а, з іншого, на широке і детальне висвітлення питань відповідальності за ці к.пр. в науково-практичних коментарях до КК і в спеціальній літературі, розглядати тут їх ми не будемо. Інші названі групи к.пр. розглянемо в основному на окремих прикладах.

4.4.2. Кримінальні правопорушення проти трудових та інших соціально-економічних прав людини

4.4.2.1. **Грубе порушення законодавства про працю** (ст. 172 КК). Потерпілими від цього к.пр. визнаються працівники, тобто особи, на яких поширюється законодавство про працю і які є відповідною стороною трудових правовідносин. Якщо грубе порушення законодавства про працю вчинене щодо неповнолітнього, вагітної жінки чи матері, яка має дитину віком до 14 років або дитину-інваліда, то відповідальність повинна наставати за ч. 2 ст. 172 КК. Якщо к.пр. полягає у безпідставній відмові у прийнятті особи на роботу, потерпілим є майбутній (потенційний) працівник.

Згідно з абз. 4 ст. 24 КЗП укладення трудового договору оформляється наказом чи розпорядженням власника або уповноваженого ним органу про зарахування працівника на роботу. Водночас в абз. 5 ст. 24 КЗП зазначається, що трудовий договір вважається укладеним і тоді, коли наказ чи розпорядження не були видані, але працівника фактично було допущено до роботи. Тобто фактичний допуск особи до роботи з відома або за дорученням роботодавця, його представника і незалежно від того, чи був трудовий договір належним чином оформлений, також є підставою виникнення трудових відносин. Тому працівник – учасник і таких відносин – може бути потерпілим від к.пр., передбаченого ст. 172 КК.

З об'єктивної сторони розглядуване к.пр. може виявитися у діях або бездіяльності у формі: 1) незаконного звільнення працівника з роботи; 2) іншого грубого порушення законодавства про працю.

Незаконне звільнення працівника з роботи означає розірвання трудового договору з працівником на порушення встановленої процедури або без законних підстав (звільнення здійснюється за скороченням штатів, проте фактично скорочення не відбувається; мало місце звільнення за прогул за умови, що причини відсутності на роботі працівника були поважними; звільнення було здійснено за систематичне невиконання трудових обов'язків за умови фактичної відсутності системи порушень; звільнення було здійснено з порушенням строків притягнення до дисциплінарної відповідальності; за вчинення аморального проступку було звільнено працівника, який не виконував виховних функцій, тощо).

Інше грубе порушення законодавства про працю з точки зору кваліфікації за ст. 172 КК може полягати, наприклад, у: використанні праці жінок на підземних роботах; безпідставному притягненні працівника до матеріальної відповідальності; залученні працівника до надурочних робіт з порушенням норм, встановлених для робіт цього виду; ненаданні щорічної чи додаткової відпустки або систематичному ненаданні вихідних днів, або додаткової перерви для відпочинку особам, які залучені до праці з підвищеним фізичним навантаженням; невидачі наказу про звільнення та/або трудової книжки особі, яка хоче звільнитися з роботи в установленому законом порядку; незаконному переведенні на іншу роботу; порушенні порядку розгляду трудових спорів.

Умисне порушення законодавства про працю, яке немає підстав визнавати грубим (оціночне поняття), тягне адміністративну відповідальність (ст. 41 КАП). Вирішуючи питання, чи є порушення трудового законодавства грубим, слід враховувати, зокрема, кількість потерпілих, тяжкість наслідків для них, тривалість порушень, характер мотивів.

Вироком Великоновосілківського районного суду Донецької області П., який працював директором ПП «Скіф», було засуджено у т.ч. за ч. 1 ст. 172 КК. Скасовуючи цей вирок і закриваючи справу за відсутністю складу злочину, апеляційний суд Донецької області у своїй ухвалі зазначив, що дії засудженого щодо неналежного оформлення трудових відносин з працівниками підприємства, відсутність записів у трудових книжках та їх несвоєчасна видача не є грубим порушенням законодавства про працю, а несплата чи неповна сплата страхових внесків не є порушенням трудового законодавства. Спростовуючи цю аргументацію і направляючи справу на новий судовий розгляд, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС звернула увагу на те, що внаслідок несвоєчасного повернення трудових книжок частина потерпілих працювала без оформлення трудових відносин і сплати страхових внесків, а частина взагалі тривалий час не могла працевлаштуватись на іншому місці роботи.*

У літературі висувається слушна пропозиція відмовитися від використання термінологічного звороту «грубе порушення законодавства про працю» у тексті ст. 172 КК і перетворити склад злочину, передбаченого цією статтею, на матеріальний, пов'язавши кримінальну відповідальність за його вчинення з настанням тяжких наслідків. Орієнтирами для визначення тяжкості наслідків могли б слугувати, наприклад, кількість працюючих в сім'ї, матеріальний стан особи, стан здоров'я інших членів сім'ї, інші джерела існування**.

* Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 119–125.

** Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 10, 24–25, 31.

Якщо винний допустив грубе порушення угоди про працю шляхом обману, зловживання довірою або примусом до виконання роботи, не зумовленої угодою, його діяння утворюють склад к.пр., передбаченого ст. 173 КК. Це може бути, наприклад: залучення працівника до виконання роботи під приводом виробничої потреби; введення працівника в оману щодо пільг, надбавок та компенсацій, які він фактично не отримує, хоча повинен отримувати; прийняття на роботу працівника із запевненням його про письмове оформлення, хоч насправді трудова діяльність працівника у подальшому не документується. З огляду на змістовну близькість ст. 172 і ст. 173 КК вони можуть бути об'єднані в одну.

У деяких випадках грубе порушення законодавства про працю дістає вияв у порушенні вимог законодавства про безпеку виробництва. Такі діяння винних можуть містити склади к.пр., передбачених ст.ст. 271–275 КК, і додаткової кваліфікації за ст. 172 КК не потребують.

Відповідно до ч. 1 ст. 172 КК обов'язковою суб'єктивною ознакою незаконного звільнення працівника з роботи є особисті мотиви (помста, особиста неприязнь, заздрість, корисливі спонукання, ревності тощо). Водночас інше грубе порушення законодавства про працю не передбачає наявності певного мотиву. У літературі у зв'язку з цим звертається увага на недосконалість ч. 1 ст. 172 КК, в якій фактично дублюються форми об'єктивної сторони: незаконне звільнення працівника з роботи з особистих мотивів охоплюється першою формою, тоді як аналогічне діяння, вчинене з інших мотивів, може підпадати під ознаки другої форми*.

Якщо особу було звільнено з роботи через помилку (наприклад, загублено документи про переважне право на залишення на роботі), вина особа за наявності підстав може нести відповідальність за службову недбалість (ст. 367 КК). Порушення законодавства про працю, вчинене з мотивів расової, національної, релігійної неприязні, за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 161 КК.

4.4.2.2. Невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (ст. 175 КК)**. Необхідність цієї кримінально-правової заборони впливає з конституційних приписів. Так, відповідно до ст.ст. 43, 46, 48, 53 Конституції України право на своєчасне одержання винагороди за працю захищається законом; громадянам гарантується право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності,

* Стефанський С. Соціальна характеристика криміналізації та кримінально-правова характеристика грубого порушення законодавства про працю // Вісник прокуратури. – 2010. – № 6. – С. 69–70.

** Див. також: Практика розгляду судами кримінальних справ про невиплату заробітної плати, стипендій, пенсій чи інших установлених законом виплат // Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 10. – С. 15–21.

втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом; кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї; держава забезпечує надання державних стипендій та пільг учням і студентам.

Своєрідним аналогом ст. 175 КК України може вважатись ст. 159 КК Швейцарії, згідно з якою має каратись у т.ч. той роботодавець, який порушує обов'язки з проведення розрахунків з працівниками і тим самим заподіює шкоду їх майну. Кримінальна відповідальність за затримку заробітної плати встановлена й у Казахстані, Норвегії, Росії, Таджикистані.

До інших встановлених законом виплат з точки зору кваліфікації за ст. 175 КК можуть бути віднесені, наприклад, грошове утримання військовослужбовців, довічне грошове утримання суддів, допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, допомога на дітей, які перебувають під опікою чи піклуванням, допомога малозабезпеченим сім'ям з дітьми. Як правило, відповідні виплати мають регулярний характер. Вони здійснюються за умови настання конкретного, визначеного в законі юридичного факту (укладення трудового договору, досягнення пенсійного віку, установлення інвалідності тощо).

У зв'язку з тим, що нормативну базу, яка регулює порядок виплати заробітної плати, стипендії та страхових платежів, у т.ч. пенсій, складають не тільки закони, а і підзаконні нормативно-правові акти, із тексту диспозиції ч. 1 ст. 175 КК слід вилучити термінологічний зворот «установленої законом». Адже останній значно звужує поняття належних виплат. Якщо виходити із дослівного розуміння вказаного звороту, можна зробити неправильний висновок про виключення із предмета розглядуваного злочину тих виплат, порядок здійснення яких установлено, зокрема, указами Президента України, іншими підзаконними актами*.

З об'єктивної сторони розглядуване к.пр. полягає у безпідставній невиклаті заробітної плати, стипендії, пенсії чи іншої установленної законом виплати громадянам більше ніж за один місяць. Невиплата означає повну або часткову невиклату відповідних коштів потерпілим, а також їх несвоечасну виплату. Безпідставною вважається невиклата, коли відповідні кошти не надаються потерпілим, незважаючи на наявність коштів та існування законних підстав для їх виплати.

Не визнається безпідставною невиклата відповідних коштів у випадку, коли: 1) зазначені виплати не здійснюються на законних підставах (зокрема, у випадку притягнення працівника до матеріальної відповідальності і відрахування з його заробітної плати коштів для покриття шкоди, заподіяної роботодавцю); 2) невиклата зумовлена об'єктивними причинами (наприклад, відсутністю необхідних для виплат коштів).

* Топчій В.В. Кримінально-правова характеристика невиклати заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (ст. 175 КК України): Монографія. – Львів: ЛьвДУВС, 2010. – С. 77–78.

Для з'ясування можливості виплати заробітної плати необхідно перевіряти фінансово-економічне становище підприємства, установи, організації або фізичної особи – підприємця. З одного боку, витрачання коштів на підтримання життєдіяльності підприємства можна розглядати як поважну. З іншого – при кваліфікації діянь, пов'язаних із невиклатою заробітної плати, слід враховувати, що відповідно до чинного трудового законодавства оплата праці працівників здійснюється в першочерговому порядку, а всі інші платежі здійснюються власником або уповноваженим ним органом після виконання зобов'язань щодо оплати праці.

На кваліфікацію за ст. 175 КК не впливає та обставина, кому не виплачувалась зарплата – усьому трудовому колективу, його частині або окремому працівнику.

Вироком Тульчинського районного суду Вінницької області від 26 листопада 2004 р. за ч. 1 ст. 175 КК засуджено У., яка була визнана винною в тому, що працюючи директором ТОВ «Кирсанівський цукровий завод», безпідставно протягом січня – липня 2004 р. не виплачувала працівникам заводу заробітну плату, заборгувавши їм 359 тис. 786 грн. Як встановлено досудовим слідством і судом, за цей час на рахунок ТОВ надійшло 7 млн 730 тис. 4 грн., які за вказівкою У. витрачалися на виробничі потреби заводу (оплату рахунків, закупівлю нафтопродуктів, охоронні послуги тощо), а не на виплату зарплати і погашення заборгованості з її виплати 428 працівникам заводу.*

Згідно зі ст. 175 КК кримінально караною визнається лише така безпідставна невиклата, якщо заборгованість перед отримувачем коштів перевищує місячну виплату. Словосполучення «більше як за один місяць» потрібно розуміти не лише як порушення строків здійснення певних виплат, а і як загальний обсяг заборгованості, яка виникла перед адресатом відповідних виплат і перевищення максимальної межі якої дає підстави кваліфікувати діяння винного за ст. 175 КК. Якщо, скажімо, протягом кількох місяців особі виплачувалась заробітна плата частково, і таким чином, «заборгований» розмір становить більше розміру місячної заробітної плати, ознака «більше ніж за один місяць» має місце.

Невиклата заробітної плати за один місяць або менше як за один місяць є адміністративно караною поведінкою (ст. 41 КАП).

*Цікаво, що у ст. 148 КК Казахстану, яка є аналогом ст. 175 КК України, міститься застереження про те, що карається невиклата заробітної плати «у повному обсязі». Це – слушне уточнення, оскільки здійснення часткових виплат не може засвідчувати відсутність складу цього злочину. Невипадково в російській літературі ставиться питання про подібне уточнення ст. 145-1 КК Росії, в якій говориться про невиклату зарплати**.*

* Топчій В.В. Кримінально-правова характеристика невиклати заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (ст. 175 КК України): Монографія. – Львів: ЛьвДУВС, 2010. – С. 84–85.

** Мачковский Л.Г. Охрана личных, политических и трудовых прав в уголовном законодательстве России и зарубежных государств. – М.: РУССО, 2004. – С. 183.

Безпідставну не виплату заробітної плати можна вважати однією з форм грубого порушення законодавства про працю (ст. 172 КК). Тому у літературі висувається пропозиція диспозицію ч. 1 ст. 172 КК сформулювати таким чином: «Незаконне звільнення працівника з роботи з особистих мотивів, безпідставна не виплата заробітної плати більше ніж за один місяць, а також інше грубе порушення законодавства про працю...»*.

4.4.2.3. **Спеціальні види порушення вимог законодавства про охорону праці (кримінальні правопорушення проти безпеки виробництва).** Загальна декларація прав людини проголосила право кожного на справедливі та сприятливі умови праці, складовою частиною якого є такі умови, які відповідають вимогам безпеки та гігієни. Відповідні норми міжнародного права знайшли своє відображення у вітчизняному законодавстві, насамперед у Конституції України. Серед іншого у ст. 43 Основного Закону зазначається, що кожен має право на належні, безпечні і здорові умови праці.

Розподіл усіх к.пр., що посягають на трудові права громадян, на порушення: 1) трудових прав людини і громадянина, не пов'язані з посяганням на життя та здоров'я (розділ V Особливої частини КК), і 2) правил охорони праці і техніки безпеки на виробництві, які створюють загрозу заподіяння шкоди життю та здоров'ю людини (розділ X Особливої частини КК «Злочини проти безпеки виробництва»), – притаманний лише для України.

У багатьох державах кримінальна відповідальність за порушення правил охорони праці, безпеки виробництва настає на підставі норм, в яких йдеться про необережне заподіяння смерті або тілесних ушкоджень.

До к.пр. проти безпеки виробництва належать передбачені КК: порушення вимог законодавства про охорону праці (ст. 271); порушення вимог безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою (ст. 272); порушення правил безпеки на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах (ст. 273); порушення правил ядерної або радіаційної безпеки (ст. 274); порушення правил, що стосуються безпечного використання промислової продукції або безпечної експлуатації будівель і споруд (ст. 275).

За їх вчинення у 2013 р. було засуджено 230 осіб, з яких за ст. 271 – 27, за ст. 272 – 195, і за ст. 273 – 8 осіб. Засуджених за ст. 274 і ст. 275 КК не було.

У стислій формі охарактеризуємо деякі з цих посягань.

* Топчій В.В. Вказ. праця. – С. 141–142.

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 271 КК, характеризується чотирма ознаками в їх сукупності: 1) діянням – порушення вимог законодавчих та інших нормативно-правових актів про охорону праці; 2) наслідками у вигляді шкоди здоров'ю (ч. 1 ст. 271) або загибелі людей чи інших тяжких наслідків (ч. 2 ст. 271); 3) причинним зв'язком між діянням та наслідками; 4) місцем вчинення к.пр. (ним є місце, де здійснюється виробництво, – підприємство, установа, організація або підприємницька діяльність громадянина – суб'єкта такої діяльності).

Порушення вимог нормативно-правових актів про охорону праці полягає у вчиненні особою дій, які заборонені відповідними актами, або у невиконанні дій, які особа повинна була вчинити згідно із нормативними вимогами, або у неналежному виконанні відповідних приписів (зокрема, поверховий інструктаж з техніки безпеки). Найчастіше порушення вимог про охорону праці дістає вияв у відсутності необхідного інструктажу з техніки безпеки, недостатньому нагляді за дотриманням правил охорони праці, неогородженні рухомих частин механізмів, незадовільному санітарно-гігієнічному стані виробничих приміщень і робочих місць тощо.

Не всі нормативно-правові акти про охорону праці стосуються саме безпеки та гігієни праці і містять такі вимоги, порушення яких може призвести до наслідків у вигляді шкоди життю чи здоров'ю людини, що важливо з точки зору кваліфікації за ст. 271. Для встановлення протиправності діяння, передбаченого ст. 271, мають значення ті нормативно-правові акти, які встановлюють вимоги безпеки та гігієни праці, а не весь спектр положень про охорону праці. Недотримання значної частини останніх не має (і в багатьох випадках не може мати) великої суспільної небезпеки і може бути предметом адміністративно-правової оцінки. З огляду на зазначене вважаємо за доцільне назву ст. 271 викласти в такій редакції – «Порушення вимог законодавства про охорону здоров'я працівників на виробництві», а в диспозиції цієї статті замість словосполучення «про охорону праці» використати зворот «про безпеку праці на виробництві». Додатковим аргументом на користь такого рішення є та обставина, що пропонувані назва і зміст ст. 271 чітко засвідчуватимуть: відносини, які охороняються ст. 271, не виходять за межі родового об'єкта к.пр., передбачених розділом X Особливої частини КК.

У деяких відомих зарубіжному кримінальному законодавству нормах, подібних до ст. 271 КК України, прямо вказується на порушення законодавства, що забезпечує безпеку праці (ст. 136 КК Болгарії, ст. 135 КК КНР) або безпеку та гігієну праці (ст. 220 КК Польщі). У такий спосіб акцентовано, що ці кримінально-правові норми покликані забезпечувати не охорону праці взагалі, а конкретно безпеку праці на виробництві.

Стаття 271 КК охоплює порушення загальних правил охорони праці, тобто тих, які поширюються на всі галузі та види виробництва, стосуються всіх працівників і забезпечують безпеку осіб, пов'язаних із виробництвом.

Жовтневий районний суд м. Дніпропетровська кваліфікував за ч. 1 ст. 271 КК дії Б., який, працюючи виконробом ТОВ «Індустріїбуд», порушив ряд нормативно-правових актів про охорону праці, внаслідок чого будівельник Ш. впав з десятого поверху новобудови і загинув. Оскільки згідно з чинним законодавством роботи на висоті віднесено до робіт із підвищеною небезпечкою, дії Б. мали бути кваліфіковані за ч. 2 ст. 272 КК.*

У випадку одночасного порушення службовою особою підприємства, установи, організації або громадянином – суб'єктом підприємницької діяльності загальних і спеціальних правил безпеки праці вчинене (залежно від специфіки виробництва чи виконуваних робіт) треба кваліфікувати за сукупністю к.пр., передбачених відповідною частиною ст. 271 і ст.ст. 272–275 КК.

До кримінальної відповідальності за ст. 271 КК можуть бути притягнуті лише ті службові особи, на яких законом або на підставі наказу, службової інструкції, спеціального розпорядження безпосередньо покладено обов'язок забезпечувати дотримання вимог про охорону праці на відповідній ділянці роботи або контроль за їх виконанням. У разі порушення вимог законодавства про охорону праці, які завдали шкоду життю і здоров'ю особи, іншими службовими особами, останні (з урахуванням обставин справи) можуть нести відповідальність за к.пр. у сфері службової діяльності.

*Б., працюючи завідувачем цеху кормів птахокомплексу ПП «Агрофірма «Олена» і порушуючи вимоги законодавства про охорону праці, не пересвідчилася в безпечності роботи з кормозмішувачем, а саме не перевірила, чи працюють у ньому люди, включила кормозмішувач у той час, коли всередині перебував і чистив агрегат від залишків кормів працівник цеху С., який був смертельно травмований. Миколаївський районний суд м. Миколаєва виправдав Б., яка була притягнута до кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 271 КК, за відсутністю в її діях складу злочину, посилаючись на те, що Б. нібито не є суб'єктом цього злочину: на неї не покладались обов'язки із дотримання вимог законодавства про охорону праці або контролю за їх виконанням. Автори узагальнення судової практики правильно вказали на сумнівність такого рішення суду**.*

Фізична особа, яка не будучи зареєстрованою у встановленому порядку як підприємець, використовує на підставі трудового договору найману працю, відповідно до вимог законодавства про охорону праці зобов'язана забезпечити безпечні умови праці найманих працівників. Суб'єктом к.пр., передбаченого чинною редакцією ст. 271 КК, така особа, однак, не є. При цьому відповідно до ст. 2 Закону «Про охорону праці» дія останнього поширюється на всіх юридичних та фізичних осіб,

* Практика розгляду судами кримінальних справ про злочини, пов'язані з порушенням вимог законодавства про охорону праці // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 6. – С. 24.

** Там само. – С. 28–29.

які відповідно до законодавства використовують найману працю, та на всіх працюючих. Тому звуження кола можливих суб'єктів к.пр. шляхом вказівки у ст. 271 КК (поряд із службовими особами підприємств, установ, організацій) лише на громадян – суб'єктів підприємницької діяльності видається не виправданим. З огляду на це, слушною слід визнати пропозицію замінити у ст. 271 КК термін «громадянин – суб'єкт підприємницької діяльності» узагальнюючим словосполученням «фізична особа, яка використовує найману працю»*.

На практиці гостро стоїть проблема визнання суб'єктом аналізованого к.пр. незвільнених бригадирів, ланкових, старших груп, відповідальних або старших працівників, діяльність яких в певних ситуаціях (розставлення працівників відповідно до плану-завдання, підтримання виробничої дисципліни, оформлення документів на виконанні роботи тощо) може набувати організаційно-розпорядчого характеру. Вирішуючи з точки зору чинного КК питання про можливість кваліфікації діянь вказаних осіб за ст. 271 КК, треба встановлювати, у зв'язку з якою діяльністю винного (організаційно-розпорядчою або виконанням суто робочої операції) було порушено вимоги про безпеку праці. З позиції удосконалення вітчизняного КК конструктивно вважаємо пропозицію запровадити кримінальну відповідальність рядових працівників за порушення вимог законодавства про безпеку праці, якщо це спричинило тяжкі наслідки**.

Стаття 272 (**«Порушення вимог безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою»**), на відміну від ст. 271 КК, яка є загальною нормою і поширюється на всі відносини у сфері охорони праці, встановлює кримінальну відповідальність за порушення правил безпеки лише під час виконання певних видів робіт – робіт з підвищеною небезпекою.

Об'єктивна сторона цього к.пр. характеризується такими ознаками: 1) діянням – порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою на виробництві або будь-якому підприємстві; 2) наслідками у вигляді: створення загрози загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків (ч. 1 ст. 272); заподіяння шкоди здоров'ю потерпілого (ч. 1 ст. 272); спричинення загибелі людей чи інших тяжких наслідків (ч. 2 ст. 272); 3) причинним зв'язком між діяннями і наслідками; 4) обстановкою вчинення к.пр. – виконання робіт з підвищеною небезпекою, а також місцем його вчинення (виробництво або будь-яке підприємство).

* Бахуринська О.О. Кримінально-правова характеристика порушення вимог законодавства про охорону праці (ст. 271 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 118.

** Лановенко І.П., Чангулі Г.І. Уголовно-правова охорона трудових прав громадян / Отв. ред. І.П. Лановенко. – К.: Наукова думка, 1989. – С. 87–106, 275.

До робіт з підвищеною небезпекою належать: електрозварювальні, газополум'яні, наплавочні і паяльні роботи; роботи на кабельних лініях і діючих електроустановках; роботи в зонах дії струму високої частоти, іонізуючого випромінювання, електростатичного та електромагнітного полів; роботи в термічних цехах та дільницях на електротермічних установках підвищеної та високої частоти; виконання газонебезпечних робіт; освоєння і глушіння газових та нафтових свердловин; роботи, пов'язані з виробництвом скла та скловиробів; роботи з окислюючими речовинами; підземні роботи на шахтах та рудниках; водолазні роботи; роботи верхолазні та на висоті; вантажно-розвантажувальні роботи за допомогою машин і механізмів; роботи по ліквідації лісових пожеж; скелелазні роботи тощо. Цілком очевидно, що ст. 272 КК визнає к.пр. не просто порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою, а саме порушення тих правил безпеки, які стосуються вказаних робіт.

У випадках порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою, яке спричинило наслідки, передбачені ст. 272 КК, у зв'язку з підприємницькою діяльністю, яка здійснюється без передбаченої законом державної реєстрації, або при зайнятті забороненими видами підприємницької діяльності, вчинене має кваліфікуватися за нормою, що передбачає відповідальність за злочин проти життя чи здоров'я особи (ст.ст. 119, 128 КК).

Порушення правил безпеки може полягати у вчиненні як дій (наприклад, викидання будівельного сміття з висоти, неправильне влаштування робочих лісів і видача дозволу працювати на них, здійснення робіт без попередньої перевірки наявності людей в зоні дії механізму, робота на несправних механізмах, порушення меж дії механізмів – габаритів, ваги вантажу, висоти), так і бездіяльності (незабезпечення робіт на висоті безпечними пристосуваннями, відсутність розпоряджень про облаштування таких пристосувань, відсутність попереджувальних знаків біля небезпечних зон тощо).

Вироком Крижопільського районного суду Вінницької області особу визнано винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 272 КК. Працюючи механіком СТОВ «Кряж і К», підсудний під час виконання вантажно-розвантажувальних робіт з перевезення бетонних плит грубо порушив правила охорони праці, не забезпечив встановлення прокладок з дерева чи металу. Стропальник змушений був охоплювати бетонні плити стропами та встановлювати між ними прокладки з цегли. Під час розвантаження третьої плити перегорodka з цегли не витримала навантаження і зруйнувалася та посунулася, а бетонна плита притиснула та переламала стропальнику пальці правої стопи. Тим самим потерпілому були заподіяні тілесні ушкодження середньої тяжкості.*

* Архів Крижопільського районного суду Вінницької області. Справа № 1-38 за 2010 р.

За порушення правил безпеки під час виконання окремих видів робіт з підвищеною небезпекою (порушення правил безпеки на вибухо-небезпечних підприємствах, правил ядерної або радіаційної безпеки) кримінальну відповідальність передбачено ст. 273, ст. 274, які є спеціальними щодо ст. 272 КК.

За ст. 272 має нести відповідальність особа, яка зобов'язана дотримуватися правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою. Це можуть бути фізичні особи, які використовують найману працю, службові особи, технічні службовці, бригадири, працівники, які безпосередньо виконують роботу.

Марганецький міський суд Дніпропетровської області за ст. 119 і ст. 128 КК засудив машиніста підйомного крана С., який порушив правила роботи на крані. Як наслідок – кран перекинувся, і впала люлька, в якій перебували монтажники, один з яких загинув, а ще двоє одержали тяжкі тілесні ушкодження. Оскільки С. і потерпілі були працівниками будівельного управління, у поведінці С. вбачаються ознаки складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 272 КК.*

Якщо особа, яка допустила порушення правил, виконувала певну роботу з власної ініціативи чи всупереч заборони адміністрації підприємства, вона підлягає відповідальності за ст. 272 КК і тоді, коли при цьому встановлена вина іншого працівника, який був зобов'язаний контролювати виробничий процес та усунути від робіт з підвищеною небезпекою того, хто не допущений до їх виконання. Якщо таке має місце, діяння особи, яка не запобігла порушенню, за наявності підстав може бути кваліфіковане за ст. 271 чи ст. 367 КК.

4.4.3. Кримінальні правопорушення проти рівноправності

4.4.3.1. Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань (ст. 161 КК). У ст. 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. зазначається, що здійснення прав і свобод, згаданих у Конвенції, гарантується без будь-якої дискримінації за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного або соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або інших обставин. Співзвучними є положення, закріплені у ст. 24 Конституції України, відповідно до якої: громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом; не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

* Практика розгляду судами кримінальних справ про злочини, пов'язані з порушенням вимог законодавства про охорону праці // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 6. – С. 26.

Виходячи з того, що основним безпосереднім об'єктом порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії (ст. 161) є правовідносини, які становлять частину міжнародного правопорядку, С.Я. Лихова висунула пропозицію перенести цю норму в розділ XX Особливої частини КК «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку»*. Виступаючи проти такої пропозиції, І.О. Зінченко пише, що злочин, передбачений ст. 161, порушує інтереси не людства або держави в цілому, а права конкретної людини (громадянина), інколи певної групи. До того ж на-вряд чи посягання на права і свободи окремих громадян (за винятком представників іноземних держав, осіб, які мають міжнародний захист, державних і громадських діячів, щодо захисту яких у КК існують спеціальні норми), може призвести до міжнародних ускладнень і становити небезпеку для міжнародного правопорядку. Тому місце ст. 161 в системі Особливої частини КК визначено правильно**. Викликає інтерес і наукова позиція, згідно з якою ст. 161 захищає два види відносин (перші спрямовані на забезпечення засад національної безпеки, другі – на забезпечення правового статусу громадян), а кримінально-правовий захист рівноправності громадян здійснюється також за допомогою частин 2 і 3 ст. 110 і ст. 442 КК***. Насправді перелік відповідних кримінально-правових норм може бути продовжений.

Назва ст. 161 не є точною з урахуванням того, що конституційний принцип рівності складається з двох елементів – рівноправності (рівності прав, свобод та обов'язків) і рівності перед законом і судом. Стаття 161, спрямована на захист конституційного принципу рівності, має носити дещо іншу назву – «Порушення рівності людини і громадянина»****.

Потерпілим від к.пр., передбаченого ст. 161 КК, може бути громадянин України, громадянин (підданий) іншої держави або особа без громадянства. Вказівка у тексті ст. 161 КК на «громадян» є порушенням вимог законодавчої техніки і змушує застосовувати поширювальне тлумачення кримінального закону, використовуючи цільовий та історичний методи і розуміючи під «громадянами» людей.

* Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-правове дослідження): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006. – С. 5.

** Зінченко І.О. Уточнення змісту об'єкта злочину, передбаченого ст. 161 КК України, як умова ефективності її застосування / Правові засади підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в Україні: Матеріали наук. конф., 15 травня 2008 р. / Ред. кол.: В.І. Борисов (голов. ред.) та ін. – Харків: Право, 2008. – С. 56.

*** Панькевич В.М. Кримінальна відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 4, 9.

**** Курафєєв В.В. Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань: конституційний та кримінально-правовий аспект / Питання боротьби зі злочинністю: Зб. наук. праць / Редкол.: В.І. Борисов та ін. – Харків: Право, 2011. – С. 239–240.

Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 161 КК, з об'єктивної сторони може набувати форми:

1) дій, спрямованих на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності;

2) образи почуттів людей у зв'язку з їх релігійними переконаннями;

3) прямого чи непрямого обмеження прав за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, інвалідності, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками;

4) встановлення прямих чи непрямих привілеїв за зазначеними вище ознаками.

Перші дві форми можна об'єднати поняттям **«нетерпимість»**, а дві останні – поняттям **«дискримінація»**.

4.4.3.2. Останнім часом в юридичній літературі дії, що означають **нетерпимість**, стали позначатись терміном «мова ворожнечі», який є більш м'яким варіантом англійського «hate speech» (буквально – мова ненависті). За визначенням Міжнародної амністії, «мова ворожнечі» – це будь-який вираз або дія, що розпалює міжнаціональну, расову або релігійну ненависть і прямо або непрямо закликає до насильства, відмежування і нетолерантності. До мови ворожнечі зараховують образливі висловлювання і назви на адресу певного народу, нації, релігійної, мовної або іншої соціальної групи*. В англійській літературі використовується і такий узагальнюючий зворот, як *«hatred crime»* (буквально – злочини ненависті).

*Найчастіше злочини ненависті визнаються злочинами: проти громадського порядку, спокою, безпеки (Австрія, Албанія, Вірменія, Нідерланди, Норвегія, Польща, ФРН, Швейцарія тощо); проти основ конституційного ладу і безпеки держави (Азербайджан, Молдова, РФ, Чорногорія); проти прав громадян (Болгарія, Естонія); міжнародними злочинами (Білорусь, Казахстан, Латвія, Словаччина, Хорватія)**.*

З точки зору кваліфікації за ст. 161 КК України, під діями, спрямованими на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності, слід розуміти будь-які дії, метою яких є значне посилення серед певних

* Шіффер Ш., Кацберт Т., Россманн С. Злочини на ґрунті ненависті в Україні. – Берлін: Європейський діалог, 2010. – С. 30 // http://www.european-exchange.org/fileadmin/user_upload/Hate_Crime_EVZ/Studie_Hate_Crime_UA.pdf

** Капинус О.С. Современное уголовное право в России и за рубежом: некоторые проблемы ответственности: Сб. статей. – М.: Издательский дом «Буквояд», 2008. – С. 122. Див. також: Есаков Г.А., Коробеев А.И. Протivoдействие преступлениям ненависти: американский опыт // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. – 2014. – № 1. – С. 144–153.

груп населення настроїв неприязні, почуття сильної ворожнечі та огиди до інших етнічних або расових груп чи конфесій, приниження позитивних якостей тієї чи іншої нації порівняно з іншими. Це можуть бути, зокрема, публічні заклики до вигнання за межі України або переселення в інші її регіони представників відповідних етнічних чи расових груп, поширення матеріалів із вигадками щодо таких груп, пропаганда расової, національної, релігійної винятковості або нетерпимості, наруга над певними історичними та культурними реліквіями національних меншин або титульної нації, заборона відзначення національних свят чи відправлення релігійних культів, знищення або пошкодження пам'ятників чи споруд, які становлять собою релігійну або культурну цінність певної групи населення, примушування до відмови від своєї національності. На кваліфікацію за ст. 161 КК не впливає те, чи відповідають дійсності особливості, які приписуються тій чи іншій групі людей.

Образа почуттів людей у зв'язку з їх релігійними переконаннями означає скривдження, приниження гідності та інших почуттів представників окремих релігійних громад, конфесій, напрямів та течій (православних, католицьких, протестантських, іудейських тощо) або глум над такими, що належать їм, місцями богослужінь або релігійних зібрань, місцями паломництва, шанованими у тій чи іншій релігії.

Відповідальність за образу релігійних почуттів передбачена у ст. 155 КК Грузії, ст. 147 Нідерландів, ст. 196 КК Польщі, ст. 261 КК Швейцарії.

Якщо образа почуттів людей у зв'язку з їх релігійними переконаннями супроводжувалась пошкодженням релігійних споруд чи культових будинків, оскверненням або знищенням релігійних святинь, перешкоджанням здійсненню релігійного обряду, такі дії слід кваліфікувати за сукупністю к.пр., передбачених ст. 161 і ст.ст. 178, 179 чи 180 КК.

Ратифікований Україною 21 липня 2006 р. Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи, від 28 січня 2003 р. передбачає зобов'язання України криміналізувати дії, що полягають, зокрема, в умисній незаконній публічній образі особи (групи осіб) з мотивів її (їх) раси чи кольору шкіри. На сьогодні випадки публічної образи через належність до певної раси або через колір шкіри диспозицією ст. 161 КК не охоплюються при тому, що образа почуттів людей у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, як вже зазначалось, тягне кримінальну відповідальність.

Принагідно зауважимо, що у кримінальному законодавстві багатьох держав (наприклад, Австрії, Данії, Естонії, Литви, Люксембурга, Нідерландів, Норвегії, Польщі, Словаччини, Фінляндії, Швейцарії) відповідальність за розпалювання ненависті, приниження та образи людської гідності за ознаками раси, національності, релігії тощо, настає лише у тому випадку, коли ці дії вчиняються публічно.

4.4.3.3. Згідно з ч. 1 ст. 1 Міжнародної конвенції ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації від 21 грудня 1965 р. **расова дискримінація** означає будь-яке розрізнення, виняток, обмеження чи перевагу, засновані на ознаках раси, кольору шкіри, родового, національного чи етнічного походження, метою або наслідком яких є знищення або применшення визнання, користування чи здійснення на рівних засадах прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній чи будь-яких інших сферах суспільного життя.

Наведений перелік ознак (властивостей) людини, які відіграють роль приводів для дискримінаційної поведінки, має вичерпний характер і є «вузьким» порівняно з переліками таких ознак (властивостей), закріпленими у ЄКПЛ і Конституції України. Тому, описуючи у ст. 161 КК ознаки кримінально караного дискримінації, наш законодавець орієнтується на два останні документи.

У 7-й Загальнополітичній рекомендації Європейської комісії проти расизму та нетерпимості зазначено, що термін «пряма расова дискримінація» означає будь-яке неоднакове ставлення з таких підстав, як раса, колір шкіри, мова, релігія, громадянство та національне або етнічне походження, що не має об'єктивного і розумного виправдання. При цьому неоднакове ставлення позбавлене такого виправдання, якщо воно не переслідує легітимну мету або якщо відсутня розумна співмірність між засобами, які застосовуються, і поставленою метою. «Непряма расова дискримінація» має місце тоді, коли абсолютно нейтральний фактор не може бути легко дотриманий особами, які належать до групи, яка визначається ознаками раси, кольору шкіри, мови, релігії, громадянства і національного або етнічного походження, або коли цей фактор ставить певну категорію осіб у не вигідне становище, крім випадків, коли він має об'єктивне і розумне виправдання.

Не може вважатись кримінально караною відмова в прийнятті на роботу на посаду перекладача особі, яка не знає відповідної мови. У цьому сенсі значний інтерес становить ст. 225-3 КК Франції, згідно з якою кримінально-правова заборона про відповідальність за дискримінацію (ст. 225-1 цього КК) не застосовується щодо дискримінацій, заснованих на: а) стані здоров'я, якщо вони мають на меті запобігання ризику смерті, інвалідності тощо; б) стані здоров'я чи фізичних вадах, якщо вони полягають у відмові прийнятті на роботу чи звільненні за умови, що це обумовлено непридатністю з медичної точки зору; в) статі особи, якщо належність до тієї чи іншої статі становить умову, яка визначає можливість виконання певної роботи чи професійної діяльності.

Пряме чи непряме обмеження прав за певними ознаками виявляється у будь-яких дискримінаційних діях, що позбавляють осіб можливості в повному обсязі користуватися своїми конституційними та іншими правами (на працю, охорону здоров'я, освіту, на користування і навчання рідною мовою чи вивчення рідної мови, розвиток національ-

них культурних традицій, свободу пересування (у т.ч. депортація або примусове переміщення населення з місця його споконвічного проживання), підприємницьку діяльність, створення культурних і навчальних закладів національних меншин тощо).

Якщо обмеження прав осіб за вказаними у ст. 161 КК ознаками полягало у перешкоджанні здійсненню виборчого права чи права брати участь у референдумі, порушенні недоторканності житла, порушенні таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, грубому порушенні права на працю, освіту, безоплатну медичну допомогу, вчинене за наявності підстав слід кваліфікувати за ст.ст. 157–160, 162, 163, 172, 175, 183 або 184 КК.

Встановлення прямих чи непрямих привілеїв передбачає надання (у т.ч. нормативно-правовими актами чи рішеннями окремих службових осіб) вигод чи переваг у громадсько-політичній діяльності, у здобутті освіти і професійній підготовці, у праці та винагороді за неї, у правовому захисті, у вирішенні житлових та інших питань тощо за вказаними у КК ознаками*.

Не утворюють складу цього к.пр. дії, які з огляду на пряму вказівку законодавця (ст. 6 Закону «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» від 6 вересня 2012 р.) є правомірними і не вважаються дискримінацією. Йдеться про: спеціальний захист з боку держави окремих категорій осіб, які потребують такого захисту; здійснення заходів, спрямованих на збереження ідентичності окремих груп осіб, якщо такі заходи є необхідними; надання пільг та компенсацій окремим категоріям осіб у випадках, передбачених законом; встановлення державних соціальних гарантій окремим категоріям громадян; особливі вимоги, передбачені законом, щодо реалізації окремих прав осіб.

Якщо вітчизняний законодавець не обмежує сферу кримінально караної дискримінації, то у деяких державах кримінальна відповідальність за дискримінаційну поведінку може наставати тільки у випадках, чітко визначених у законодавстві. Так, уже згадуваний КК Франції встановлює, що дискримінація за ознаками походження, статі, сімейного становища, політичних переконань, стану здоров'я, фізичних вад, звичок, профспілкової діяльності, належності або неналежності до певної етнічної групи, нації, раси чи релігії полягає у: відмові від надання майна чи послуг; перешкоджанні нормальному здійсненню будь-якої економічної діяльності; відмові від прийняття на роботу, покаранні або звільненні особи; обумовленості надання майна, послуг чи роботи вимогами, заснованими на одній із згаданих вище ознак (ст.ст. 225-1, 225-2). У Швейцарії дискримінація розуміється як відмова від надання послуги, у Норвегії і Швеції – як відмова від вчинення правочину (продажу товару), надання послуги або від доступу на публічну зустріч чи збори.

* Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 444–445.

4.4.3.4. Якщо дії, перелічені у ч. 1 ст. 161, поєднуються з насильством, обманом чи погрозами, або якщо вони вчинені службовою особою, застосуванню підлягає ч. 2 цієї статті, а якщо організованою групою або спричинили тяжкі наслідки – ч. 3 ст. 161 КК.

Вироком апеляційного суду м. Києва від 21 грудня 2009 р. дві особи були засуджені за ч. 3 ст. 161 і п. 12 ч. 2 ст. 115 КК за приниження національної честі і гідності, поєднане з насильством щодо громадянина Йорданії, та його умисне вбивство, вчинене за попередньою змовою групою осіб. 19 червня 2008 р. в нічний час засуджені, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, в м. Києві помітили раніше незнайомого їм громадянина Йорданії, який разом з іншою особою сиділи на лавці. Маючи умисел на приниження його національної честі та гідності, вони стали брутально висловлювати своє негативне ставлення і неприязнь до нього як до особи арабської національності, ображати його за колір шкіри, заявляючи при цьому, що він не має права підтримувати стосунки, спілкуватись і сидіти з українськими дівчатами. Потім винні вирішили застосувати до потерпілого фізичне насильство та вбити його. Вони завдали громадянину Йорданії численні удари руками і ногами в різні частини тіла, у т.ч. щонайменше 15 ударів у голову, внаслідок чого потерпілому було заподіяно тілесні uszkodження, від яких він невдовзі помер на місці події.

Уточнимо, що на сьогодні умисне вбивство з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості має кваліфікуватись за п. 14 ч. 2 ст. 115 КК.

Для кваліфікації за ст. 161 КК не має значення, вчинено діяння представником так званої титульної нації чи національної меншини, європейської раси чи негроїдної, віруючим чи атеїстом, і чи належать винний і потерпілий до однієї раси, національності, конфесії.

Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 161 КК, слід відмежовувати від інших к.пр., так чи інакше пов'язаних із нетерпимістю і дискримінацією. Враховуючи наявність значної кількості конкуруючих кримінально-правових норм, кваліфікація відповідних діянь є складною, і в юридичній літературі можна зустріти різні підходи до неї**.

Вважаємо, що умисні дії, вчинені з метою зміни меж території або державного кордону України з порушенням порядку, встановленого Конституцією України, а також публічні заклики чи поширення матеріалів із закликами до вчинення таких дій, які поєднані тільки з розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі, охоплюються

* Ухвала Верховного Суду України від 11 травня 2010 р. // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/10120879>

** Див., наприклад: Зінченко І.О. Деякі проблеми кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 161 КК України // Проблеми законності. – 2009. – № 106. – С. 148–157; Савченко А.В. Вплив мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості на кваліфікацію злочинів // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – № 1. – С. 174–177; Панькевич В.М. Кримінальна відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 23 с.

диспозицією ч. 2 ст. 110 і не потребують додаткової кваліфікації за ст. 161 КК (якщо не було вчинено інших дій, передбачених останньою нормою).

Стаття 161 і ст. 300 КК співвідносяться між собою як загальна та спеціальна норми, а тому ввезення в Україну творів, кіно- та відеопродукції, що пропагують расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, з метою збуту чи розповсюдження, їх виготовлення, зберігання, перевезення, інше переміщення з тією самою метою або їх збут чи розповсюдження, і примушування до участі в їх створенні слід кваліфікувати лише за ст. 300 КК.

При визначенні співвідношення ст. 161 із ст.ст. 115, 121, 122, 126, 127, 129 КК слід брати до уваги те, що формулювання «з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості» належить до ознак суб'єктивної сторони, у той час, як умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті (ч. 1 ст. 161), – до об'єктивної сторони. З огляду на це кваліфікація за сукупністю названих к.пр. можлива (коли має місце реальна сукупність). Цікаво, що фізичне посягання на інших людей з мотивів расової, національної, релігійної або іншої ненависті виділяється як самостійне кримінально каране діяння досить рідко (Болгарія, Великобританія, Польща).

До злочинів ненависті у багатьох зарубіжних державах (Австрія, Бельгія, Ізраїль, Канада, Литва, Люксембург, Польща, Словенія, Франція, ФРН, Швейцарія тощо) належать заперечення і схвалення холокосту. Більш доречним видається втілений у ст. 607 КК Іспанії універсальний підхід, у межах якого відповідальність настає за заперечення або виправдовування злочинів геноциду (в абстрактній формі без історичної конкретизації).

4.4.4. Кримінальні правопорушення проти недоторканності приватного життя особи

4.4.4.1. **Порушення недоторканності житла** (ст. 162 КК). Відповідно до ст. 30 Конституції України кожному гарантується недоторканність житла. Не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. Лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, можливий інший, встановлений законом, порядок проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду і обшуку. Про недоторканність житла йдеться і в ст. 12 Загальної декларації прав людини і ст. 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права.

Діяння, які є аналогами вітчизняного порушення недоторканності житла, у кримінальному законодавстві Естонії, Нідерландів, Норвегії, ФРН віднесені до злочинів проти громадського порядку, у КК Польщі – до зло-

чинів проти свободи. В державах англо-американської правової системи кримінально-правова охорона недоторканності житла традиційно здійснюється, головним чином, за допомогою такої специфічної законодавчої конструкції, як берглери.*

Під **житлом** з точки зору застосування ст. 162 КК слід розуміти: а) особистий будинок з усіма приміщеннями, які призначені для постійного або тимчасового проживання в них, а також ті приміщення, які хоч і не призначені для постійного чи тимчасового проживання в них, але є складовою будинку; б) будь-яке житлове приміщення незалежно від форми власності, яке належить до житлового фонду і використовується для постійного або тимчасового проживання (будинок, квартира в будинку, окрема кімната в квартирі тощо); в) будь-яке інше приміщення або забудову, які не належать до житлового фонду, але пристосовані для тимчасового проживання (дача, садовий будинок, будинок-фургон тощо).

Іншим володінням треба визнавати такі об'єкти матеріального світу, які призначені (пристосовані) для розміщення або зберігання майна, вирощування продукції тощо та оснащені пристосуваннями (у т.ч. охороною), що ускладнюють або унеможливають незаконне проникнення у них. Це, зокрема, земельна ділянка, сарай, гараж, будівлі побутового, виробничого та іншого призначення, камера сховища вокзалу (аеропорту), індивідуальний банківський сейф, автомобіль.

*Із вироку Каланчацького районного суду Херсонської області, яким Б. було засуджено за вчинення злочину, передбаченого ст. 162 КК, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС виключила як зайву вказівку на незаконне проникнення до іншого володіння особи. Адже Б. незаконно проник до кухні, яка є складовою частиною будинку, тобто вчинив незаконне проникнення саме і тільки до житла**.*

Україна належить до тієї доволі численної групи сучасних держав, в яких кримінально-правова охорона недоторканності поширюється не тільки на житло, а і на деякі інші об'єкти – інші приміщення або території, належні потерпілому.

Так, у Білорусі – це інше законне володіння громадян, в Молдові та Італії – місце знаходження особи, у Нідерландах – приміщення, яким користується інша особа, та кімната, призначена для публічної служби, в Аргентині – місце ділової активності чи його філії, у ФРН – торговельне або охоронюване приміщення, де розміщене чуже майно, або зачинені приміщення, призначені для громадських служб або транспорту, у Швеції – завод або інша споруда, в Естонії та Польщі – огорожена територія.

* Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 169–171.

** Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 112–115.

Порушення встановленого законом порядку проникнення у приміщення, яке належить на праві власності юридичній особі, може кваліфікуватися за ст. 162 КК у випадках, коли ці приміщення підпадають під названі вище ознаки житла.

У КК деяких держав (Азербайджан, Іспанія, Нідерланди, ФРН, Швеція) прямо передбачено відповідальність за порушення недоторканності не лише житла особи, а і приміщень, що належать юридичним особам.

У постанові ПВС від 28 березня 2008 р. № 2 «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства», звідки взяті наведені вище визначення понять «житло» та «інше володіння», звертається увага на те, що відповідно до практики ЄСПЛ поняття «житло», використане у п. 1 ст. 8 ЄКПЛ, охоплює не лише житло фізичних осіб. Це твердження стосується поняття «житло» у значенні, що використовується у п. 7 ч. 1 ст. 8 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність», проте є вельми перспективним щодо більш широкого розуміння поняття «житло» в аспекті застосування ст. 162 КК.

Відомо, що ЄСПЛ неодноразово наголошував, що вести професійну або ділову діяльність можна з таким самим успіхом і зі свого місця проживання, і навпаки, можна займатися справами, які не належать до професійної сфери, в офісі або комерційних службових приміщеннях. Тлумачення слів «особисте життя» і «житло» як таких, що охоплюють деяку професійну та ділову активність або службові приміщення, було б більш співзвучне з предметом і метою ст. 8 ЄКПЛ, а саме із захистом окремих осіб від свавільного втручання влади. Суд висловився за розширення змісту поняття «житло» та охоплення останнім: приміщення особи, яке пов'язане з її професійною діяльністю; житла фізичної особи, яке водночас є офісом очолюваної нею компанії; офісу компанії, її філій і службових приміщень*.

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 162 КК, може діставати вияв у таких формах: 1) незаконне проникнення до житла чи до іншого володіння особи; 2) незаконне проведення огляду чи обшуку в житлі чи іншому володінні особи; 3) незаконне виселення із житла; 4) інші дії, що порушують недоторканність житла громадян.

Зворот «житло громадян» є невдалим: з нього випливає, що дії, які порушують недоторканність житла іноземців або осіб без громадянства, нібито кримінальної відповідальності не тягнуть.

* Присяжнюк І.І. Кримінальна відповідальність за порушення недоторканності житла або іншого незаконного володіння особи в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – С. 6, 10, 16.

У всіх випадках к.пр., каране за ст. 162 КК, характеризується незаконним способом вчинення. Тобто за певних підстав і умов проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку, виселення особи тощо є правомірними діями. Порушення недоторканності житла у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна, затриманням злочинця, у т.ч. шляхом проведення з недотриманням установлених процесуальним законом вимог огляду чи обшуку, не утворює складу к.пр., передбаченого ст. 162 КК.

Проникнення до житла чи до іншого володіння особи, а так само проведення в них огляду чи обшуку вважається незаконним, якщо ці дії вчинені всупереч волі його власника чи мешканця та/або здійснені без законної підстави чи з порушенням встановленої законом процедури.

Чинне законодавство передбачає, що конституційне право на недоторканність житла може бути обмежене під час проведення оперативно-розшукової діяльності, дізнання, досудового слідства та в деяких інших випадках. Підстави і порядок здійснення заходів, пов'язаних із його тимчасовим обмеженням, визначені КПК та іншими законами – «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про міліцію», «Про контроль розвідувальну діяльність». Крім того, можливість і порядок примусового проникнення передбачені в ст. 311 ЦК, ст. 376 ЦПК. Варто брати до уваги і Рішення КС від 31 травня 2011 р. № 4-рп/2011 у справі за конституційним зверненням громадянки Сінюгіної Ірини Іванівни щодо офіційного тлумачення положень ч. 1 ст. 376 ЦПК у взаємозв'язку зі ст.ст. 151, 152, 153 ЦПК.

Незаконне проникнення – це входження або інше фізичне порушення меж житла або іншого володіння особи, що вчиняється безпосередньо або опосередковано, відкрито, таємно чи шляхом обману та здійснюється за відсутності законної підстави або без попередньої згоди володільця*.

Іншими діями, що порушують недоторканність житла громадян, можуть бути, наприклад, незаконне спостереження за тим, що відбувається в житлі людини (з використання певних технічних засобів чи без них), приведення житла в непридатний для проживання стан, погіршення екологічної ситуації поблизу житла або іншого володіння особи, самовільне вселення до чужого житла, тимчасове використання житла без згоди його власника.

Чинна редакція ст. 162 КК не враховує, що порушення недоторканності житла або іншого володіння особи може бути вчинено і шляхом бездіяльності (незаконне перебування у житлі чи іншому володінні

* Присяжнюк І.І. Кримінальна відповідальність за порушення недоторканності житла або іншого незаконного володіння особи в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – С. 12.

особи, відмова залишити його за наявності прохання володільця об'єкта). Очевидно, що це питання стоїть на порядку денному*.

У кримінальному законодавстві зарубіжних держав – Болгарії, Естонії, Молдови, Туреччини, Польщі та інших відповідальність встановлено і за протиправне незалишення чужого житла.

Кримінальна відповідальність за крадіжку, грабіж, розбій, поєднані з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище, за незаконне заволодіння транспортним засобом, вчинене з проникненням у приміщення чи інше сховище, передбачена, відповідно, у ч. 3 ст. 185, ч. 3 ст. 186, ч. 3 ст. 187, ч. 2 ст. 289 КК. У ст. 444 КК йдеться про напад на житлові приміщення осіб, які мають міжнародний захист. Вчинення зазначених дій не потребує додаткової кваліфікації за ст. 162 КК. Але у разі вчинення дрібного викрадення чужого майна шляхом крадіжки, поєднаної з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище, дії винного, крім їх оцінки згідно з КАП, потрібно кваліфікувати за ч. 1 ст. 162 КК, оскільки у цьому разі винний посягає на недоторканність житла або іншого володіння особи.

4.4.4.2. *Порушення недоторканності приватного життя* (ст. 182 КК). Відповідно до ст. 32 Основного Закону ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України; не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Об'єктивна сторона цього к.пр. полягає у діях, які спрямовані на порушення недоторканності приватного життя і дістають свій вияв у незаконному втручанні в особисте чи сімейне життя особи шляхом незаконних: 1) збирання конфіденційної інформації про особу; 2) її зберігання; 3) використання; 4) знищення; 5) поширення; 6) зміни. Названі дії утворюють склад к.пр., передбаченого ст. 182 КК, якщо вони не охоплюються складами інших к.пр. (зокрема, ст.ст. 132, 145, 159 або 168 КК).

У зв'язку з тим, що назва ст. 182 КК не узгоджена з її диспозицією, заслуговує на підтримку пропозиція викласти цю назву у такій редакції: «Порушення недоторканності інформації про особу»**.

Закон «Про інформацію» відносить до конфіденційної інформації про фізичну особу, зокрема, дані про її національність, освіту, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, а також адресу, дату і місце

* Лашук Є.В. Питання необхідності криміналізації незаконного зайняття чужого житла та його незаконного утримання // Наука і правоохорона. – 2013. – № 1. – С. 162–164.

** Горпинюк О.П. Кримінально-правова охорона інформаційного аспекту приватності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2011. – С. 13.

народження. Цей перелік не можна вважати вичерпним. Конфіденційною є будь-яка персональна інформація, яку відповідна особа не бажає розголошувати (про приватні справи, хобі, особливості сімейних стосунків, стосунки з іншими людьми, у т.ч. про позашлюбні інтимні стосунки, дітей, народжених поза шлюбом, соціальне походження, майновий стан).

За законом інформація з обмеженим доступом може бути поширена без згоди її власника, якщо ця інформація є суспільно значимою, тобто якщо вона є предметом громадського інтересу, і якщо право громадськості знати цю інформацію переважає право її власника на її захист. Поширення такої інформації, яка є конфіденційною, не утворює складу к.пр., передбаченого ст. 182 КК.

Як зазначив ЄСПЛ у справі «Принцеса фон Ганновер проти Німеччини», при визначенні меж втручання в право на повагу до приватного і сімейного життя, гарантованого ст. 8 ЄКПЛ, слід звертати особливу увагу на пошук справедливого балансу між інтересами окремої приватної особи та суспільства в цілому. Захист приватного життя необхідно співвідносити із свободою вираження поглядів, гарантованою ст. 10 Конвенції. У зв'язку з цим Суд наголошує, що свобода вираження становить собою одну з основних засад демократичного суспільства. За умови дотримання вимог п. 2 ст. 10 ЄКПЛ вона застосовується не тільки щодо «інформації» або «ідей», які сприятливі або несприятливі в суспільстві або розглядаються як необразливі чи негідні уваги, а і щодо тих, які шокують, ображають або викликають занепокоєння у держави або частини населення. Такими є вимоги плюралізму, толерантності і лібералізму, без яких немає демократичного суспільства.

У справах, при розгляді яких ЄСПЛ доводилося займатися пошуком рівноваги захисту приватного життя та свободи висловлювання, він завжди акцентував увагу на тому внеску, який фотографії чи статті в пресі роблять в обговорення суспільно значущих питань.

В одній зі справ Суд визнав, що вживання певних висловів щодо приватного життя певної особи не було «виправдано міркуваннями громадського інтересу», і що ці висловлювання не «стосувалися питань загальної значущості». Проте в іншій справі Суд надав особливого значення тій обставині, що предметом розгляду є повідомлення «великої суспільної значущості», і що опубліковані фотографії «не розкривають жодних подробиць приватного життя» особи, про яку йдеться. Аналогічним чином, у нещодавно розглянутій справі про публікацію колишнім приватним лікарем президента Міттерана книги з одкровеннями про стан здоров'я президента, Суд зробив висновок, що чим більше проходить часу, тим більшим є суспільний інтерес до особи колишнього президента Міттерана, який правив протягом двох семирічних термінів, і цей інтерес переважає над вимогами захисту його прав щодо конфіденційного характеру історії хвороби.*

* Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 1. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 293.

Відомості, які є конфіденційною інформацією, повинні бути достовірними, а не вигаданими. Свідоме поширення недостовірної інформації про особу не містить ознак складу к.пр., передбаченого ст. 182 КК.

Для кваліфікації збирання конфіденційної інформації за ст. 182 КК не має значення, чи законним був спосіб отримання відповідної інформації. Поняттям «збирання» охоплюються викрадення документів, оплатне придбання або безоплатне отримання відповідної інформації від осіб, які за характером своєї діяльності чи родинних зв'язків наближені до потерпілого, отримання інформації в результаті таємного спостереження, незаконного огляду помешкання, кореспонденції, незаконного прослуховування тощо.

Пасивне отримання інформації про приватне життя іншої особи (випадкове озайомлення особи з конфіденційною інформацією) не охоплюється цією формою об'єктивної сторони і не тягне кримінальної відповідальності, якщо така особа не вчинила інших незаконних дій з отриманою інформацією (наприклад, не поширила випадково отриману конфіденційну інформацію).

Використання конфіденційної інформації про особу полягає у незаконному користуванні зазначеною інформацією на власний розсуд з будь-якою метою. У більшості випадків використання відомостей про особисте та сімейне життя супроводжується пред'явленням певних вимог. Наприклад, вимоги: щодо передачі майна чи права на майно або вчинення будь-яких дій майнового характеру з погрозою розголошення конфіденційних відомостей, які потерпілий бажає зберегти в таємниці (вимагання); про зняття кандидатом у народні депутати України своєї кандидатури з балотування, з погрозою поширення конфіденційних відомостей про нього (перешкоджання здійсненню виборчого права); до давання завідомо неправдивих показань з погрозою розголошення відомостей про особисте чи сімейне життя, які ганьблять (перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого чи експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку). За зазначених обставин вчинене підлягає кваліфікації за сукупністю к.пр., передбачених ст. 182 і ст.ст. 189, 157, 386 КК.

Поширення конфіденційної інформації з точки зору кваліфікації за ст. 182 КК – це незаконні дії, метою яких є доведення змісту відповідних відомостей про особисте чи сімейне життя особи до відома інших людей (наприклад, повідомлення відповідної інформації під час приватної розмови іншій особі, розклеювання листівок з конфіденційною інформацією на дошках для оголошень чи парканах, опублікування відомостей конфіденційного характеру у друкованих ЗМІ, повідомлення сторонніх осіб про сімейне та особисте життя особи за допомогою Інтернету).

Незаконними збирання, зберігання, використання або поширення вказаної інформації про особу будуть тоді, коли вони здійснюються з порушенням встановленого законом порядку. Поширення її у пу-

блічному виступі, творі, що публічно демонструється, чи у ЗМІ є незаконним завжди, коли це здійснюється без згоди особи, якої вона стосується. Не є незаконним збирання, зберігання, використання або поширення конфіденційної інформації про особу, яке здійснюється в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Це, зокрема, збирання, зберігання, використання і поширення конфіденційної інформації про особу в порядку, передбаченому законом: а) у процесі розслідування кримінальної справи; б) під час оперативного-розшукової чи розвідувальної діяльності; в) для перевірки фактичних даних про організовану злочинність; г) у разі запровадження воєнного чи надзвичайного стану. Певні відомості про особу без її згоди збираються під час притягнення її до адміністративної, цивільно-правової відповідальності, у зв'язку із здійсненням військового обліку військовозобов'язаних, обліку осіб, які є збудниками небезпечних захворювань, осіб, звільнених із місць позбавлення волі, реєстраційного обліку фізичних осіб, обліку, що здійснюється в межах дозвільної системи, тощо*.

Різновидом порушення недоторканності приватного життя, передбаченим кримінальним законодавством деяких держав (наприклад, Данії, Канади, Норвегії, Франції, Швейцарії, частини штатів США), поки що невідомим нашому КК, є переслідування. Йдеться про порушення спокою іншої особи шляхом неодноразових телефонних дзвінків, листів або інших дій, що дратують. Інколи таке явище, яке може бути результатом психічних відхилень або ревнощів, помсти, заздрості чи інших спонукань, називають стокерством або сталкерством. Його жертвами зазвичай стають колись близькі люди (наприклад, колишня дружина, діти), колеги по роботі або навчання тощо.

4.4.5. Кримінальні правопорушення проти свободи совісті

4.4.5.1. Посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів (ст. 181 КК).

Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 181 КК, посягає передусім на встановлений порядок проповідування релігійних віровчень та відправлення релігійних обрядів, який у свою чергу забезпечує здоров'я людей, їх статеву свободу і статеву недоторканість, а також суспільну моральність. Оскільки ст.ст. 178–181 КК забезпечують комплексну кримінально-правову охорону свободи віросповідання, розміщення цих статей у межах одного розділу Особливої частини слід визнати виправданим.

З об'єктивної сторони вчинення аналізованого к.пр. можливе у двох формах: 1) організація групи, діяльність якої здійснюється під приво-

* Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 494.

дом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів і поєднана із заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпущою; 2) керівництво такою групою.

Організація групи полягає, зокрема, у таких діях, як вербування членів групи, планування діяльності групи, підшукування джерел фінансування її діяльності чи приміщення (іншого місця), призначеного для проповідування релігійних віровчень або виконання релігійних обрядів. Керівництво групою – це діяльність, спрямована на управління групою (організація відправлення релігійних обрядів, віддання розпоряджень, прийняття рішень щодо покарання членів групи тощо). Не має значення, безпосередньо особа здійснює керівництво групою або через інших осіб, здійснюється керівництво групою одноосібно чи колегіально.

Поняттям заподіяння шкоди здоров'ю людей у цьому разі охоплюється заподіяння як смерті, так і тілесних ушкоджень різної тяжкості. Статевою розпущою слід визнавати невпорядковане статеве спілкування між членами групи або таке саме спілкування членів групи з іншими, сторонніми особами.

У багатьох випадках шкоду здоров'ю у групах, які маються на увазі у ст. 181 КК, люди завдають самі собі (обмеження у харчуванні, сні, виснажлива робота, самокалічення тощо), або ця шкода заподіюється їм з їхньої згоди. Якщо залежно від способу вчинення вказаних дій вони утворюють склад іншого, більш тяжкого к.пр., вчинене необхідно додатково кваліфікувати за відповідними нормами КК – зокрема, за ст.ст. 120, 121, 122, 115, 152, 153, 155 КК.

Обов'язковою ознакою складу цього к.пр. є вчинення відповідних дій під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів. Релігійний обряд – це низка послідовних дій, що супроводжують і оформляють вчинення акту чи актів культового характеру. Таким чином, заподіяння шкоди здоров'ю людей або статеве розпуща повинні зумовлюватись справжнім або уявним дотриманням того чи іншого віровчення або релігійного обряду.

Традиційно вважається, що к.пр., передбачене ч. 1 ст. 181 КК, є закінченим з моменту вчинення дій, які означають організацію відповідної групи або керівництво нею. Але диспозицію ч. 1 ст. 181 КК викладено не дуже вдало. Адже організувати групу, діяльність якої здійснюється під якимось приводом і з чимось поєднана, за правилами логіки неможливо: злочин є закінченим з моменту організації групи, а її діяльність перебуває поза межами складу злочину, оскільки відбувається після цього*. Тому ст. 181 КК може бути застосована лише, якщо виходить з того, що вона охоплює організацію групи, діяльність якої в

* Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 184–185.

подальшому буде спрямована на заподіяння шкоди здоров'ю людей або статеву розпусту під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів. У подібному напрямі розмірковує В.І. Маркін, який диспозицію ч. 1 ст. 181 КК пропонує викласти у такій редакції: «Організація або керівництво групою, релігійна (культува) практика якої передбачає заподіяння шкоди життю, здоров'ю людей або вчинення актів статевої розпусти...»*.

За ст. 181 можуть відповідати тільки організатори зазначеної групи або її керівники. Особи, які є учасниками групи, не є суб'єктами цього к.пр. і за наявності підстав можуть нести відповідальність за діяння, безпосередньо пов'язані із заподіянням шкоди життю чи здоров'ю людини або із посяганням на статеву свободу чи статеву недоторканість особи.

Частина 2 ст. 181 описує кваліфікований склад к.пр. – поєднання розглянутих вище дій із втягненням у діяльність групи неповнолітніх. При цьому ч. 2 ст. 181 немає підстав розглядати як спеціальну норму щодо ст. 304 «Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність», адже діяльність групи, про яку йдеться в ст. 181, не обов'язково має бути злочинною, а перелік антигромадських дій, наведений у ст. 304, вичерпним. Проте, якщо діяльність групи, про яку йдеться у ст. 181, поєднується із вчиненням конкретних к.пр. проти життя, здоров'я, статевої свободи і недоторканості особи, втягнення неповнолітнього в діяльність такої групи слід кваліфікувати не лише за ст. 181, а і за ст. 304 КК.

Література

- Борисов В.І., Крайник Г.С. Кримінальна відповідальність за порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою: Монографія. – Харків: Юрайт, 2012. – 296 с.
- Мазур М.В. Кримінальна відповідальність за порушення виборчих і референдумних прав громадян: Монографія. – Луганськ: Елтон-2, 2012. – 218 с.
- Шіффер Ш., Кацберт Т., Россмманн С. Злочини на ґрунті ненависті в Україні. – Берлін: Європейський діалог, 2010 // http://www.european-exchange.org/fileadmin/user_upload/Hate_Crime_EVZ/Studie_Hate_Crime_UA.pdf

Запитання і завдання

1. Охарактеризуйте основні проблеми КК України у частині регламентації відповідальності за порушення виборчого законодавства.
2. Підготуйте огляд рішень ЄСПЛ, в яких розкривається проблематика недоторканності житла. Яких змін з урахуванням практики Суду має зазнати ст. 162 КК України?

* Маркін В.І. Кримінально-правова охорона свободи віросповідання в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – С. 5, 10, 13.

3. Покажіть співвідношення порушень законодавства про охорону праці, передбачених КК України.

4. Дайте кримінально-правову характеристику невивплати заробітної плати (ст. 175 КК України).

5. Підготуйте огляд зарубіжного кримінального законодавства про відповідальність за злочини ненависті і дискримінацію. Покажіть відмінності цього законодавства від ст. 161 КК «Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань».

6. Проаналізуйте Щорічну (2013 р.) доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина, опубліковану на офіційному веб-сайті українського омбудсмена (http://www.ombudsman.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2729:2013-06-04-14-07-13&catid=232:2013&Itemid=233). На яких злочинах, що стосуються мови ворожнечі, інших злочинах, пов'язаних з дискримінацією людини, акцентовано увагу суспільства?

7. Проаналізуйте склад к.пр. «Посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів». Чи виправдано ця кримінально-правова заборона розміщена у розділі V Особливої частини КК?

Радимо подивитись

- Міссісіпі у вогні (США, 1988, режисер Алан Паркер).
- Філадельфія (США, 1993, режисер Джонатан Деммі).

4.5. Кримінальні правопорушення проти сім'ї і дітей

4.5.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти сім'ї і дітей

4.5.1.1. Цінність сім'ї, її особлива роль у розвитку суспільства і формуванні кожної людини визнаються міжнародно-правовими документами, ратифікованими Україною. Так, у ст. 16 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р. проголошується, що сім'я є природним і основним осередком суспільства і має право на захист з боку суспільства і держави. Не менш важливе значення надається світовим співтовариством захисту дітей. Згідно зі ст. 32 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 р. (цей документ, який має неофіційний статус «Всесвітньої дитячої конституції», ратифікований Україною 27 лютого 1991 р.) у зв'язку з фізичною та розумовою незрі-

лістю дитина потребує особливої охорони, турботи і допомоги, у т.ч. належного правового захисту, для повного і гармонійного розвитку її особистості; дитині необхідно зростати в сімейному оточенні, в атмосфері щастя, любові і розуміння.

У розвиток названих і багатьох інших міжнародно-правових актів ст. 51 Конституції України встановлює, що сім'я, дитинство, материнство та батьківство охороняються державою. Виходячи з надзвичайної важливості функцій, виконуваних сім'єю як первинним осередком суспільства, зокрема, щодо виховання дітей, кримінально-правова охорона сім'ї має стати одним з пріоритетів діяльності Української держави.

КК містить низку норм про відповідальність за посягання на сім'ю та дітей, однак ці норми «розпорошені» по Особливій частині, не узгоджені між собою і не становлять певної системи. Про комплексну кримінально-правову охорону нормального функціонування сім'ї і належного розвитку неповнолітніх в Україні говорити поки що не доводиться. На сьогодні:

- експлуатацію дітей (ст. 150) і використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150-1) віднесено до злочинів проти честі, волі та гідності особи;

- статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 155), і розбещення неповнолітніх (ст. 156 КК) – до злочинів проти статевої свободи і статевої недоторканості особи;

- примушування неповнолітніх до участі у створенні творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію, творів, зображень або кіно- та відеопродукції, комп'ютерних програм порнографічного характеру (ч. 3 ст. 300, ч. 4 ст. 301), втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність (ст. 304) – до злочинів проти громадського порядку і моральності;

- спонукання неповнолітніх до застосування допінгу (ст. 323) і схилення неповнолітніх до вживання одурманюючих засобів (ст. 324) – до злочинів проти здоров'я населення;

- ухилення від сплати аліментів на утримання дітей і ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків (ст. 164 і ст. 165), злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування (ст. 166), зловживання опікунськими правами (ст. 167), розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) (ст. 168) і незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння) (ст. 169) – до злочинів проти конституційних прав і свобод людини і громадянина (при тому, що передбачені зазначеними заборонами діяння мають яскраво виражену специфіку об'єкта кримінально-правової охорони (аліментні, опікунські правовідносини і правовідносини, що виникають з приводу усиновлення), а фахівці в галузі конституційного права не розглядають сімейні правовідносини як підінститут основних прав і свобод людини і громадянина).

Враховуючи сказане, чимало вітчизняних правознавців (зокрема, П.П. Андрушко, О.І. Белова, В.В. Гальцова, І.В. Дегтярьова, Л.В. Дорош, І.О. Зінченко, С.Я. Лихова, В.О. Навроцький, З.А. Тростюк, Н.С. Юзікова) наполягають на тому, що в Особливій частині КК слід виокремити розділ під назвою «Злочини проти сім'ї та неповнолітніх» або схожою назвою. Доктринальна пропозиція про створення нового розділу виходить з того, що в один розділ Особливої частини КК мають входити статті про заборонені діяння, які посягають на один і той самий родовий об'єкт*. Думки дослідників різняться, головним чином, у питанні про кількість норм, які мають увійти до відповідного розділу Особливої частини КК.

«Необхідно ретельно поставитись до такого відбору, оскільки від нього залежить назва та обсяг нового розділу, а також обсяг інших розділів КК. Орієнтиром при цій процедурі мають бути безпосередні об'єкти злочинів**.

Так, треба критично поставитись до висловленої у літературі*** ідеї щодо віднесення *de lege ferenda* до злочинів проти сім'ї та неповнолітніх статеви зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, і розбещення неповнолітніх. Адже к.пр., передбачені ст. 155 і ст. 156 КК, посягають передусім на статеву недоторканість певних осіб і порушують заборони у сфері статеви відносин. Однак навіть якщо сприйняти згадану пропозицію і бути при цьому послідовним, залишається не зовсім зрозумілим, чому з розділу IV Особливої частини КК у новоутворений розділ не треба переносити норми про кримінальну відповідальність за зґвалтування неповнолітньої і малолітньої особи (ч. 3 і ч. 4 ст. 152 КК) і насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, вчинене щодо неповнолітньої або малолітньої особи (ч. 2 і ч. 3 ст. 153 КК). Невже лише тому, що ці кримінально-правові норми мають аналоги, які передбачають відповідальність за такі саме статеви злочини, вчинені стосовно дорослих?

На користь пропозицій щодо створення нового розділу Особливої частини КК України, присвяченого посяганням на сім'ю і неповнолітніх, свідчить, крім усього іншого, зарубіжний досвід. Сімейні відно-

* Протилежна точка зору з цього питання полягає у тому, що захист сім'ї і дитинства у чинному КК має комплексний і наскрізний характер і забезпечується системою кримінально-правових норм, яку неможливо охопити окремим розділом (див.: Бандурка І.О. Чи потрібен в Особливій частині КК України окремий розділ про злочини проти сім'ї та дітей? / 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. – Харків: Право, 2013. – С. 399–401).

** Євтуєва Д.П. Питання родового та видового об'єктів злочину, передбаченого ст. 167 КК України / Питання боротьби зі злочинністю: Зб. наук. праць / Редкол.: В.І. Борисов та ін. – Харків: Право, 2012. – Вип. 24. – С. 206.

*** Белова О.І. Кримінально-правова характеристика системи злочинів проти сім'ї та неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2006. – С. 15–17, 19–20.

сини та/або інтереси неповнолітніх як відокремлений (родовий або видовий) об'єкт посягань виділені законодавцями переважної більшості держав світу*.

Так, глави під назвою «Злочини проти сім'ї та неповнолітніх» є у КК Казахстану, Киргизії, Латвії, Молдови, Росії, Таджикистану. Кримінальне законодавство багатьох інших держав включає схожі глави (розділи). Наприклад, в КК Білорусі є глава 21 «Злочини проти укладу сімейних відносин та інтересів неповнолітніх», у КК Болгарії – глава 4 «Злочини проти шлюбу, сім'ї та молоді», у КК Іспанії – розділ XII «Злочини проти сімейних відносин», у КК Італії – розділ XI книги 2 «Злочини проти сім'ї», у КК Данії – глава 23 «Злочини проти сімейних відносин», у КК Франції – глава VII розділу II «Про посягання на неповнолітніх осіб і на сім'ю», у КК ФРН – розділ 12 «Карані діяння проти цивільного стану, шлюбу та сім'ї», у КК Швейцарії – розділ 6 «Злочини і проступки проти сім'ї», у КК Швеції – глава 7 «Злочини проти сім'ї», у КК Польщі – глава XXVI «Злочини проти сім'ї та опіки», у КК Вірменії – глава 20 «Злочини проти сім'ї та інтересів дитини», у КК Литви – глава XXIII «Злочини і кримінальні проступки проти дитини і сім'ї», у КК Норвегії – глава 20 «Злочини, пов'язані з сімейними відносинами» тощо.

Цілком природно, що у названих КК зустрічаються описання і таких пов'язаних із сімейними відносинами посягань, які невідомі вітчизняному кримінальному законодавству. Це, зокрема: намагання позбавити іншу особу сімейного статусу або набути фіктивний сімейний статус; позбавлення неповнолітнього батьків чи опікунів; отримання викупу за дозвіл вступити в шлюб своїй неповнолітній дочці або родичці; багатоженство або полігамія; примушування жінки до вступу у шлюб або перешкоджання вступу у шлюб; жорстоке поводження з членами сім'ї; перелюбство і кровозмішення тощо (див. з цього приводу також підрозділ 4.3 посібника).

4.5.1.2. До к.пр. проти сім'ї та дітей, на нашу думку, варто відносити такі діяння, передбачені чинним КК:

- неналежне виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей (ст. 137);
- підміна дитини (ст. 148); експлуатація дитини (ст. 150); використаня малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150-1);
- ухилення від сплати аліментів на утримання дітей (ст. 164); ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків (ст. 165);
- невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування (ст. 166); зловживання опікунськими правами (ст. 167); розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) (ст. 168); незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння) (ст. 169);

* Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 178.

– примушування неповнолітніх до участі у створенні творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію (ч. 3 ст. 300); примушування неповнолітніх до участі у створенні творів, зображень або кіно- та відеопродукції, комп'ютерних програм порнографічного характеру (ч. 4 ст. 301); втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність (ст. 304);

– спонукання неповнолітніх до застосування допінгу (ст. 323); схилення неповнолітніх до вживання одурманюючих засобів (ст. 324).

Певні уявлення щодо поширеності перелічених к.пр. в Україні можна скласти на основі даних про судимість за них у 2013 р. За інформацією ДСА, переважну кількість засуджених за ці к.пр. становлять особи, засуджені за ст. 164 (3 тис. 544 особи) і ст. 166 КК (88 осіб). Крім того, засуджено за: ст. 304 – 358 осіб; ст. 166 – 88 осіб; ст. 150-1 – 24 особи; ст. 137 – 13 осіб; ст. 167 і ст. 168 – по дві особи. За ст.ст. 150, 323 і 324 протягом 2013 р. не засуджено жодної особи.

4.5.2. Окремі кримінальні правопорушення проти сім'ї і дітей

4.5.2.1. Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей (ст. 164 КК). Відповідно до ст. 27 Конвенції ООН про права дитини батько (-ки) або інші особи, які виховують дитину, несуть основну відповідальність за забезпечення в межах своїх здібностей і фінансових можливостей умов життя, необхідних для розвитку дитини. У ст. 51 Конституції України і ст. 180 СК передбачено обов'язок батьків утримувати дитину до досягнення нею повноліття. Невиконання цього обов'язку, ускладнюючи повноцінне життя і всебічний розвиток неповнолітнього, ставить під загрозу матеріальні умови його існування, оскільки дитина, з огляду на її непрацездатність, не в змозі самостійно здобувати засоби для свого життя.

Уточнимо, що потерпілими від к.пр., передбаченого ст. 164 КК, є діти, на утримання яких за рішенням суду мають сплачуватись аліменти, а також неповнолітні чи непрацездатні діти, які перебувають на утриманні батьків. Варто брати до уваги і те, що укладення дитиною шлюбу не припиняє передбаченого законом обов'язку батьків утримувати її до досягнення повноліття (п. 15 постанови ПВС від 15 травня 2006 р. № 3 «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів»). Аліменти можуть бути присуджені на утримання як неповнолітньої, так і повнолітньої дитини (зокрема, непрацездатної дитини або дитини до досягнення 23 років, яка продовжує навчання). Непрацездатними є повнолітні діти, які через фізичні чи психічні вади позбавлені можливості постійно або тимчасово працювати (це, зокрема, інваліди).

Об'єктивна сторона аналізованого к.пр. полягає у злісному ухиленні: 1) від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей (аліментів); 2) батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, які перебувають на їхньому утриманні.

Під ухиленням від сплати аліментів слід розуміти дії чи бездіяльність особи, спрямовані на невиконання судового рішення про стягнення з неї встановленої суми коштів на утримання дитини (дітей). Це може діставати вияв як у прямій відмові від сплати встановлених судом аліментів, так і в інших діяннях, які фактично унеможливають виплату цих коштів (наприклад, у фактичній несплаті цих коштів протягом певного часу, у приховуванні свого реального доходу або місця перебування, зміні прізвища та інших анкетних даних, наданні підроблених довідок про розмір отримуваної заробітної плати).

Кримінально караним ухиленням від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей не може вважатись ухилення від сплати аліментів, визначених на підставі нотаріально посвідченого договору батьків про сплату аліментів на дитину. Водночас така поведінка за наявності підстав може бути кваліфікована за ст. 164 КК як злісне ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей.

Не утворює складу розглядуваного к.пр. невиконання аліментів, якщо батьки були звільнені від обов'язку утримувати дитину. Згідно із СК суд може прийняти таке рішення, якщо дохід дитини набагато перевищує дохід кожного з батьків і забезпечує повністю її потреби, або якщо право на аліменти на дитину було припинено.

Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей тягне відповідальність за ст. 164 КК лише у тому випадку, якщо таке ухилення було злісним. Принагідно зауважимо, що вказівка на злісність міститься в аналогічних ст. 164, ст. 165 КК України нормах, включених до КК держав СНД (крім Білорусі та Узбекистану).

У примітці до ст. 164 КК зазначено, що під злісним ухиленням від сплати коштів на утримання дітей (аліментів) або на утримання непрацездатних батьків слід розуміти будь-які діяння боржника, спрямовані на невиконання рішення суду (приховування доходів, зміна місця проживання чи місця роботи без повідомлення державного виконавця тощо), які призвели до виникнення заборгованості зі сплати таких коштів у розмірі, що сукупно становлять суму виплат за шість місяців відповідних платежів.

Під ухиленням від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, які перебувають на їх утриманні, слід розуміти дії чи бездіяльність батька, матері чи усиновлювача дитини, спрямовані на невиконання цього обов'язку, якщо вони мали можливість його виконати. Таке ухилення може полягати у незабезпеченні дітей харчуванням, одягом, відмові від участі у передбачених СК додаткових витратах на дитину, що викликані особливими обставинами (розвитком здібностей дитини, її хворобою, каліцтвом тощо).

Ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, які перебувають на їх утриманні, також тягне кримінальну відповідальність тільки у випадку, якщо воно було злісним. Проте, на відміну від попередньої ситуації, кримінальний закон не розкриває поняття злісності, а тому його слід визнати оціночним. У зв'язку з цим неточним є пов'язування кримінальної відповідальності за злісне ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей із виникненням заборгованості у розмірі, що становить суму виплат за шість місяців відповідних платежів*.

Про злісний характер ухилення можуть свідчити, наприклад, тривалість ухилення, продовження ухилення після попередження про необхідність виконання обов'язку щодо утримання дітей та про кримінальну відповідальність за ухилення від виконання цього обов'язку, неодноразові звернення потерпілого чи інших осіб до винного. Має братись до уваги, зокрема, вплив ухилення на матеріальний стан дитини, а також сімейний і матеріальний стан того, хто ухиляється. Не може визнаватися злісним таке ухилення від сплати аліментів або ухилення від утримання дітей, яке хоч і тривало значний проміжок часу, проте було вимушеним з боку особи, на яку такий обов'язок покладался законом чи рішенням суду (несплата аліментів особою через неможливість знайти роботу, через хворобу тощо).

Кримінальне правопорушення визнається закінченим з моменту, коли зазначене у ст. 164 КК ухилення набуло злісного характеру. При цьому настання негативних наслідків для дитини не є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони.

Значно конкретнішими (порівняно зі ст.ст. 164, 165 КК України, в яких застосовується поняття «злісне ухилення») є ст. 174 і ст. 175 КК Білорусі, якими ухилення батьків від утримання дітей і дітей – від утримання батьків визнаються злочинами за умови, що таке ухилення мало місце понад три місяці протягом року. КК Бельгії встановлює покарання для того, хто протягом двох місяців ухиляється від сплати призначених судом аліментів. Болгарський законодавець, також уникаючи невизначених конструкцій на кшталт «злісне ухилення», передбачає, що відповідальність за ухилення від виконання судового рішення про утримання дружини (чоловіка), висхідного чи спадного родича, брата чи сестри настає, якщо особа свідомо не сплатила заборгованість у розмірі двох чи більше місячних внесків або умисно поставила себе у становище майнової неспроможності виконати зазначене судове рішення шляхом переведення майна на чуже ім'я чи в інший спосіб (ст. 183 КК Болгарії). Цікавим є і підхід, втілений у § 170 КК ФРН, відповідно до якого порушення обов'язку щодо утримання карається лише за умови, що у результаті цього життєвий рівень особи, яка має право на утримання, перебуває під загрозою або перебував би під загрозою, якби не було допомоги з боку інших осіб.

* 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. – Харків: Право, 2013. – Т. 2: Особлива частина. – С. 165.

Оскільки у ст. 164 КК йдеться про злісне ухилення батьків від утримання саме неповнолітніх або непрацездатних дітей, випадки злісного ухилення батьків від утримання повнолітніх працездатних дітей, які продовжують навчання і потребують матеріальної допомоги, диспозицією цієї статті не охоплюються. Така поведінка за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 166 КК як злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною. Разом з тим якщо винесено судове рішення про призначення аліментів на утримання повнолітньої працездатної дитини, яка продовжує навчання, злісне ухилення від виконання такого рішення суду може кваліфікуватись за ст. 164 КК.

Суб'єкт к.пр. – спеціальний. Суб'єктом злісного ухилення від сплати аліментів може бути особа, на яку судовим рішенням було покладено такий обов'язок. Це можуть бути батько, матір, усиновлювач, баба, дід, брат, сестра чи інші особи, у сім'ї яких виховувалася дитина.

Відповідно до ст. 12 Закону «Про охорону дитинства» позбавлення батьківських прав або відібрання дитини у батьків без позбавлення цих прав не звільняє батьків від обов'язку утримувати дітей, а тому і такі батьки визнаються суб'єктами к.пр., передбаченого ст. 164 КК.

Суб'єктом злісного ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, які перебувають на їх утриманні, можуть бути лише кровні батьки або усиновлювачі. Ухилення батьків дитини, яка була усиновлена, не утворює складу к.пр., передбаченого ст. 164 КК, крім випадків, коли при усиновленні дитини відповідні права та обов'язки були збережені за одним із батьків.

Опікуни і піклувальники не є суб'єктами к.пр., передбаченого ст. 164 КК. Однак за використання опіки чи піклування з корисливою метою на шкоду підопічному вони мають нести відповідальність за ст. 167 КК.

4.5.2.2. Ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків (ст. 165 КК). Зі ст. 51 Конституції України випливає, що не тільки батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття, а і повнолітні діти зобов'язані піклуватися про своїх непрацездатних батьків. Відповідно до ст. 172 СК, якщо повнолітні дочка, син не піклуються про своїх непрацездатних, немічних батьків, з них за рішенням суду можуть бути стягнуті кошти на покриття витрат, пов'язаних із наданням такого піклування.

Потерпілими від аналізованого к.пр. можуть бути непрацездатні батьки та непрацездатні усиновлювачі, крім осіб, які були позбавлені батьківських прав. Адже згідно зі ст. 166 СК особа, позбавлена батьківських прав, якщо ці права не були поновлені, не може одержати в майбутньому тих майнових прав, пов'язаних із батьківством, які вона могла б мати у випадку своєї непрацездатності, у т.ч. право на утримання від дитини. Непрацездатними батьками (усиновлювачами) визнаються особи, які досягли пенсійного віку, встановленого законом, або є інвалідами I, II чи III групи.

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 165 КК, полягає у злісно-му ухиленні від сплати встановлених рішенням суду коштів (аліментів) на утримання непрацездатних батьків. Відповідно до СК суд визначає розмір аліментів на батьків у твердій грошовій сумі та/або у частці від заробітку (доходу) з урахуванням матеріального та сімейного стану сторін. Поняття злісного ухилення розглянуто вище.

Суб'єкт к.пр., передбаченого ст. 165 КК, – спеціальний. Ним може бути повнолітня кровна дитина (син або дочка) або дитина, усиновлена у встановленому законом порядку, на яку рішенням суду покладено обов'язок щодо утримання непрацездатних батьків (усиновлювачів).

За певних обставин суб'єктами аналізованого к.пр. можуть бути також пасинок та падчерка. Йдеться про те, що згідно зі ст. 270 СК у повнолітніх падчерки, пасинка обов'язок утримувати непрацездатних мачуху, вітчима виникає за таких умов: 1) якщо останні потребують матеріальної допомоги; 2) якщо вони надавали падчерці, пасинкові систематичну матеріальну допомогу не менш як п'ять років; 3) падчерка, пасинок можуть надавати матеріальну допомогу; 4) якщо у мачухи, вітчима немає чоловіка, дружини, повнолітніх дочки, сина, братів та сестер, або якщо ці особи з поважних причин не можуть надавати їм належного утримання.

Чинні редакції ст. 164 і ст. 165 КК не передбачають відповідальності за злісне ухилення від утримання інших (крім неповнолітніх, непрацездатних дітей та непрацездатних батьків) осіб, а тому потребують змін*. Адже СК передбачає можливість стягнення за рішенням суду коштів на утримання інших членів сім'ї, крім дітей і батьків (так, у ст. 75 СК йдеться про право одного з подружжя на утримання, а глава 22 СК має назву «Обов'язок по утриманню інших членів сім'ї та родичів»). На сьогодні невиконання такого судового рішення (крім випадків, передбачених ст.ст. 164, 165 КК) може кваліфікуватись за ст. 382 КК. Тому занадто категоричним виглядає таке висловлювання: «Якщо свої аліментні зобов'язання, встановлені рішенням суду, не виконує, наприклад, повнолітній онук, то право на отримання аліментів, яке має непрацездатна бабуся, кримінальним правом не охороняється»**.

Необхідність розширення кола потерпілих від к.пр., передбачених ст. 164 і ст. 165 КК, впливає з положень не лише національного, а і міжнародного законодавства. Зокрема, відповідно до ст. 63 Конвенції про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів

* Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 170–171.

** 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. 257.

сімейного утримання від 23 листопада 2007 р. Україна, ратифікуючи цей документ Законом від 11 січня 2013 р., зобов'язалась поширювати зазначену Конвенцію на стягнення на утримання: з батьків на повнолітніх непрацездатних дочку, сина; з батьків на повнолітніх дочку, сина, які продовжують навчання, до досягнення ними 23 років; з повнолітніх дочки, сина на непрацездатних батьків; з баби, діда на внуків, які не досягли повноліття; з повнолітніх внуків, правнуків на непрацездатних бабу, діда, прабабу, прадіда; з повнолітніх братів, сестер на братів, сестер, які не досягли повноліття, та непрацездатних повнолітніх братів і сестер; з мачухи, вітчима на падчерку, пасинка, які не досягли повноліття; з повнолітніх падчерки, пасинка на непрацездатних мачуху, вітчима.

При зазначеному розширенні кола потерпілих варто брати до уваги і досвід зарубіжного законодавця. Наприклад, ст. 203 КК Молдови передбачає відповідальність за злісне ухилення від надання матеріальної допомоги не лише дітям і батькам, а і чоловіку (дружині), якщо є відповідне рішення суду, а ст.ст. 181, 183 КК Болгарії – за невиконання обов'язків з утримання непрацездатного подружжя або іншого родича і за невиконання рішення суду утримувати подружжя, іншого родича, сестру, брата. Кримінальне переслідування ухилення від утримання одного з подружжя здійснюється і в інших державах, зокрема в Албанії, Андоррі, Бельгії, Іспанії, Казахстані.

В юридичній літературі висувається пропозиція об'єднати склади злочинів, передбачених ст. 164 і ст. 165 КК, і викласти диспозицію ч. 1 ст. 164 КК у такій редакції: «Ухилення від сплати встановлених рішенням суду коштів на утримання дітей, непрацездатного сина, дочки, батьків – карається...»^{*}. Ідея уніфікувати кримінальну відповідальність за ухилення від утримання осіб, які мають право на таке утримання, крім всього іншого, ґрунтується на відповідному зарубіжному досвіді і заслуговує на підтримку. Разом з тим очевидно, що наведена редакція кримінально-правової норми не вирішує означену проблему розширення кола потерпілих від к.п.р., наразі передбачених ст. 164 і ст. 165 КК. Крім того, видається невиправданою декриміналізація ухилення батьків від утримання неповнолітніх або непрацездатних дітей, які перебувають на їх утриманні, якщо це діяння не пов'язане з невиконанням судового рішення і відповідальність за вчинення якого передбачена чинною редакцією ст. 164 КК. До того ж, відмовившись від використання терміна «злісність», ініціатор розглянутих законодавчих змін не потурбувався про заміну цієї оціночної ознаки іншою криміноутворюючою ознакою, більш зрозумілою з погляду правозастосування.

^{*} Морозюк С.М. Кримінально-правова характеристика злочинів проти інтересів сім'ї та підопічних (ст.ст. 164–169 КК України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 10.

4.5.2.3. **Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність** (ст. 304 КК)*.

Потерпілими від к.пр., передбаченого ст. 304 КК, є неповнолітні, тобто особи, яким не виповнилось 18 років, незалежно від статі. Вчинення розглядуваних дій щодо малолітньої особи карається за ч. 2 ст. 304 КК. Хоч у назві і диспозиції ст. 304 КК вказівку на потерпілого зроблено у множині, у вітчизняному кримінальному праві усталеною є позиція, згідно з якою кримінальна відповідальність за цією нормою настає і у випадку втягнення одного неповнолітнього (малолітнього) у злочинну або іншу антигромадську діяльність. У зв'язку з цим поняття потерпілого у ст. 304 КК має бути вказане в однині. Крім того, назва ст. 304 КК потребує узгодження з диспозицією кримінально-правової норми.

Якщо потерпілий не розуміє характеру вчинюваних щодо нього дій (зокрема при використанні немовляти під час заняття жебрацтвом або при обманному використанні неповнолітнього для виконання дій, що сприяють вчиненню дорослим кримінально караного діяння), ст. 304 КК застосовуватись не повинна. Вчинене у подібних випадках може кваліфікуватись за ст. 150-1 КК або як опосередковане вчинення к.пр.**

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 304 КК, полягає у втягненні неповнолітніх у будь-який спосіб у: 1) злочинну діяльність; 2) пияцтво; 3) заняття жебрацтвом; 4) заняття азартними іграми. Як слушно зазначається в літературі, злочинна діяльність, пияцтво, заняття жебрацтвом та азартними іграми не є діями, що утворюють об'єктивну сторону, – це альтернативні цілі, які може переслідувати винний і які можуть стати діями неповнолітнього, який потрапив під негативний вплив дорослої особи***.

На відміну від КК України і КК деяких інших держав (зокрема, ст. 171 КК Грузії, ст. 127 КК Узбекистану), які передбачають відповідальність за зазначені дії у межах однієї статті, кримінальне законодавство більшості держав колишнього СРСР передбачає таку відповідальність у двох статтях, які зазвичай мають назви «Втягнення неповнолітнього у вчинення злочину» і «Втягнення неповнолітнього в іншу антигромадську діяльність» (наприклад, ст.ст. 170, 171 КК Азербайджану, ст.ст. 172, 173 КК Білорусі, ст.ст. 165, 166 КК Вірменії, ст.ст. 131, 132 КК Казахстану, ст.ст. 156, 157 КК Киргизстану, ст.ст. 150, 151 КК РФ, ст.ст. 165, 166 КК Таджикистану, ст.ст. 155, 156 КК Туркменістану).

* Див. також роз'яснення, наведені у постанові ПВС від 27 лютого 2004 р. № 2 «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність», і Узагальнення судової практики «Судова практика у справах про злочини неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність» (Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 4. – С. 12–35).

** Див. також: Кондратов Д.Ю. Відмежування втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність (ст. 304 КК України) від суміжних складів злочинів // Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2013. – № 6. – С. 59–60.

*** Борьба с вовлечением несовершеннолетних в преступную деятельность / И.П. Лановенко, Т.С. Барило, Ф.Г. Бурчак, А.Н. Костенко и др. – К.: Наукова думка, 1986. – С. 70.

Звертаючись до зарубіжного досвіду, слід відзначити і те, що у кримінальному законодавстві багатьох держав відсутні аналоги ст. 304 КК України; в інших державах відповідальність за подібні дії передбачена в різних статтях, які містять певні форми втягнення неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність (ст.ст. 188, 189, 193 КК Болгарії, ст. 197 КК Данії, ст. 233 КК Іспанії, ч. 2 ст. 301 КК КНР, ст.ст. 208–210 КК Молдови, ст. 218 КК Норвегії, ст. 208 КК Польщі, ст.ст. 227-18–227-21 КК Франції, ст. 195 КК Швейцарії).

Втягнення у злочинну діяльність означає різноманітні дії, спрямовані на те, щоб викликати у неповнолітнього рішучість вчинити хоча б один злочин (чи взяти участь у його вчиненні спільно з іншими особами) або отримати навички злочинної діяльності, які можуть бути використані згодом. До таких дій можуть бути віднесені, зокрема, пропозиція вчинити злочин, обіцянки, прохання, підкуп, застосування фізичного насильства, погрози його застосування, інше залякування, у т.ч. шантаж, розпалювання почуттів помсти або заздрості, давання порад про місце та спосіб вчинення злочину або приховання його слідів, ведення розмов про «романтику» злочинного способу життя. Вважається, що використане у ст. 304 КК словосполучення «злочинна діяльність» характеризує можливе різноманіття злочинів, а не їх чисельність у кожному окремому випадку.

У процесуальних документах має бути зазначено, які конкретні дії вчинив винний з тим, щоб втягнути неповнолітнього у злочинну діяльність. При цьому слід враховувати, що складом аналізованого к.пр. охоплюються випадки: 1) втягнення неповнолітнього у вчинення конкретного злочину (злочинів); 2) неконкретизоване залучення до антисоціального, у т.ч. злочинного, способу життя (пропаганда цього способу життя).

Натомість за ст. 150 КК РФ, яка передбачає відповідальність за втягнення неповнолітніх у вчинення злочину, не можуть кваліфікуватись дії суб'єкта, який пропагує злочинний спосіб життя, усвідомлюючи, що це може сприяти вчиненню неповнолітнім злочинів у майбутньому.*

Якщо втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність супроводжувалося мордуванням, катуванням, заподіянням середньої тяжкості чи тяжких тілесних ушкоджень, погрозою вбивством, умисним знищенням або пошкодженням майна тощо, відповідальність повинна наставати за сукупністю вчинених к.пр.

За відсутності ознак втягнення у злочинну діяльність дорослі, які вчинили злочини в групі з неповнолітніми, мають нести кримінальну відповідальність за співучасть у конкретних злочинах. Якщо дорослий допустив присутність неповнолітнього при вчиненні злочину, не маю-

* Тасаков С.В. Нравственные основы норм уголовного права о преступлениях против личности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – С. 291.

чи на меті втягнення його у злочинну діяльність, складу к.пр., передбаченого ст. 304 КК, немає. Цей висновок слід робити і в тому випадку, коли неповнолітній з власної ініціативи вчиняє злочин або приєднується до його вчинення дорослими. При втягненні у вчинення злочину неповнолітнього, який досяг віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, дії дорослого учасника злочину мають кваліфікуватися як за ст. 304 КК, так і за нормами про відповідальність за злочин, вчинений у співучасті з неповнолітнім.

Під втягненням у пияцтво слід розуміти схилення неповнолітнього до систематичного вживання спиртних напоїв (спільне вживання спиртних напоїв, пригощання ними, дарування, розрахунок ними за виконану неповнолітнім роботу тощо). Подібним чином треба розуміти втягнення у заняття жебрацтвом та у заняття азартними іграми. Відповідальність за втягнення неповнолітніх до заняття проституцією передбачена у ст. 303 КК.

Оскільки бродяжництво є не менш антигромадською поведінкою, ніж жебрацтво, і, до того ж, доволі часто поєднується з останнім, втягнення неповнолітніх у бродяжництво також потребує криміналізації, як це зроблено у Вірменії, Білорусі, Казахстані, Росії. У цьому сенсі також заслуговує на увагу досвід російського законодавця, який у примітці до ст. 151 КК встановив, що дія цієї кримінально-правової норми не поширюється на випадки залучення неповнолітнього у заняття жебрацтвом, якщо таке діяння вчинене батьками внаслідок збігу тяжких життєвих обставин, викликаних втратою джерела засобів існування чи відсутністю місця проживання.

Відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність встановлена не лише у ст. 304, а й у інших статтях КК (ч. 2 ст. 181, ч. 3 ст. 300, ч. 3 ст. 301, ч. 3 ст. 303, ч. 2 і ч. 3 ст. 307, ч. 3 ст. 309, ч. 2 ст. 317), які є щодо ст. 304 КК спеціальними нормами. У зв'язку з цим у випадку вчинення к.пр., передбаченого спеціальною нормою, кваліфікувати дії винного ще і за ст. 304 КК не потрібно.

З погляду удосконалення КК заслуговує на підтримку пропозиція про виключення з нього відповідних спеціальних норм і зосередження ознак діянь, передбачених цими нормами, у загальній нормі – ст. 304 КК, що дозволить набути закону точності, логічної завершеності і відсутності прогалин, передбачити єдині для всіх видів втягнення неповнолітніх кваліфікуючі ознаки та оптимізувати санкції*.

Термін «втягнення» можна розуміти по-різному – і як процес щодо залучення особи до злочинної або іншої антигромадської діяльності, і як результат цього процесу. У зв'язку з цим питання про момент закінчення аналізу

* Дзундза В.В. Кримінальна відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2005. – С. 4, 7, 11–12.

ваного к.пр. (його зарубіжних аналогів) належить до числа дискусійних. Так, інколи висловлюється думка про те, що каране за ст. 150 КК Росії втягнення неповнолітнього у вчинення злочину буде закінченим, коли неповнолітній вчинить кримінально каране діяння.*

Однак усталеним у літературі є інший підхід до вирішення цього питання. К.пр., передбачене ст. 304 КК, вважається закінченим з моменту здійснення винним дій, які означають втягнення, незалежно від його результативності – від того, чи вчинив неповнолітній злочин або інший антигромадський вчинок, у який він втягувався. У цьому сенсі слід визнати некоректним роз'яснення про те, що відповідальність за втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність настає у разі вчинення ним хоча б одного злочину (абз. 5 п. 5 постанови ПВС від 27 лютого 2004 р. № 2 «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність»).

Якщо неповнолітній добровільно відмовився від вчинення злочину або не закінчив його (вчинив готування чи замах), дорослий несе відповідальність за ст. 304 КК і за співучасть у незакінченому злочині. Якщо неповнолітній взагалі не робив спроби вчинити злочин, дорослий має відповідати за ст. 304 КК і за готування до злочину, у вчинення якого намагався втягнути неповнолітнього.

Суб'єктом аналізованого к.пр. є особа, яка досягла 18-річного віку та яка усвідомлює, що своєю поведінкою вона втягне неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність.

Положення про визнання суб'єктом втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність лише повнолітньої особи, будучи традиційним для вітчизняної науки і правозастосовної практики, може вважатись проявом обмежувального тлумачення кримінального закону. В юридичній літературі стосовно злочину, передбаченого ст. 208 КК 1960 р., висловлювалась точка зору, згідно з якою суб'єктом втягнення неповнолітніх у злочинну та іншу антигромадську діяльність є особа, якій виповнилось 16 років. Однак ця точка зору** підтримки у фахівців не знайшла.

На перший погляд, положення про визнання суб'єктом аналізованого к.пр. тільки тієї особи, якій виповнилось 18 років, треба безпосередньо передбачити у ст. 304 КК. Однак тоді залишаться невирішеними проблеми тлумачення ознак суб'єкта в інших складах к.пр., що передбачають втягнення (або схиляння, примушування, залучення) непо-

* Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. А.И. Коробеева. – Т. II: Преступления против личности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – С. 667.

** Докладніше див.: Борьба с вовлечением несовершеннолетних в преступную деятельность / И.П. Лановенко, Т.С. Барило, Ф.Г. Бурчак, А.Н. Костенко и др. – К.: Наукова думка, 1986. – С. 76–85.

внолітніх до окремих видів злочинної чи антигромадської діяльності. Таким чином, проблему варто вирішувати, змінюючи ст. 22 КК. Це не означає, що стосовно всіх зазначених к.пр. має встановлюватись однакова межа віку, з якого наставатиме кримінальна відповідальність.

У судовій практиці визнається, що ст. 304 КК підлягає застосуванню як у випадку, коли доросла особа знала про неповнолітній вік того, хто втягується у злочинну чи іншу антигромадську діяльність, так і тоді, коли вона за обставинами справи повинна була або могла про це знати (п. 4 постанови ПВС «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність»).

Наведений підхід частиною науковців визнається теоретично необґрунтованим на тій підставі, що у складі умисного злочину кожна його об'єктивна ознака (у т.ч. вік потерпілої особи як невід'ємна характеристика об'єкта посягання) має усвідомлюватись суб'єктом злочину, і змішаного психічного ставлення тут бути не може*. У літературі із розглядуваного питання існує й інша позиція: якщо у законі немає вказівки на завідомість і на шкоду або не визначене психічне ставлення до неї, то відображення у психіці суб'єкта ознаки потерпілого може бути трояким: усвідомлення цієї ознаки; усвідомлення можливості її наявності; неусвідомлення за умови, що винний міг і повинен був її усвідомлювати**.

У будь-якому разі кримінальна відповідальність за ст. 304 КК виключається, якщо винний сумлінно помилявся щодо фактичного віку неповнолітньої особи. При вирішенні цього питання враховується вся сукупність обставин справи, зокрема знайомство винної особи з потерпілим, зовнішні фізичні дані останнього, його поведінка.

Якщо втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність вчинене батьком, матір'ю, вітчимою, мачухою, опікуном, піклувальником або особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого чи піклування про нього, вчинене має кваліфікуватись за ч. 2 ст. 304 КК.

Вітчимою вважається нерідний батько – чоловік рідної матері дитини, а мачухою – нерідна мати – дружина рідного батька дитини, з якою вони проживають однією сім'єю. Якщо шлюб з батьком (матір'ю)

* Див., наприклад: Витвицкая С.С. Криминологические проблемы предупреждения преступных посягательств на нравственное и физическое развитие несовершеннолетних: Дисс. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 63–64; Парог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 166–169; Сабитов Т. Принцип виновной ответственности // Уголовное право. – 2010. – № 5. – С. 74–75.

** Теоретичні проблеми кримінальної відповідальності / Питання боротьби зі злочинністю. Зб. наук. праць. – Вип. 15 / Ред. кол.: Ю.В. Баулін (голов. ред.) та ін. – Харків: Право, 2008. – С. 24–25; Сенаторов М. Потерпілий від злочину: значення для кваліфікації злочину та призначення покарання // Право України. – 2004. – № 3. – С. 111–112.

дитини припинено внаслідок його (її) смерті, вдова (вдівець), який залишається спільно проживати з дитиною, буде і надалі для останньої мачухою (вітчимом). У випадку розірвання шлюбу з батьком (матір'ю) дитини колишня дружина (колишній чоловік) вже не може вважатись мачухою (вітчимом) для дитини, навіть якщо вона (він) продовжує проживати з нею спільно.

Опіка і піклування встановлюються над дітьми, які залишились без батьківського піклування (батьки померли, визнані у судовому порядку безвісно відсутніми, померлими, недездатними або обмежено дієздатними, позбавлені батьківських прав, відбувають покарання у місцях позбавлення волі, тривалий час хворіють тощо), і мають на меті забезпечення виховання таких дітей, а також захист їх особистих немайнових і майнових прав та інтересів. Опікун – це призначена органом опіки та піклування за її згодою повнолітня дієздатна особа, яка здійснює опіку над дитиною, який не виповнилось 14 років, а піклувальник – це зазначена особа, яка здійснює піклування над дитиною у віці від 14 до 18 років. Якщо позбавлена батьківського піклування дитина, яка не має опікуна чи піклувальника, постійно проживає у дитячому закладі або закладі охорони здоров'я, функції опікуна чи піклувальника щодо неї покладаються на адміністрацію закладу і виконуються його керівником (директор, завідувач, головний лікар).

Дії опікунів і піклувальників, які зловживаючи опікунськими правами з корисливою метою, втягнули неповнолітніх підопічних у антигромадську діяльність, потребують додаткової кваліфікації за ст. 167 КК.

До осіб, на яких покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього, слід відносити: 1) патронатного вихователя (особа, яка на підставі договору про патронат взяла у свою сім'ю дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування); 2) прийомних батьків і батьків-вихователів дитячого будинку сімейного типу (подружжя або окрема особа, яка не перебуває у шлюбі, які взяли для спільного проживання та виховання, відповідно, від одного до чотирьох та не менш як п'ять дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування); 3) фактичного вихователя (особа, яка взяла у свою сім'ю дитину-сироту чи дитину, з інших причин позбавлену батьківського піклування, і яка згідно з вимогами СК зобов'язана виховувати таку дитину і піклуватись про неї так само, як опікун чи піклувальник); 4) особу, яка на правових підставах здійснює виховання малолітньої дитини або нагляд за нею на підставі договору (няня, гувернантка, домашній вчитель тощо); 5) відповідних працівників закладів охорони здоров'я, навчальних, позашкільних навчальних та інших закладів, зобов'язаних наглядати за дітьми і піклуватись про них (лікарні, будинки дитини, школи, дитячі садочки, оздоровчі табори, дитячі будинки, дитячі будинки-інтернати, школи-інтернати, притулки для дітей тощо).

Література

- Белова О.І. Кримінально-правова характеристика системи злочинів проти сім'ї та неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2006. – 20 с.
- Олашин М.І. Кримінально-правова протидія неналежному виконанню обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – 18 с.
- Топольскова І.О. Боротьба із втягненням неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність: Монографія / Наук. ред. В.П. Ємельянов. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2003. – 192 с.

Запитання і завдання

1. З'ясуйте доцільність виділення в Особливій частині КК України самостійного розділу, присвяченого к.пр. проти сім'ї та неповнолітніх.
2. Розкрийте кримінально-правову характеристику ухилення від сплати аліментів на утримання дітей і коштів на утримання непрацевдатних батьків. Покажіть неузгодженості норм КК України про відповідальність за ці к.пр. з приписами регулятивного (передусім сімейного) законодавства.
3. З'ясуйте вади законодавчого описання складу к.пр. «Експлуатація дітей» і запропонуйте шляхи їх усунення.
4. Проаналізуйте склад к.пр. «Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність». Покажіть його співвідношення зі складами суміжних к.пр.

Рекомендуємо прочитати

- Кадзуо Ісігуро «Ніколи не відпускай мене».
- Сергій Волков «Діти пустоти».
- Жоржі Амаду «Генерали піщаних кар'єрів».

Радимо подивитись

- Шахта № 8 (Україна, 2010, режисер Маріанна Каат).
- Казенний будинок (СРСР, 1989, режисер Альберт Мкртчян).
- Діти Ленінградського (Польща, 2005, режисери Анджей Целінські, Ганна Полак).

Розділ 5

КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СПІЛЬНИХ ІНТЕРЕСІВ ЛЮДИНИ, СУСПІЛЬСТВА ТА ДЕРЖАВИ

5.1. Кримінальні правопорушення проти власності

5.1.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти власності. Їх предмети

5.1.1.1. В сучасних умовах кримінально карані посягання на власність залишаються одними з найбільш поширених к.пр., що підтверджується даними судової статистики. За даними ДСА, протягом 2013 р. за ці к.пр. було засуджено 59435 осіб, з них за: крадіжку (ст. 185) – 43802 особи; грабіж (ст. 186) – 7347 осіб; розбій (ст. 187) – 2065 осіб; вимагання (ст. 189) – 217 осіб; шахрайство (ст. 190) – 3816 осіб; привласнення, розтрату майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК) – 1608 осіб.

Насправді відповідних к.пр. вчиняється набагато більше, ніж кількість осіб, які за них засуджені. По-перше, одна особа часто вчиняє дві чи кілька крадіжок, грабежів тощо. По-друге, к.пр. проти власності в Україні характеризуються високим рівнем латентності. Для порівняння: в ФРН, де мешканців лише на 45% більше, ніж в Україні, і мешканці якої традиційно повідомляють в поліцію про всі відомі їм випадки вчинення правопорушень, в 2012 р. було офіційно зареєстровано 144117 випадків лише квартирних крадіжок. За даними МВС, в нашій країні таких крадіжок в 2012 р. було вчинено 21443 – майже у сім разів менше, ніж в ФРН; середній відсоток розкриття злочинів проти власності в Україні становить 26,4%, серед них шахрайства – 22,1%, квартирних крадіжок – 25,5%, крадіжок із автомобілів – 16,9%**.*

Виходячи з цього, приділимо к.пр. проти власності дещо більше уваги, ніж іншим.

Родовим **об'єктом** цих к.пр. є відносини власності як економічної категорії, що надає власникові або законному володільцеві права на майно, які: а) виникають з приводу права власності (як сукупності повноважень з володіння, користування та розпорядження майном й інших речових чи зобов'язальних прав) і б) він здійснює відповідно до закону на власний розсуд і у своїх інтересах незалежно від волі інших осіб.

* Место преступления: Германия // Аргументы и факты. – 2013. – № 28.

** Українська міліція розкриває не більше чверті всіх крадіжок // http://dt.ua/UKRAINE/ukrayinska-miliciya-rozkrivaye-ne-bilshe-chverti-vsikh-kradizhok-132085_.html

Постає питання про уточнення назви розділу VI Особливої частини КК. Адже, крім власне права власності, ЦК виокремлює такі відмінні від нього види речових прав на чуже майно: 1) право володіння; 2) право користування (сервітут); 3) право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); 4) право забудови земельної ділянки (суперфіцій). До того ж право користування чужим майном може виникати на підставі договорів, які породжують зобов'язальні правовідносини. Наприклад, не речовими, а зобов'язальними є врегульовані законодавчими актами відносини оренди і концесії земельних ділянок*.

5.1.1.2. **Предметом** абсолютної більшості к.пр. проти власності є майно у значенні цивільно-правового поняття **«річ»**. Речі – це предмети матеріального світу, щодо яких можуть виникати цивільні права та обов'язки та які можуть бути вилучені з володіння власника (законного володільця), пошкоджені чи знищені.

Звернемо увагу на окремі специфічні речі, окремі з яких можуть, а інші не можуть бути предметами к.пр. проти власності:

1) електрична і тепла **енергія** – предмет к.пр., передбаченого ст. 188-1 КК, також належить до речей. Визнання електричної і теплової енергії предметом цього діяння ґрунтується, по-перше, на наявності у вказаних видів енергії параметрів, які дозволяють визначати розмір їх споживання, і, по-друге, на розумінні предмета к.пр. як матеріальних (фізичних) утворень, що можуть бути сприйняті за допомогою органів чуття людини або спеціальних технічних засобів. Речами у цивілістиці визнаються у т.ч. різні види енергії, підвладної людині (електричної, теплової тощо).

Проте варто констатувати спірність питання про віднесення електричної енергії до майна як предмета аналізованих к.пр.

У доктрині існує точка зору (її обстоюють, зокрема, Н.О. Антонюк, О.І. Бойцов, В.О. Навроцький), згідно з якою при самовільному безоплатному використанні енергії винний не звертає на свою користь якісь матеріальні об'єкти, не відділяє їх від інших наявних у власника цінностей, а лише використовує властивість енергетичних потужностей виробляти енергію, отримуючи від цього вигоду. Використання корисних властивостей будь-яких предметів не може визнаватись викраденням, оскільки його предметом може бути матеріальна річ у цілому, а не її окремі ознаки (властивості). Споживання енергії означає не вилучення її з фондів, а перетворення енергії з однієї форми в іншу. Приблизники

* Докладніше див.: 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. 72–148.

позиції, згідно з якою енергія є властивістю майна, в обґрунтування своєї позиції, крім всього іншого, вказують на неможливість визначення моменту закінчення викрадення електроенергії. Статтю 188-1 КК інколи характеризують як законодавчу новелу, що є зайвою, кон'юнктурною, безграмотною з точки зору права і природничих наук, такою, що вносить плутанину в усталену систему заборон на вчинення злочинних посягань на власність. Наголошується і на охопленні випадків незаконного споживання електричної або теплової енергії як неуречевленого майна, яке не можна ні вкрасти, ні знищити, ні пошкодити, диспозицією ст. 192 КК*.

Водночас виокремлення кримінально-правової заборони, присвяченої самовільному використанню електричної або теплової енергії (ст. 188-1 КК), вочевидь узгоджується з такою тенденцією розвитку норм про кримінальну відповідальність за майнові злочини у сучасному світі, як формування спеціалізованих заборон там, де застосування традиційних приписів неможливе або недоцільне.

Аналоги ст. 188-1 КК України – норми про відповідальність за незаконне використання (викрадення) енергії – містяться у кримінальному законодавстві, зокрема, Австрії, Латвії, Литви, Молдови, ФРН, Швейцарії, Швеції. У законодавстві деяких держав (наприклад, Італія, Франція) електрична та інші види енергії прівнюються до рухомого майна як предмета викрадення;

2) **газ** – це суміш вуглеводів і неуглеводних компонентів, що за стандартних умов тиску і температури перебуває у газоподібному стані, є різновидом майна, протиправне заволодіння яким на сьогодні, залежно від способу злочинного посягання, повинне розцінюватись, наприклад, як крадіжка (ст. 185), грабіж (ст.186) чи шахрайство (ст. 190 КК). З погляду удосконалення законодавства викликає інтерес пропозиція уніфікувати умови відповідальності за кримінально карані посягання на електричну і теплову енергії та паливний газ з урахуванням спільності ознак (насамперед фізичної), притаманних, з одного боку, паливному газу, а, з іншого, вказаним видам енергії**;

3) **інформація** не є предметом к.пр. проти власності. Це впливає з того, що: інформація є неуречевленою, вона не амортизується, не споживається; інформація здатна до необмеженого дублювання, копіювання, відтворення тощо, що вказує на можливість її багатоадресної передачі; інформація відрізняється від матеріальних носіїв, на яких вона відтворюється***;

* Докладніше див.: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 862–871.

** Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: Монографія. – Харків: Право, 2011. – С. 111–112, 187.

*** Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 115–117.

4) **нерухомому майну** притаманні особливі фізичні та юридичні властивості. Тому його неправомірне придбання можливе в результаті оборнення на користь винного або іншої особи тільки шляхом оформлення права на нерухомість. Знаходження нерухомих речей в одному і тому самому місці, їх унікальність і незамінність, як і володіння ними, з огляду на труднощі, пов'язані з їх оборотоздатністю означає, що жодне речове право на нерухоме майно не може припинитись або виникнути без здійснення особливого публічного акту, дозволяє легко встановити власника нерухомості і поновити його порушені права. Особа, яка неправомірно заволодіває нерухомістю, залишається «прикутою» до місця вчиненого правопорушення. Зі сказаного випливає, що єдино можливими формами злочинного придбання нерухомого майна виступають шахрайство і вимагання*.

Включення до КК ст. 197-1 є підтвердженням тези про те, що незаконно розпорядитись чужою нерухомістю винний може не інакше, як попередньо вступивши публічним шляхом у право власності. Тому перед особою, яка захопила нерухомість, виникає дилема – обмежитися тимчасовим володінням або отримати правомочності власника (зокрема, переоформити відповідні документи на своє ім'я)**.

Пануючий в юридичній літературі підхід полягає у тому, що нерухомість не може бути предметом крадіжки, грабежу або розбою, оскільки сам по собі факт захоплення нерухомості без оформлення права власності на неї не може визнаватися викраденням. До речі, у КК ФРН чітко зафіксовано, що крадіжка (§ 242), привласнення (§ 246) і розбій (§ 249) можуть бути вчинені лише стосовно чужої **рухомої речі**. Це саме можна сказати про крадіжку за ст. 624 КК Італії і ст. 235 КК Іспанії.

Водночас Н.О. Лопашенко, аналізуючи злочини проти власності за російським кримінальним законодавством, де (як і в Україні) право на майно згадується в описанні лише двох злочинів (шахрайства та вимагання), відзначає, що можливі ситуації, коли особа заволодіває нерухомістю шляхом насильства і за обставин, які свідчать не про вимагання, а про розбійний напад (напад є способом заволодіння правом на майно, а не підкріплює погрозу). У таких випадках варто вести мову про розбій, а не про вимагання, хоч застосування норми про розбій є неможливим. Тому пропонується доповнити предмет розбою за рахунок права на майно***. Питання щодо кримінально-правової оцінки

* Бойцов А.И. Вказ. праця. – С. 141–150, 157, 162–163; Клепицкий И.А. Недвижимость как предмет хищения и вымогательства // Государство и право. – 2000. – № 12. – С. 11–19.

** Олійник П.В. Вказ. праця. – С. 85.

*** Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретико-прикладные исследования. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 187.

захоплень нерухомості (відмінної від земельних ділянок) без її переміщення у просторі і без переоформлення права власності на неї залишається відкритим і в Україні.

Повітряні і морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти (на ці об'єкти згідно з ч. 2 ст. 181 ЦК може бути поширено режим нерухомої речі) можуть бути вільно переміщені в просторі, а отже, викрадені.

Викрадення будівельних матеріалів, з яких складається нерухомість, не ставить під сумнів усталене положення про те, що нерухомість не є предметом викрадень. Адже ці матеріали не є нерухомим майном. В результаті розібрання нерухомого майна воно перестає існувати як таке, а компоненти, з яких це майно складалося, стають окремими рухомими речами. У цьому випадку викрадається не нерухомість, а матеріали, що не є нерухомістю^{*}. Вчинене у подібних випадках за наявності підстав має додатково кваліфікуватись як умисне знищення або пошкодження чужого майна.

До речі, у кримінальному праві Франції також звертається увага на те, що значення відомого цивільному праву поділу майна на рухоме і нерухоме не варто перебільшувати: якщо річ може бути відділена від об'єкта нерухомості, вона здатна виступити предметом крадіжки;

5) про **право на майно** як окрему правову категорію поряд із майном йдеться у ст. 189 («Вимагання») і ст. 190 («Шахрайство») КК. Звідси випливає, що у випадку вчинення шахрайства і вимагання посягання може бути спрямоване і проти нерухомого майна, переміщення якого у просторі є неможливим без його знецінення та зміни призначення.

Різні науковці під правом на майно пропонують розуміти або набути в результаті дій потерпілого можливість шахрая чи вимагача користуватися, володіти і розпоряджатися чужим майном, яка підтверджена певним документом (М.І. Мельник), або документ, що засвідчує таке право (А.Ю. Швець). Більш правильною видається позиція дослідників (О.І. Бойцов, І.А. Клепицький, Б.С. Нікіфоров, А.В. Савченко, Ю.Л. Шуляк та ін.), які вважають юридично некоректною тезу про визнання права на майно окремим предметом шахрайства і вимагання, адже у випадку незаконного придбання права на майно предметом вказаних злочинів проти власності є саме майно, а документ є не правом на майно, а лише підтвердженням наявності в особи такого права. З урахуванням того, що цивілістичне розуміння поняття майна включає не лише окремі речі та їх сукупність, а і майнові права та обов'язки (ст. 190 ЦК), традиційне використання у диспозиціях ст. 189 і ст. 190 КК словосполучення «право на майно» навряд чи виправдане;

^{*} Клепицкий И. Недвижимость как предмет хищения и вымогательства // Государство и право. – 2000. – № 12. – С. 12.

б) окремі **документи**, які виконують роль грошового еквівалента і надають майнові права без будь-якого додаткового оформлення (білети грошово-речової лотереї, білети на проїзд транспортом, квитки на відвідування видовищних заходів тощо) визнаються предметом злочинів проти власності, які полягають у вилученні майна з володіння іншої особи. Слід виходити з того, що як предмети к.пр. проти власності речі повинні забезпечувати можливість їх обміну на певний товар (мати мінову вартість), а також бути здатними задовольняти ті чи інші потреби фізичної або юридичної особи, суспільства або держави (мати споживчу вартість).

Предмети ж, які не мають мінової та споживчої вартості (записна книжка, фотографія знайомого, щоденники тощо), хоч і мають цінність для конкретної людини, не виступають предметами к.пр. проти власності. Сказане, однак, не стосується фотографій, щоденників, листів та інших подібних предметів знаменитих людей, які можуть бути предметом купівлі-продажу, виставлятися на аукціонах тощо.

У випадку протиправного заволодіння підробленими грошима, якщо особа усвідомлює, що вона заволодіває саме такими предметами і при цьому не має на меті їх збут, вчинене не містить складу к.пр. – ні проти власності (предмет посягання не має мінової вартості), ні готування до фальшування грошей (немає мети збуту як обов'язкової суб'єктивної ознаки складу к.пр., передбаченого ст. 199 КК);

7) питання про те, чи можуть бути предметом к.пр. проти власності **легітимаційні знаки** – предмети, які посвідчують право на одержання майна (жетон, номерок, довіреність, чек, накладна, квитанція тощо), у теорії кримінального права належить до числа дискусійних. До його вирішення слід підходити диференційовано з урахуванням того, що ці предмети можуть мати мінову та споживчу вартість, а можуть її і не мати. Певна група легітимаційних знаків («на пред'явника») має мінову і споживчу вартість, а також фактично є еквівалентом грошей та активним учасником товарно-грошового обігу (наприклад, картка на придбання пального, в якій зазначено кількість отриманого пального, картка на одержання послуг мобільного зв'язку чи послуг на користування мережею Інтернет, у якій чітко зафіксовано номінальну вартість, на яку можна буде отримати відповідні послуги), і є «повноправними» предметами злочинів проти власності*. Легітимаційні знаки, які не мають споживчої або мінової вартості (жетони, номерки з гардеробу, довіреність на конкретну особу, накладна з вказівкою одержувача тощо), не є предметами к.пр. проти власності, однак виступають засобами вчинення цих к.пр. Заволодіння такими знаками до того

* Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: Навч. посібн. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – С. 138–145.

моменту, поки винна особа не реалізує зафіксовані у них права, у разі встановлення відповідного умислу утворює готування до тих чи інших посягань на власність і підлягає кримінально-правовій оцінці з урахуванням ст. 14 КК;

8) цивільно-правове поняття майна включає і **безготівкові кошти**. Питання про переважно речовий або зобов'язально-правовий характер безготівкових грошей як різновиду майна для вирішення проблем, пов'язаних із кваліфікацією кримінально караних посягань на такі гроші, не є принциповим. Підтримуємо пануючу у літературі позицію, відповідно до якої: кваліфікація посягань на грошові кошти не залежить від форми (готівкової чи безготівкової) існування цих коштів; предметом к.пр. при незаконному списанні сум безготівкових коштів з банківських рахунків є майно, що належить власникам рахунків; незаконне посягання на безготівкові гроші треба розцінювати як заволодіння чужим майном у той чи інший спосіб, визначений у КК.

Вирішуючи питання про кваліфікацію діяння особи за нормами розділу VI Особливої частини КК, слід звертати увагу на те, чи не підпадає вчинене під спеціальні заборони, які містяться в інших розділах Особливої частини КК і присвячені викраденню, привласненню, розтраті, вимаганню, пошкодженню, знищенню тощо специфічного майна. Так, мають кваліфікуватися:

– викрадення виборчого бюлетеня, бюлетеня для голосування на референдумі, виборчого протоколу, протоколу комісії з референдуму, скриньки з бюлетенями – за ст. 158;

– викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв, радіоактивних матеріалів, заволодіння ними шляхом шахрайства – за ст. 262;

– незаконне заволодіння транспортним засобом – за ст. 289.

Натомість у кримінальному законодавстві Австрії, Білорусі, Грузії, Іспанії, Македонії, Норвегії, Польщі, РФ, Словенії, Угорщини неправомірне заволодіння транспортним засобом (його угон) віднесено до злочинів проти власності. (див. з цього приводу також п. 5.5.1 посібника);

– незаконне заволодіння тілом (останками, прахом) померлого, урною з прахом померлого, предметами, що знаходяться в місці поховання, на тілі (останках, прахові) померлого – за ст. 297;

– викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, заволодіння ними шляхом шахрайства – за ст. 308;

– викрадення, привласнення, вимагання офіційних документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання особи своїм службовим становищем, ті самі дії щодо приватних документів, що знаходяться на підприємствах, в установах чи організаціях, вчинені в особистих інтересах, – за ст. 357;

– розтрата майна, на яке накладено арешт або яке описано, особою, якій це майно ввірено, – за ст. 388;

– викрадення на полі бою речей, що знаходяться при вбитих чи поранених (мародерство), – за ст. 432.

За своїм предметом кримінально карані посягання на власність треба відмежовувати від к.пр. проти довкілля (про це йдеться у підрозділі 5.3 посібника).

Однією з ознак майна як предмета к.пр. проти власності є те, що це майно має бути **чужим** для винного. Це – майно, яке не належить винному на праві власності або не перебуває в його законному володінні. Звернемо увагу на такі моменти:

а) таємне заволодіння власним майном, раніше переданим іншій особі, не розцінюється як крадіжка. У цьому випадку власник, хоч і з порушенням встановленого порядку, реалізує одне з належних йому повноважень – право розпоряджатись своїм майном;

б) хоча заволодіння власним майном не порушує право власності, такі дії можуть розцінюватись як готування до шахрайства (у випадку, коли вони мають на меті обманне заволодіння чужим майном під виглядом отримання відшкодування шкоди, заподіяної неповерненням майна) або як самоправство;

в) у випадках інсценування страхового випадку (знищення, викрадення майна тощо) з метою заволодіння сумою страхового відшкодування майно, належне винному, може виступати не предметом, а засобом вчинення к.пр. проти власності;

г) не є чужим майно яке знаходиться у спільній сумісній власності кількох осіб (набуте подружжям за час шлюбу або спільного проживання, 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 у спільній власності, може кваліфікуватися за ст. 356 КК як самоправство*.

Майну як предмету к.пр. проти власності, пов'язаних з його знищенням чи пошкодженням (ст.ст. 194–196 КК), притаманні певні особливості порівняно з майном як предметом викрадення, привласнення, вимагання майна, заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службової особи своїм службовим становищем (ст.ст. 185–187, 189–191). Адже якщо викрадення нерухомого майна є неможливим, то його знищення або пошкодження не виключається.

* Див. також: Шейфер С.А., Клепичкий І.А. Имущественные преступления в семье: материально-правовой и уголовно-процессуальный аспекты // Государство и право. – 2001. – № 6. – С. 50–56.

5.1.1.3. В юридичній літературі зустрічається чимало здійснюваних за різними критеріями **класифікацій** злочинів проти власності. Так, злочини проти власності поділяються:

– за особливостями предмета – на злочини, предметом яких є об'єкти речового права, і злочини, предметом яких може бути будь-яке майно (в тому числі майнові права та об'єкти цивільних прав);

– за ознаками об'єктивної сторони – на викрадення і злочини, які не є викраденнями;

– за формами вини – на умисні і необережні діяння;

– за мотивами – на корисливі і некорисливі посягання;

– за суб'єктом – на злочини із загальним суб'єктом і злочини зі спеціальним суб'єктом;

– за фактом заволодіння майном – злочини, які полягають у незаконному заволодінні чужим майном, і злочини, не пов'язані з таким заволодінням.

У цьому посібнику к.пр. проти власності пропонується поділяти на такі види:

1) корисливі к.пр., пов'язані з оберненням чужого майна на свою користь чи користь інших осіб: крадіжка (ст. 185); грабіж (ст. 186); розбій (ст. 187); викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання (ст. 188-1); вимагання (ст. 189); шахрайство (ст. 190); привласнення і розтрата, вчинені особою, якій майно ввірене чи перебуває в її віданні (ч. 1 ст. 191); привласнення, розтрата, заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем (ч. 2 ст. 191). Ці к.пр., як це впливає із наведених вище статистичних даних, утворюють абсолютну більшість вчинюваних на сьогодні кримінально караних посягань на власність. До 2001 р. вони в теорії і на практиці зазвичай іменувались розкраданнями*;

2) інші корисливі к.пр. проти власності: заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою (ст. 192); незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося в неї (ст. 193);

3) некорисливі к.пр. проти власності: умисне знищення або пошкодження майна (ст. 194); умисне пошкодження об'єктів електроенергетики (ст. 194-1); погроза знищення майна (ст. 195); необережне знищення або пошкодження майна (ст. 196); порушення обов'язків щодо охорони майна (ст. 197); самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво (ст. 197-1).

Наведена класифікація може бути піддана критиці як така, що одночасно проведена за кількома критеріями, однак вона, на нашу думку,

* До речі, визначення розкрадання містять КК Білорусі (примітка 1 до глави 24) і КК РФ (примітка 1 до ст. 158).

є досить зручною для сприйняття матеріалу. У цьому саме підрозділі посібника аналізуються і к.пр. проти інтелектуальної власності та кримінально карані дії з майном, одержаним незаконним шляхом.

5.1.2. Корисливі кримінальні правопорушення, пов'язані з оборненням чужого майна на свою користь чи користь інших осіб

5.1.2.1. **Крадіжка** (ст. 185 КК). З об'єктивної сторони крадіжка – це таємне викрадення чужого майна. Таке визначення властиве кримінальному законодавству лише держав СНД. Законодавству переважно більшості держав романо-германської правової сім'ї невідоме і поняття грабежу: в більшості цих держав ненасильницький грабіж охоплюється поняттям «крадіжка», а всі види насильницького викрадення охоплюються поняттями «розбій», «грабіж» тощо.

Наприклад, за КК Естонії, Латвії і Литви викрадення чужого рухомого майна, поєднане з фізичним насильством чи погрозою його застосування, незалежно від того, чи є таке насильство небезпечним, розцінюється як розбій. А КК Бельгії взагалі обходить лише поняттям крадіжки, виділяючи, щоправда, такий її різновид, як крадіжка, вчинена із застосуванням насильства чи погроз.*

Таємність як спосіб вчинення крадіжки, караної за ст. 185 КК, традиційно характеризується за допомогою двох критеріїв – об'єктивного та суб'єктивного. Перший стосується зовнішньої обстановки вчиненого – викрадення вважається таємним, коли заволодіння майном відбувається:

- 1) за відсутності будь-яких осіб – власників, очевидців, осіб, у володінні чи під охороною яких знаходиться майно;
- 2) у присутності інших осіб, у т.ч. власників і осіб, у володінні чи під охороною яких знаходиться майно, але непомітно для них (наприклад, кишенькова крадіжка). Принагідно зауважимо, що в Україні заслуговує на запозичення втілений у ст. 192 КК Молдови підхід, згідно з яким кишенькова крадіжка незалежно від вартості викраденого майна визнається окремим видом злочину зі своїми обтяжуючими обставинами;
- 3) у присутності інших осіб, які у зв'язку з фізичними чи психічними особливостями (малолітній вік, психічна хвороба, стан сп'яніння, перебування у стані гіпнозу тощо) були нездатні дати належну правову оцінку заволодінню майном;

* Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – С. 724; Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 195, 199, 200, 214.

4) у присутності інших осіб, на потурання з боку яких винний розраховує з тих чи інших підстав (дружні стосунки, усталена хибна практика на конкретному підприємстві тощо). Якщо сподівання винного на неперешкоджання його діям з боку інших осіб не виправдались, крадіжка трансформується у грабіж або розбій;

5) у присутності інших осіб, які переконані у правомірності дій винного.

Так, ні пасажери, які перебували у залі очікування Південного залізничного вокзалу у Полтаві, ні працівники вокзалу не засумнівалися у тому, що двоє молодих хлопців, одягнених у фірмовий робочий одяг працівників сервісного центру «Самсунг», виконують свої виробничі обов'язки, коли вони на виду у всіх демонтували і намагались вивезти із приміщення вокзалу 4 плазмових телевізорів.*

Суб'єктивний критерій таємності як способу крадіжки означає прагнення винного діяти непоміченим з боку інших осіб, таким чином, щоб не зустріти будь-якого опору. Суб'єктивний критерій вважається визначальним при вирішенні питання про таємність чи відкритість викрадення чужого майна. Крадіжка – це викрадення, здійснюючи яке винна особа вважає, що робить це непомітно для потерпілого чи інших осіб, які спроможні усвідомлювати факт викрадення. За таких обставин вчинене винною особою не виходить за межі складу к.пр. «крадіжка». Викрадення треба кваліфікувати як крадіжку не лише тоді, коли воно здійснюється у відсутності потерпілого чи інших осіб, а й тоді, коли воно відбувається в їх присутності за умови, що винна особа не знає про це чи вважає, що робить це непомітно для них.

5.1.2.2. Крадіжку слід відмежовувати від суміжних к.пр. Так:

– на відміну від крадіжки, грабіж (ст. 186 КК) за способом** його вчинення – це не таємне, а відкрите викрадення чужого майна у присутності потерпілого або інших осіб, які усвідомлюють протиправний характер дій винної особи, яка, у свою чергу, усвідомлює, що її дії помічені і оцінюються як викрадення. При грабежі винний прагне діяти відкрито, ігноруючи можливий опір з боку потерпілого та інших сторонніх осіб. При цьому не має значення, чи вживали вказані особи заходів для того, щоб покласти край викраденню. Останнє при грабежі вчинюється заздалегідь очевидно, помітно для інших осіб, і така відкритість підвищує (порівняно з крадіжкою) суспільну небезпеку викрадення. Навіть якщо

* Студенти... «на заробітках» // Урядовий кур'єр. – 2007. – № 219.

** Інший підхід полягає у тому, що визначальним при вирішенні питання про таємність чи відкритість викрадення є не об'єктивні (зовнішні) характеристики злочинного діяння, в тому числі його спосіб, а суб'єктивне сприйняття винним факту заволодіння чужим майном у момент його вилучення (див.: Бурдін В.М. Стадії вчинення злочину (кримінально-правове дослідження): Монографія. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2013. – С. 112–117).

винний помилково вважає, що його дії помічені сторонніми особами та оцінюються ними як викрадення, а фактично цього немає, вчинене за спрямованістю умислу винного слід кваліфікувати не як крадіжку, а як замах на ненасильницький грабіж;

– якщо фізичне насильство, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, застосоване до останнього для того, щоб відволікти його увагу і непомітно заволодіти майном потерпілого, вчинене має розцінюватись не як насильницький грабіж, а як крадіжка і водночас як відповідне к.пр. проти здоров'я особи. Якщо у розглядуваній ситуації застосовується небезпечне для життя чи здоров'я насильство, то усі вчинені дії охоплюються поняттям розбій*;

– дії, розпочаті як крадіжка, але виявлені потерпілим чи іншими особами і, незважаючи на це, продовжені винною особою з метою заволодіння майном або його утримання, потрібно кваліфікувати як грабіж, а у випадку застосування насильства чи висловлювання погроз його застосування – залежно від характеру насильства чи погроз – як грабіж чи розбій. Йдеться, таким чином, про «переростання» крадіжки у більш небезпечне посягання на власність. Кваліфікація за ст. 186 або ст. 187 КК тих дій, які розпочинались як таємні, буде правильною за наявності двох умов: а) винний не дістав поки що можливості розпоряджатись майном чи користуватись ним на свій розсуд, тобто крадіжка є незакінченою; б) метою продовження дій, зокрема застосування насильства чи погроз, виступає не прагнення втекти й уникнути відповідальності за вчинене, а заволодіння майном чи його утримання. Вирішуючи питання, чи здобув винний у крадіжці реальну можливість розпоряджатись чи користуватись викраденим майном, слід враховувати у т.ч. обстановку вчинення к.пр., яка включає, зокрема, місце знаходження майна, спосіб його охорони чи контролю за ним, а так само властивості майна, що викрадається**.

Цікаво, що в деяких державах проблема кримінально-правової оцінки переростання менш небезпечного посягання на власність у більш небезпечне вирішується не шляхом тлумачення КК, як в Україні, а в законодавчому порядку. Так, у ст. 628 КК Італії, яка встановлює відповідальність за пограбування, йдеться про те, що кожен, хто з корисливою метою заволодіває шляхом насильства чи погроз чужим рухомим майном, викрадаючи його у володільця, карається позбавленням волі на строк від 3 до 10 років і штрафом; такому самому покаранню підлягає той, хто використовує насильство чи погрозу відразу після викрадення для забезпечення володіння викраденими речами або для забезпечення безкарності себе чи інших осіб. Відповідно до § 252 КК

* Щепельков В. Хищение с применением насилия: всегда ли это разбой или грабеж? // Уголовное право. – 2013. – № 3. – С. 49–50.

** З приводу переростання крадіжки в грабіж чи розбій, грабежу в розбій див. також: Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: Навч. посібн. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – С. 219–223.

ФРН (назва параграфу – «Розбійна крадіжка») карається особа, яка, будучи захопленою на місці крадіжки, застосовує насильство чи погрожує негайною небезпекою для життя і здоров'я потерпілого, щоб залишити вкрадену річ у своєму володінні;

– на відміну від крадіжки, привласнення чужого майна як одна з форм к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 191 КК, може бути вчинено лише особою, якій воно було ввірене чи перебувало в її віданні, і тільки шляхом утримання (неповернення) такого майна. Заволодіння чужим майном, вчинене особою, яка не була наділена певною правомочністю щодо викраденого майна, а з огляду на виконувані професійні функції мала лише фізичний доступ до цього майна, слід розцінювати як крадіжку. Так, не за ст. 191, а за ст. 185 КК потрібно кваліфікувати дії охоронців, сторожів і стрільців воєнізованої охорони, підсобних робітників і вантажників, робітників, які отримують сировину, матеріали та інструмент для виготовлення продукції, працівників транспорту, які займаються перевезенням матеріальних цінностей без одночасного виконання функцій експедитора.

5.1.2.3. **Розбій** (ст. 187 КК). Законодавче визначення розбою дозволяє виокремити три ознаки цього к.пр.: 1) напад; 2) мета – заволодіння чужим майном; 3) застосування насильства, небезпечного для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства. При цьому фізичне або психічне насильство виступає способом заволодіння майном (чи його утримання), зумовлює перехід майна до винної особи. Для розбою притаманною є внутрішня єдність трьох зазначених ознак. Тому ситуації, в яких мета заволодіння майном виникає у винного вже після застосування ним небезпечного насильства з інших причин (наприклад, у зв'язку з хуліганськими спонуканнями або внаслідок особистої неприязні), диспозицією ст. 187 КК не охоплюються.

Так, якщо винний з помсти завдасть потерпілому тілесні ушкодження, в результаті яких останній втратить свідомість, і, користуючись цією обставиною, таємно викраде у нього майно, вчинене слід кваліфікувати не як розбій, а за сукупністю к.пр., передбачених ст.ст. 121 (122), 185 КК. Не може кваліфікуватись як розбій і застосування насильства, небезпечного для життя чи здоров'я особи, з метою ухилитись від затримання, уникнути відповідальності за вже закінчену крадіжку або грабіж.

Напад при вчиненні розбою характеризується раптовістю, несподіваністю для потерпілого, короткочасністю й агресивністю. Він може бути відкритим (і потерпілий чи інші особи усвідомлюють це) або таємним (зокрема, постріл із засідки чи напад на людину, яка спить).

Під насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, слід розуміти заподіяння їй легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я чи незначну втрату працездатності, або середньої тяжкості, або тяжкого тілесного ушкодження.

Складом к.пр., передбаченого ст. 187 КК, не охоплюються:

– необережне заподіяння смерті. Заподіяння потерпілому під час розбою смерті з необережності слід кваліфікувати за відповідною частиною ст. 187 і ст. 119 КК;

– умисне вбивство. У випадках, коли з метою заволодіння чужим майном особа вчиняє його, правильною буде кваліфікація за відповідною нормою ст. 115 (як правило, за п. 6 ч. 2 ст. 115) і тією частиною ст. 187 КК, яка передбачає відповідний вид розбою;

– замах на вбивство. Якщо такий замах вчинено під час нападу з метою заволодіння чужим майном, вчинене слід кваліфікувати за сукупністю к.пр., передбачених частинами 2 або 3 ст. 15, ст. 115 і відповідною частиною ст. 187 КК.

За способом вчинення протиправних дій до небезпечного фізичного насильства як ознаки розбою належать насильницькі дії, які не призвели до наслідків у вигляді відповідних тілесних ушкоджень, але були небезпечними для життя чи здоров'я людини в момент їх вчинення (наприклад, задушення шиї, застосування електроструму, зброї, наїзд транспортним засобом, тривалі занурювання голови потерпілого у воду, скидання з висоти, виштовхування з вагону потягу чи автомобіля, що рухається).

Психічне насильство як ознака розбою полягає в погрозі негайно застосувати фізичне насильство, небезпечне для життя чи здоров'я потерпілого. Йдеться про погрозу: заподіяти легке тілесне ушкодження, що спричинить короточасний розлад здоров'я чи незначну втрату працездатності, або середньої тяжкості, або тяжке тілесне ушкодження; вчинити інші насильницькі дії, які є небезпечними для життя чи здоров'я потерпілого в момент їх вчинення; вчинити вбивство (цей вид психічного насильства охоплюється диспозицією ст. 187 і додаткової кваліфікації за ст. 129 КК не потребує).

Способи доведення погрози до потерпілого при розбої можуть бути різними – слова, жести, міміка, демонстрація зброї тощо. Погроза застосувати небезпечне фізичне насильство повинна бути безпосередньою і очевидною, тобто у потерпілої особи повинне складатися враження, що якщо вона буде пручатися нападникові, не виконає його вимог, ця погроза буде негайно реалізована. Головним критерієм реальності погрози є суб'єктивне сприйняття потерпілого. Особа ж, яка вчинює розбій, з різних причин може планувати фактичне незастосування фізичного насильства (не здатна подолати певний психологічний бар'єр, не виносить вигляду крові тощо).

У судовій практиці і теорії кримінального права визнається, що погроза вогнепальною і холодною зброєю, предметами, які мають колючий, колючо-ріжучий, ріжучий або рублячий ефект, проте не є зброєю, – це погроза застосувати насильство, небезпечне для здоров'я чи життя особи. Адже потерпілий усвідомлює, що за допомогою таких знарядь йому може бути заподіяна фізична шкода будь-якої тяжкості.

Скасовуючи ухвалу апеляційного суду Кіровоградської області, якою дії Р. і О. були перекваліфіковані з ч. 3 ст. 187 на ч. 1 ст. 15, ч. 3 ст. 186 КК, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС у своїй ухвалі, зокрема, зазначила: Р. і О., йдучи до будинку потерпілої К. з метою заволодіння її майном, взяли з собою гідравлічний шланг від трактора, який на кінцях мав металеві наконечники 7,5 см завдовжки, якими вони мали намір завдати потерпілій удари по голові, щоб здолати її опір. Крім цього, під час вчинення злочину О. душив К. за горло. Цим обставинам, які можуть свідчити про застосування засудженими насильства, небезпечного для життя і здоров'я потерпілої, апеляційний суд належної оцінки не дав.*

Трапляються випадки, коли злочинець погрожує потерпілому застосуванням предметів, які завідомо для нього не можуть бути використані для реалізації заявленої погрози (макет зброї, зіпсована чи незаряджена зброя, іграшка, дуже схожа на відповідний оригінал зброї, тощо). Якщо в конкретній ситуації потерпілий вважає, що предмет становить небезпеку для його життя чи здоров'я, тобто фіктивна погроза сприймається потерпілим як реальна, вчинене потрібно розцінювати як розбій, а якщо потерпілий усвідомлює справжній характер предмета, яким погрожує винний, – як грабіж.

*П. і Б., побачивши незнайому А., вирішили заволодіти її майном. Діючи згідно з розподілом ролей, П. ззаду приставив до шиї А. невстановлений предмет, який вона сприйняла як ніж, і під погрозою застосуванням насильства, небезпечного для її життя та здоров'я, наказав віддати цінні речі. Водночас Б. у напрямі тулуба А. наставив невстановлений предмет, який вона також сприйняла як ніж, і пригрозив застосуванням насильства, небезпечного для життя і здоров'я потерпілої. Сприймаючи погрозу як реальну, А. віддала належне їй майно на загальну суму 3 тис. 259 грн., з яким П. і Б. зникли з місця події. Шевченківський районний суд м. Києва засудив П. і Б. за ч. 2 ст. 187 КК. Правильність такої кваліфікації дій засуджених підтвердила колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС, відмовивши у задоволенні заяви захисника П., який вважав, що вчинені дії треба кваліфікувати за ч. 2 ст. 186 КК**.*

Потерпіла особа може втратити свідомість внаслідок того, що винний, маючи на меті заволодіти її майном, застосовує щодо неї певні речовини або засоби (наприклад, клофелін у поєднанні з міцними спиртними напоями). У п. 10 постанови ПВС від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» з цього приводу роз'яснюється, що застосування до потерпілого без його згоди наркотичних засобів, психотропних, отруйних чи сильнодіючих речовин (газів) з метою заволодіння його майном потрібно розглядати як насильство і залежно від того, чи було воно небезпечним для життя або здоров'я, кваліфікувати такі дії за відповідними частинами ст. 186 або ст. 187 КК.

* Рішення Верховного Суду України. – 2005. – Вип. 1. – С. 101–102.

** Вісник Верховного Суду України. – 2013. – № 8. – С. 11–14.

Отже, кваліфікація вчиненого у подібних ситуаціях визначається двома моментами: 1) вживання засобів (речовин), що викликало безпорадний стан потерпілого, є добровільним, або потерпілий вжив їх під впливом обману чи внаслідок застосування насильства (тобто без згоди); 2) небезпечність впливу на організм людини певних засобів (речовин) – для з'ясування цього потрібно проводити судово-медичну експертизу.

Таємне чи обманне введення наркотичних, психотропних чи інших подібних речовин не можна вважати добровільним. Адже обов'язковою ознакою добровільності є усвідомлення всіх важливих обставин (скажімо, про якість і характер вживаної речовини). Фактично винний застосовує обман чи таємно вводить одурманюючі, наркотичні і подібного типу речовини, щоб здолати супротив потерпілого, нівелювати його реальні побажання*.

Стосовно питання кримінально-правової оцінки випадків «відключення» свідомості особи за допомогою різних засобів (речовин) із метою заволодіння чужим майном більшість українських і російських дослідників поділяє позицію, яка знайшла відображення в п. 10 постанови ПВС від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» і п. 23 постанови ПВС РФ від 27 грудня 2002 р. «Про судову практику у справах про крадіжку, грабжі і розбій».

Цю позицію можна обґрунтувати за допомогою таких аргументів: 1) вирішальну роль відіграє не стільки спосіб заволодіння майном (таємний чи відкритий), скільки відсутність або наявність фізичного насильства, а поняттям останнього охоплюється і протиправний вплив на внутрішні органи людини; 2) напад як ознака розбою самостійного значення не має і знаходить своє втілення у фізичному або психічному насильстві (поза насильством напад втрачає кримінально-правове значення, оскільки не здатен виступити засобом заволодіння чужим майном); 3) обманне введення в організм потерпілого різних засобів (речовин) – це дії, які за своїм характером нічим не відрізняються від так званих таємних нападів при розбої**.

Водночас у літературі зустрічається точка зору, згідно з якою викладений підхід не ґрунтується на тексті кримінального закону про відповідальність за розбій, який виокремлює таку відмінну від насильства ознаку складу цього к.п.р., як напад. Стверджується, що дії винного, який, скориставшись станом «відключення» свідомості потерпілого, таємно заволодіває його майном, необхідно розцінювати як крадіжку,

* Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: Навч. посібн. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – С. 209.

** Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 939; Хилота В. Использование веществ в качестве средства завладения имуществом // http://www.eurasialegal.info/index.php?option=com_content&view=article&id=1909:2013-03-06-09-39-10&catid=38:2010-12-22-07-41-07&Itemid=1

а у випадку результативного (шкідливого) впливу на організм людини – додатково як відповідний злочин проти життя і здоров'я особи. Кваліфікація вчиненого у випадку застосування наркотичних та інших подібних засобів (речовин) як розбою або насильницького грабежу вважається правильною лише за умови вживання цих засобів (речовин) під впливом фізичного або психічного примусу.

З тим, щоб вирішити показану проблему, варто виключити із законодавчого визначення розбою вказівку на ознаку нападу*.

5.1.2.4. **Насильницький грабіж** слід відмежовувати від розбою за таким ознаками, як:

– момент закінчення. Якщо грабіж як к.пр. з матеріальним складом є закінченим з того моменту, коли винна особа вилучила майно і дістала можливість розпоряджатися чи користуватися ним (заховати, передати іншим особам тощо), то діяння, передбачене ст. 187 КК, є к.пр. із так званим усіченим складом і вважається закінченим з моменту нападу, поєданого із застосуванням насильства, небезпечного для життя чи здоров'я особи, або з погрозою застосуванням такого насильства, незалежно від того, чи заволоділа винна особа майном потерпілого.

Для порівняння: караний за § 249 КК ФРН розбій вважається закінченим не з моменту нападу, а з моменту вилучення чужої рухомої речі з наміром привласнити її собі або передати на користь третьої особи; так само вирішується питання про момент закінчення розбою у §§ 142 і 143 КК Австрії;

– спосіб учинення. Грабіж, з огляду на пряму вказівку законодавця, – завжди відкрите посягання на власність, а напад при розбої, як вже зазначалось, може бути і таємним (йдеться про випадки, коли потерпіла особа внаслідок раптовості і стрімкості агресивних дій нападника не встигає сприйняти факт застосування щодо себе небезпечного насильства);

– характер та інтенсивність фізичного і психічного насильства як способу заволодіння майном або його утримання. При насильницькому грабежі винний застосовує насильство, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або погрожує застосуванням такого насильства, а при розбої винний застосовує насильство, яке є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або погрожує застосуванням такого насильства.

Вироком Ленінського районного суду м. Запоріжжя, залишеним без змін апеляційним судом Запорізької області, У. і С. були засуджені, зокрема, за ч. 2 ст. 186 КК. Один із потерпілих, М., у касаційній скарзі порушив питання про

* Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 468; Дітріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 3, 8–9, 12; Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: Навч. посібн. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – С. 215; Энциклопедия уголовного права. – Т. 18: Преступления против собственности. – СПб., 2011. – С. 589–590.

скасування судових рішень у зв'язку з неправильною кваліфікацією дій засуджених, які, на його думку, вчинили злочин, передбачений ч. 2 ст. 187 КК. Відмовляючи у задоволенні цієї скарги, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС у своїй ухвалі зазначила, що у потерпілого М. відповідно до висновку судово-медичної експертизи виявлені легкі тілесні ушкодження, однак немає даних про те, що ці ушкодження спричинили короточасний розлад здоров'я. Суди першої та апеляційної інстанцій правильно визнали, що, ударивши М. по голові кулаком, в якому був невеликий металевий предмет, і ногою в груди, засуджені застосували насильство, що за своїм характером не може бути визнане небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, тобто вчинили не розбій, а грабїж.*

У випадках, коли погроза застосуванням насильства має невизначений характер, питання про кваліфікацію вчиненого як насильницького грабежу чи розбою слід вирішувати виходячи зі спрямованості умислу винної особи та суб'єктивного сприйняття погрози потерпілим. Слід брати до уваги й інші обставини: місце, час та обстановку вчинення к.пр.; кількість осіб, які вчиняли посягання; характер предмету (предметів), якими погрожував винний; зміст і характер дій винного, які свідчили про намір застосувати фізичне насильство, тощо. У подібних ситуаціях значення суб'єктивного сприйняття погрози потерпілим не варто переоцінювати через те, що в силу різних обставин таке сприйняття може бути неадекватним реальному змісту заявленої погрози (короткочасно людина не помічає зброї, якою їй погрожує злочинець; одна і та сама погроза фізичного насильства по-різному сприймається людьми, які мають різний рівень фізичної підготовки, тощо).

Якщо зміст неконкретизованої погрози встановити неможливо, то вчинене слід кваліфікувати як насильницький грабїж або замах на нього (залежно від того, чи дістав винний можливість розпоряджатися чи користуватися чужим майном). Кваліфікація має бути саме такою, оскільки в іншому разі (при кваліфікації вчиненого як розбою) ігноруватиметься принцип суб'єктивного інкримінування, а винний безпідставно буде притягнений до відповідальності за вчинення більш небезпечного к.пр.

5.1.2.5. Розбій слід відмежовувати від **вимагання** (ст. 189 КК) за такими ознаками, як:

– предмет посягання. Предметом вимагання може бути не тільки майно, яке на момент посягання знаходиться у потерпілого, а і майно, яке перебуває в цей момент у володінні винного (одержане ним у борг, на зберігання, для ремонту тощо). Натомість шляхом вчинення розбою заволодіти чужим майном, якщо воно на момент посягання вже

* Рішення Верховного Суду України. – 2005. – Вип. 2. – С. 108–110.

знаходиться у винного, неможливо. Крім того, предметом вимагання може бути майно, якого у потерпілого на момент висунення вимоги про його передачу немає – його надходження лише передбачається; таке розширення предмета для розбою не притаманне. Якщо погроза застосуванням небезпечного насильства або таке фізичне насильство були застосовані з метою заволодіння майном потерпілого в момент нападу, але у зв'язку з відсутністю майна вимога про передачу останнього перенесена винним на майбутнє, його дії треба кваліфікувати за сукупністю к.пр. – як розбій і вимагання;

– призначення насильства. При вчиненні розбою небезпечне фізичне насильство або погроза його застосуванням спрямовані на заволодіння майном у момент їх застосування. Дії, що полягають у застосуванні вказаного насильства або в погрозі його застосування, спрямовані на одержання майна в майбутньому, а також вимогу передати майно, поєднану з погрозою застосувати небезпечне насильство до потерпілого або до близьких йому осіб у майбутньому, слід розцінювати не як розбій, а як вимагання*.

Основними розмежувальними ознаками вимагання, з одного боку, і грабежу і розбою, з іншого, є те, що: 1) вимога передати майно у розбій і грабежі характеризується ознакою негайності, а у вимаганні вимога звернута у майбутнє; 2) у вимаганні винний погрожує застосувати насильство до потерпілого чи його близьких у майбутньому, у грабежі чи розбій – негайно. Такі ознаки вимагання, грабежу і розбою, як предмет посягання, потерпілий, зміст погрози (фізичним насильством чи погрозою іншого змісту), момент закінчення посягання, обсяг погрози, виступають допоміжними розмежувальними ознаками**.

Щодо співвідношення розбою і бандитизму, то напад з метою заволодіння майном, вчинений бандою, за загальним правилом кваліфікується лише як бандитизм за ст. 257 КК. Додаткову правову оцінку розбій повинен одержувати у разі вчинення його членами банди поза їхніми нападами, і коли бандою вчинено такий вид розбою, за який законом встановлено більш сувору відповідальність, ніж за бандитизм. Виходячи із санкцій ст. 257 і ст. 187 зазначені злочини утворюють сукупність у випадку вчинення бандою кваліфікованих видів розбою (спрямованого на заволодіння майном у великих чи особливо великих розмірах або поєднаного із заподіянням тяжких тілесних ушкоджень), передбачених ч. 4 ст. 187 КК***.

* Подібним чином треба розмежовувати грабїж і вимагання.

** Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: Навч. посібн. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – С. 229.

*** Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 521; Головін Б. Відмежування розбою, вчиненого організованою групою, і бандитизму // Вісник прокуратури. – 2006. – № 8. – С. 54–61.

5.1.2.6. **Шахрайство** у ст. 190 КК визначається як заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою.

Подібним чином, проте більш конкретизовано описано шахрайство у ст. 313-1 КК Франції: шахрайство полягає у введенні в оману шляхом використання хибного імені чи хибного статусу, або зловживання дійсним статусом, або використання обманних прийомів будь-якої фізичної або юридичної особи та схильні її до того, щоб вона на шкоду собі або третім особам передала будь-яке майно, надала послуги або вчинила правочин, що тягне виникнення зобов'язань або звільнення від них. На відміну від КК 1810 р., у чинному КК Франції не наведено вичерпного переліку обманних прийомів при шахрайстві.

Широко розуміє шахрайство і німецький законодавець. Відповідно до § 263 КК ФРН карається той, хто з наміром отримати для себе або іншої особи протиправну майнову вигоду заподіює шкоду майну іншого шляхом введення його в оману або підтримання у нього омани, видаючи неправдиві факти за істинні або перекручуючи, або змінюючи істинні факти.

Особливістю шахрайства є те, що потерпілий (власник; особа, якій ввірене чи під охороною якої перебуває майно; особа, яка має доступ до майна), воля якого сфальсифікована обманом чи зловживанням довірою, бере безпосередню участь у передачі майна чи права на нього. Потерпілий переконаний, що розпоряджається майном за власною волею, у своїх інтересах (якщо потерпілий – власник майна), інтересах власника (якщо потерпілий – особа, якій ввірене чи під охороною якої перебуває майно або особа, яка має доступ до майна) або принаймні не на шкоду цим інтересам. Для кваліфікації вчиненого як шахрайства не має значення рівень витонченості обману, ступінь обачності або, навпаки, легковажності потерпілого. Важливо лише, щоб у конкретній ситуації потерпілий не усвідомлював факт застосування щодо нього обману (зловживання довірою), щоб обманні дії винного були ефективними в аспекті успішного заволодіння чужим майном (правом на нього). Таким чином, обов'язковою ознакою шахрайства є добровільність передачі майна чи права на нього.

Диспозицією ст. 190 КК охоплюються також випадки обманного заволодіння чужим нерухомим майном (правом на нього) і без участі потерпілого*. Адже визначення шахрайства у КК нічого не говорить про поведінку потерпілого.

Наприклад, при так званому рейдерстві винний з метою протиправного і безоплатного заволодіння чужим майном може вводити в оману не самого потерпілого, а інших осіб та органи влади (зокрема, суд), представляючи в судовому засіданні у цивільній справі сфальсифіковані докази. При цьому в ролі іншої сторони у цивільній справі за підробленими документами може

* Емельянов М.В. Кримінально-правова характеристика шахрайства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – С. 10–11, 14.

виступати підставна особа, а не справжній відповідач чи його представник. Суд, будучи введеним в оману, може ухвалити рішення про обернення майна потерпілого на користь винного.

В абз. 2 п. 17 постанови ПВС від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» роз'яснюється, що обман чи зловживання довірою при шахрайстві застосовуються винною особою з метою викликати у потерпілого впевненість у вигідності чи обов'язковості передачі їй майна або права на нього. Така теорія «вигідності або обов'язковості» не лише суперечить букві кримінального закону, а й не дозволяє визнавати шахрайством випадки «вимагання» майна під виглядом збирання благодійної допомоги, добровільних внесків, пожертвувань, подарунків тощо. Неприйнятність такої позиції свого часу була переконливо доведена Б.С. Нікіфоровим*. Показово, що у відповідному узагальненні ВС при розкритті суті обману і зловживання довірою цілком обґрунтовано не вказується на те, що у такий спосіб винний у шахрайстві викликає у потерпілого впевненість у вигідності чи обов'язковості передачі йому майна або права на майно. Натомість тут правильно говориться про те, що обман і зловживання довірою використовується винним з метою заволодіння чужим майном (правами на нього)**.

Якщо ст. 190 КК є універсальною нормою, яка охоплює випадки і побутового, і економічного шахрайства, то законодавець деяких держав, рухаючись шляхом конструювання казуїстичних кримінально-правових заборон, виокремлює різновиди шахрайства у певних сферах.

Наприклад, у КК РФ, крім загальної норми – ст. 159 («Шахрайство»), містяться ст.ст. 159-1–159-6, що передбачають відповідальність за шахрайство: у сфері кредитування; пов'язане з отриманням соціальних виплат; з використанням платіжних карт; у сфері страхування; у сфері підприємницької діяльності; у сфері комп'ютерної інформації. КК ФРН, крім загального визначення шахрайства (§ 263), виділяє шахрайство: комп'ютерне (§ 263a); при отриманні субсидії (§ 264); інвестиційне (§ 264a); як страхові зловживання (§ 265); при отриманні послуг (§ 265a); кредитне (§ 265b); з чеками і кредитними картами (§ 266b). КК Італії, крім всього іншого, передбачає караність таких видів шахрайства, як комп'ютерне, страхове і в еміграційній сфері (ст.ст. 640ter, 642, 645). У Пенітенціарному кодексі Естонії поряд зі звичайним шахрайством йдеться про шахрайство при одержанні пільг (ст. 210), інвестиційне (ст. 211), страхове (ст. 212) і комп'ютерне (ст. 213). Виокремлює норму про страхове шахрайство і КК Латвії (ст. 178). У § 151 КК Австрії йдеться про зловживання, пов'язані зі страхуванням, у ст. 147 КК Албанії – про шахрайство, пов'язане з творами мистецтва і культури. КК Франції відоме поняття аукціонного шахрайства (ст. 313-6).

* Никифоров Б.С. Борьба с мошенническими посягательствами на социалистическую и личную собственность по советскому уголовному праву. – М.: Изд-во АН СССР, 1952. – С. 121–123.

** Практика розгляду судами справ про злочини проти власності // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 2. – С. 23.

Щодо України, то обманні дії, пов'язані з імітуванням настання страхових випадків і спрямовані на незаконне повернення на користь винних осіб страхових сум, мають кваліфікуватись за ст. 190 як шахрайство з посиланням у разі необхідності на ст. 14 чи ст. 15 КК.

Способами вчинення шахрайства згідно зі ст. 190 КК є: 1) обман; 2) зловживання довірою.

Обман – це повідомлення неправдивої інформації або приховування тієї інформації, яка мала бути повідомлена, з метою заволодіння чужим майном чи набуття права на майно. Обман може бути вчинено шляхом як активної поведінки винного (вчинення будь-яких дій щодо повідомлення неправдивої інформації або приховування певної інформації), так і пасивної (неповідомлення потерпілому тієї інформації, яка мала бути йому повідомлена). Наприклад: від боржника за аліментним зобов'язанням приховується факт смерті дитини, на утримання якої сплачувались аліменти; родичі пенсіонера, не повідомивши про його смерть органу соціального захисту населення, продовжують отримувати за нього пенсію.

Обман може набувати вигляду вчинення так званих конклюдентних дій. Йдеться, зокрема, про споживання продуктів харчування з демонстрацією готовності сплатити за них, надання фальсифікованого товару або предмета правочину (скажімо, продаж музею підробленої «цінної» картини), використання різноманітних обманних прийомів при розрахунках за товари і послуги, використання форменого одягу особою, яка не має права його носити (злочинці під виглядом обшуку вилучають у потерпілого матеріальні цінності як «речові докази»).

Якщо особа заволодіває чужим майном, свідомо скориставшись чужою помилкою, виникненню якої вона не сприяла, вчинене не може визнаватися шахрайством. За певних обставин (у разі, якщо таке майно має особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність) такі дії можуть бути кваліфіковані за ст. 193 КК.

Зловживання довірою як спосіб шахрайства характеризується наявністю довірчих відносин, які склались з тих чи інших підстав між винною особою та потерпілим і які недобросовісно використовуються винним для заволодіння чужим майном (правом на нього). Довірчі стосунки між людьми можуть виникати внаслідок фактичних або юридичних обставин – особистого знайомства, родинних або дружніх зв'язків, рекомендацій інших осіб, зовнішньої обстановки, цивільно-правових або трудових відносин тощо. Типовими прикладами вчинення шахрайства шляхом зловживання довірою потерпілого є отримання шахраєм: кредитних коштів чи речей у користування без наміру їх повертати; грошового авансу за цивільним договором без наміру виконувати взяті на себе зобов'язання; коштів від потерпілого як плату за надані йому послуги без наміру насправді їх надати тощо.

При конструюванні кримінально-правових норм про шахрайство іноземний законодавець, як правило, не вказує на такий спосіб, як зловживання довірою*.

У законодавстві деяких держав (наприклад, Австрії, Франції, ФРН) зловживання довірою розглядається як відмінне від шахрайства злочинне діяння, яке змістовно нагадує каране за ст. 192 КК України заподіяння майнової шкоди шляхом обману чи зловживання довірою. Так, згідно з § 153 КК Австрії карається особа, на яку відповідно до вказівки закону або юридичного правочину покладено повноваження розпоряджатись чужим майном чи іншим чином вступати в зобов'язання щодо цього майна та яка умисно зловживає цими повноваженнями, заподіюючи майнову шкоду.

Цей зарубіжний досвід з урахуванням того, що зловживання довірою може розглядатись як різновид обману, наводить на думку про доцільність виключення з ч. 1 ст. 190 КК України слів «чи зловживання довірою». Але чимало вітчизняних криміналістів наполягає на збереженні у тексті статті КК про шахрайство вказівки на зловживання довірою як на відмінний від обману (альтернативний, самостійний) спосіб вчинення шахрайства**.

5.1.2.7. Якщо обман або зловживання довірою виступає лише способом отримання доступу до майна, а саме вилучення майна відбувається таємно чи відкрито, то вчинене не може розглядатися як шахрайство. Такі дії слід кваліфікувати як крадіжку, грабіж або розбій. Отже, відмежовуючи шахрайство від крадіжки, грабежу та розбою, при вчиненні яких винна особа може звертатись до елементів обману, необхідно встановлювати функціональне призначення останнього. Якщо у шахрайстві обман (зловживання довірою) відіграє роль способу заволодіння чужим майном, то в інших корисливих посяганнях на власність обман (зловживання довірою) використовується для того, щоб створити умови для наступного заволодіння майном всупереч волі потерпілого, полегшити доступ до майна. У зв'язку з цим відсутній склад шахрайства в діях тієї особи, яка протиправно заволодіває майном, переданим їй для винятково технічних чи обслуговуючих функцій, що не породжують майнових правовідносин (для ремонту, примірки, тимчасового зберігання, догляду тощо).

Наприклад, не як шахрайство, а як крадіжку потрібно розцінювати дії попутника, якому водій доручає доглянути за вантажем і який, ко-

* Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 208, 209.

** Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – С. 11; Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: Навч. посібн. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – С. 240–242; Савченко А.В., Шуляк Ю.Л. Кримінальна відповідальність за шахрайство в Україні та за кордоном: порівняльно-правове дослідження: Монографія. – К.: Інтерсервіс, 2013. – С. 76–77.

ристуючись нагодою, таємно заволодіває вантажем. Оцінка вчиненого попутником як шахрайства буде помилковою тому, що водій не передавав йому повноважень на вчинення юридично значущих дій щодо вантажу. Не як шахрайство, а (залежно від характеру та інтенсивності застосовуваного насильства) як насильницький грабіж чи розбій має розцінюватись заволодіння автомобілем під час тест-драйву – послуги, яка надають деякі автосалони.

Шосткинський міськрайонний суд Сумської області за ч. 2 ст. 186 КК засудив Ш., який попросив у потерпілої Б. зателефонувати з її мобільного телефону, а, отримавши телефон, утік із ним. Апеляційний суд Сумської області вироком міськрайонного суду змінив, перекваліфікував дії Ш. на ч. 2 ст. 190 КК, посилаючись на те, що потерпіла добровільно передала свій телефон Ш., який скористався її довірою.*

Ш. використав обман для того, щоб полегшити доступ до чужого майна – мобільного телефону, яким він заволодів відкрито. Тому перекваліфікація дій засудженого є неправильною.

Введення в оману є тією визначальною обставиною, яка дозволяє відмежувати шахрайство від інших корисливих злочинів проти власності (грабежу, розбою і вимагання) у тих випадках, коли, незважаючи на застосування злочинцем обману, потерпілий усвідомлює протиправність вчинюваних щодо нього дій, в тому числі протиправність адресованої йому майнової вимоги. Наприклад, це може бути вимога повернути суму грошей, якої нібито не вистачає, після того, як потерпілий знаходить чужий гаманець, і «випадково» з'являється власник цього гаманця.

*Судова палата у кримінальних справах ВС визнала правильною кваліфікацію за ч. 5 ст. 191 КК дій засновника і директора одного з приватних підприємств Б., який у складі організованої групи, взявши участь у безпідставному відшкодуванні ПДВ з бюджету, заволодів державними грошовими коштами на суму 4 млн 900 тис. грн. Обґрунтовуючи правильність засудження Б. за заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, а не за шахрайство, Судова палата у своїй постанові зазначила, що обман, який може застосовуватись при вчиненні злочину, передбаченого ст. 191 КК, має специфічні ознаки, які відрізняють його від обману як способу шахрайства. Йдеться про те, що при вчиненні заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем в основі обману, до якого вдається винна особа, завжди покладено використання нею можливостей свого службового становища, без чого обман є недієвим**.*

* Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 2. – С. 23.

** Вісник Верховного Суду України. – 2014. – № 1. – С. 9–12.

Інша точка зору полягає у тому, що безоплатне і протиправне отримання винним коштів під виглядом бюджетного відшкодування ПДВ як діяння, яке вчиняється шляхом обману уповноважених державних органів, має кваліфікуватись як шахрайство, яке за наявності підстав потребує додаткової кваліфікації за ст. 364 (ст. 364-1) КК (див. про це: Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти: Монографія. – К.: Істина, 2006. – С. 381–384).

Поєднане із заволодінням чужими грошима використання підроблених засобів доступу до банківських рахунків, як правило, має розцінюватися як шахрайство. Адже обман як спосіб вчинення шахрайства передбачає спілкування між людьми; банкомати і платіжні термінали як технічні пристрої, позбавлені психіки, не можуть бути введені в оману (як не можна обманути, наприклад, замок у сейфі); у разі ініціювання та здійснення переказу коштів в автоматичному режимі за допомогою підроблених платіжних інструментів має місце не обман, а неправомірний вплив на процес оброблення комп'ютерної інформації. Тобто вчинене пропонується кваліфікувати як крадіжку.

Якщо особа заволодіває грошовими коштами, що знаходяться на банківських рахунках, шляхом використання викраденої або підробленої кредитної (розрахункової) карти і введення у такий спосіб в оману уповноваженого працівника кредитної, торговельної або сервісної організації, вчинене має кваліфікуватись як шахрайство.

Як крадіжку розцінила колегія суддів Судової палати в кримінальних справах ВС (ухвала від 19 жовтня 2010 р.) дії особи, яка заволоділа грошима потерпілого шляхом використання викраденої платіжної картки – ініціювання за її допомогою отримання коштів готівкою з банкомату.*

Протилежна позиція зводиться до того, що у розглядуваній ситуації все-таки має місце обман: при вчиненні такого шахрайства обманюється не комп'ютер, а людина, яка використовує комп'ютер для інтенсифікації своєї діяльності. Змінюючи комп'ютерну інформацію, винна особа змінює дійсність, але особа, яка створила або експлуатує комп'ютерну програму, про це не знає, в результаті чого дійсність не відповідає уявленню цієї особи про неї, а тому можна вести мову про опосередкований обман**. Направляючи несанкціонований законним держателем картки запит на здійснення платежу і використовуючи існуючу платіжну систему і встановлені в ній правила автоматизованого оброблення запитів законних держателів карток, зловмисник, видаючи себе за законного держателя платіжної картки, обманює банківську установу (банк-емітент) щодо необхідності виконання останнім зобов'язань, обумовлених договором, укладеним між банком і законним держателем картки. Унаслідок цього введення в оману банк-емітент здійснює необґрунтоване списання безготівкових коштів з рахунку законного держателя картки, що врешті-решт призводить до заподіяння останньому збитків у вигляді зменшення кількості безготівкових грошових коштів, врахованих на картрахунку. Використання підробленої або чу-

* Закон і бізнес. – 2011. – № 17.

** Див., наприклад: Карчевський М. Особливості кваліфікації злочинів проти власності, що вчиняються з використанням комп'ютерної техніки // Підприємництво, господарство і право. – 2012. – № 1. – С. 139.

жої платіжної картки (її реквізитів) для протиправного отримання готівки або оплати товарів чи послуг слід розглядати як каране за ч. 3 ст. 190 КК шахрайство шляхом незаконної операції з використанням електронно-обчислювальної техніки.

Як вже зазначалось, законодавець деяких інших держав, реагуючи на проблему обману у випадках зміни інформації, оброблюваної за допомогою комп'ютера, формулює спеціальні кримінально-правові заборони, присвячені комп'ютерному шахрайству.

5.1.3. Інші корисливі кримінальні правопорушення проти власності

5.1.3.1. Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою (ст. 192 КК). За своїм змістом способи вчинення цього к.пр. (обман і зловживання довірою) аналогічні способам шахрайства. Однак якщо при вчиненні шахрайства обман або зловживання довірою використовуються для заволодіння чужим майном (придбання права на нього), то при вчиненні к.пр., передбаченого ст. 192 КК, – для протиправного використання, володіння або розпорядження майном. На відміну від шахрайства, майнова шкода як результат вчинення аналізованого к.пр. не є прямою дійсною шкодою, пов'язаною з фактичним зменшенням майнового фонду власника внаслідок вилучення у нього майна.

Відповідальність за ч. 1 ст. 192 КК настає, якщо заподіяно значну майнову шкоду (її розмір у 50 і більше разів перевищує нмдг), а за ч. 2 ст. 192 КК – якщо заподіяно майнову шкоду у великих розмірах (її розмір у 100 і більше разів перевищує нмдг). Якщо заподіяна майнова шкода не є значною або великою, можливе притягнення до адміністративної відповідальності (наприклад, за безквитковий проїзд – ст. 135 КАП).

Майнова шкода при вчиненні цього к.пр. може бути заподіяна як власнику, так і законному володільцю майна, набувати вигляду як реальних збитків, так і упущеної вигоди.

У судовій практиці ст. 192 КК застосовується рідко (у 2012 р. за нею було засуджено 12 осіб, а в 2013 р. – 21 особа) при тому, що описана у цій кримінально-правовій нормі поведінка у житті поширена. Однією з причин цього може бути вельми абстрактне описання забороненого діяння у ст. 192 КК.

До речі, схожим чином відповідальність за заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою передбачена у ст. 184 КК Азербайджану, ст. 216 КК Білорусі, ст. 184 КК Вірменії, ст. 185 КК Грузії, ст. 182 КК Казахстану, ст. 173 КК Киргизії, ст. 165 КК РФ, ст. 170 КК Узбекистану.

Натомість відповідні положення законодавства інших держав є більш конкретними. Так, у ст. 315-5 КК Франції встановлено відповідальність за: несплату особою, яка знає про свою неплатоспроможність, за надані їй у торговельному закладі напої та продукти харчування; фактичне заняття без належної оплати кімнат в готелі чи іншому закладі, який здає їх в

оренду; безоплатний проїзд у таксі; неоплату паливних чи мастильних матеріалів, якими заповнюються резервуари транспортного засобу. Схожий перелік діянь міститься у ст. 298 КК Данії, в якій йдеться про те, що винний поїхав, не сплативши за проживання, харчування, транспорт чи будь-яку іншу послугу, а також про безквитковий прохід на виставу, з'їзд, виставку, безквитковий проїзд на транспорті. Статті 149, 150 КК Швейцарії передбачають відповідальність за несплату за рахунком в готелі або ресторані і отримання будь-яких послуг шляхом обману.

Узагальнення висловлених у літературі підходів (Н.О. Антонюк, Д.О. Калмиков, П.С. Матишевський, М.І. Мельник, М.І. Панов) дозволяє виокремити такі **форми заподіяння майнової шкоди**, передбаченого ст. 192 КК:

1) незаконне використання чужого майна (у т.ч. ввіреного). Наприклад: протиправне використання належних власнику транспортних засобів, іншої техніки в особистих інтересах (водій службового автомобіля використовує його для перевезення пасажирів чи вантажу з метою отримання прибутку, провідник вагону отримує грошові кошти від пасажирів за проїзд без квитка, водій комбайну використовує його для виконання необумовленої угодою між власником і водієм роботи, токар використовує станок для виконання «лівого» замовлення тощо); протиправне використання нерухомого майна власника в особистих інтересах (володілець комунального майна, переданого йому для здійснення некомерційної діяльності, передає його в суборенду).

Уточнимо, що дії особи, яка використала чужий транспортний засіб у власних цілях, не маючи при цьому жодного права на його використання, треба кваліфікувати за ст. 289 КК як незаконне заволодіння транспортним засобом. Якщо транспортний засіб був ввірений винному, дії особи щодо його незаконного тимчасового запозичення можуть кваліфікуватись за ст. 192 КК (наприклад, працівник підприємства без належного дозволу здійснив поїздку на закріпленому за ним транспортному засобі).

Шкода, яка завдається власнику під час незаконного використання належного йому майна, може складатися з: вартості фактично використаного майна (паливно-мастильних матеріалів, електроенергії, газу, води тощо); амортизаційних витрат (заміщення зношеної частини основних засобів виробництва); упущеної вигоди; заробітної плати, отриманої винним за час самовільного використання майна потерпілого, якщо таке використання відбувалося у робочий час і йому передувало оформлення трудових відносин;

2) незаконне володіння чужим майном (зокрема, ввіреним). У переважній більшості випадків майнова шкода заподіюється внаслідок неправомірного неповернення чи несвоєчасного повернення власнику належних йому грошей чи іншого майна, що позбавляє його можливості використовувати це майно на власний розсуд і отримати дохід.

В., працюючи бульдозеристом ДП «Південьзахідтрансбуд» і перебуваючи із адміністрацією підприємства у неприяних стосунках, помістив закріплений за ним бульдозер на власному подвір'ї і не вийшов на роботу, мотивуючи це раптовою хворобою. При цьому В. не використовував бульдозер у власних цілях. Було встановлено, що він хотів, щоб підприємство не виконало своїх зобов'язань за договором. В результаті цього підприємству було заподіяно значну майнову шкоду;*

3) незаконне розпорядження чужим майном. Наприклад, особа вкладає передані їй на зберігання грошові кошти у фінансово-кредитну установу для отримання прибутку у вигляді процентів за депозитним вкладом, а після отримання процентів повертає гроші потерпілому.

Це може бути також обертання на свою користь платежів, які мали б надійти фізичній чи юридичній особі за надані послуги, особою, яка не наділена правом їх отримання (зокрема, надання можливості окремим особам користуватися без відповідної оплати видовищними послугами з отриманням за це від вказаних осіб вартості наданих послуг).

Якщо особа уповноважена отримувати від фізичних або юридичних осіб платежі за надані їм послуги (кондуктор, касир, бухгалтер тощо), заволодіння нею такими платежами має кваліфікуватись за ст. 191 КК як привласнення або розтрата чужого майна, оскільки з моменту отримання платежів уповноваженою особою вони стають власністю певного суб'єкта (юридичної чи фізичної особи).

*Щодо Д., який працюючи менеджером ТОВ «Асторія», неодноразово отримував у замовників кошти за надані підприємством послуги, було порушено кримінальну справу за ч. 2 ст. 191 КК. Вказані кошти Д. не передавав у касу підприємства, а звертав на свою користь. У такий спосіб Д. заволодів грошима на суму понад 7 тис. 518 грн. Під час попереднього розслідування було встановлено, що до трудових обов'язків Д. не належало отримання коштів від замовників, тобто Д. не був особою, уповноваженою ТОВ на отримання коштів за надані послуги. У зв'язку з цим дії Д. були перекваліфіковані на ч. 2 ст. 192 КК**.*

За ст. 192 КК має кваліфікуватись й ухилення від сплати обов'язкових платежів (за комунальні та інші майнові послуги, користування транспортом тощо), а також отримання майна, у т.ч. грошових коштів (кредитів, позик, субсидій та інших соціальних виплат, придбання нерухомості або іншого майна тощо) з використанням при цьому пільг, на які винна особа не мала права, – за умови, що вчинене не охоплюється ст. 212 КК.

Якщо заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою вчинено службовою особою з використанням службових повноважень, вчинене слід кваліфікувати за відповідними частинами ст. 364 або ст. 364-1 КК.

* Антонюк Н.О. Кримінальна відповідальність за заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2006. – С. 83.

** Там само. – Львів: ПАІС, 2008. – С. 91.

5.1.4. Некорисливі кримінальні правопорушення проти власності

5.1.4.1. У ст. 197-1 КК передбачено відповідальність за два різні (хоч і пов'язані між собою) к.пр. – самовільне:

– зайняття земельної ділянки, яким завдано значної школи її законному володільцю або власнику (ч. 1);

– будівництво будівель або споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці (ч. 3).

У 2013 р. за усіма частинами ст. 197-1 КК було засуджено 27 осіб.

Щодо зарубіжних аналогів ст. 197-1 КК України, то порушення прав на землю визнається кримінально каранім у багатьох державах. Так, за самовільне зайняття земельної ділянки або інші дії, які порушують право на землю, передбачена відповідальність у ст. 131-4 КК Австралії, ст. 188 КК Азербайджану, ст. 200 КК Албанії, ст. 386 КК Білорусі, ст. 272 КК Болгарії, ст. 292 КК Боснії та Герцеговини, ст. 173 КК В'єтнаму, ст. 461 КК Голландії, ст. 626 КК Іспанії, ст. 186 КК Казахстану, ст. 342 КК КНР, ст. 225 КК Македонії, ст. 193 КК Молдови, ст. 395 КК Норвегії, ст. 266 КК Румунії, ст. 218 КК Сербії, ст. 312 КК Філіппін, ст. 11 § 28 КК Фінляндії, ст.ст. 308–309 КК Туреччини, ст. 254 КК Чорногорії, ст. 11 глави 8 КК Швеції, ст. 235-11 КК Японії. Стаття 179 КК Данії і ст. 370 КК Південної Кореї встановлюють відповідальність за дії, спрямовані на знищення або зміну межових знаків, тобто зміну меж володіння землею, а ст. 283-б КК Болгарії – за створення службовими особами умов чи невиконання обов'язків щодо забезпечення прав на земельну ділянку.

У КК більшості держав самовільне зайняття земельної ділянки або аналогічні йому дії віднесено до злочинів, які порушують право власності. Зазначені дії визнаються злочинами проти порядку управління лише в державах на кшталт Білорусі, де існує монополія держави на володіння, користування та розпорядження землею.

З точки зору кваліфікації за ст. 197-1 КК самовільне зайняття земельної ділянки – це фактичне заволодіння (чи заволодіння і користування) земельною ділянкою або її частиною, вчинене особою: 1) якій ця ділянка у встановленому порядку не надавалась у володіння і користування (постійне, оренда, земельний сервітут, емфітевзис, суперфіцій) або не передавалась у власність; 2) за відсутності вчиненого правочину щодо такої земельної ділянки або прав на неї; 3) за відсутності інших законних підстав, які дозволяють вважати користування земельною ділянкою правомірною дією.

За ч. 2 ст. 197-1 КК як самовільне зайняття земельної ділянки особливо цінних земель кваліфікував Васильківський районний суд Дніпропетровської області дії голови фермерського господарства «Кодем» К., який, знаючи, що на землях, належних йому на праві приватної власності, знаходяться мильники – кургани, неодноразово засівав їх соняшником.*

* Архів Васильківського районного суду Дніпропетровської області. Справа № 1-20 за 2009 р.

Така кваліфікація є помилковою через відсутність у діях К. ознак об'єктивної сторони складу аналізованого к.пр.

Не може вважатись суспільно небезпечним і кваліфікуватися за ст. 197-1 КК використання земельної ділянки особою, яка, хоч і не має поки що належного правовстановлювального документа, однак: одержала земельну ділянку у власність чи користування на підставі рішення органу виконавчої влади (органу місцевого самоврядування); набула права на земельну ділянку на підставі цивільного правочину (міни, дарування, довічного утримання тощо) або в порядку прийняття спадщини.

Чинною легальною дефініцією самовільного зайняття земельної ділянки (Закон від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за порушення вимог земельного законодавства») правильно не охоплюються випадки зайняття земельної ділянки до одержання документа, що посвідчує право на неї, та до його державної реєстрації. Але юридична відповідальність за використання земельної ділянки без правовстановлювального документа чинним законодавством не передбачена, що не сприяє дотриманню законності у сфері земельних відносин. Адже відсутність такої відповідальності провокує невиконання дій щодо отримання правовстановлювальних документів. З огляду на це необхідно розкрити в Законі «Про державний контроль за використанням та охороною земель» поняття «використання земельної ділянки без правовстановлювального документа», а КАП доповнити ст. 53-6, присвяченою такому правопорушенню*.

Певна протиправна бездіяльність особи, якій можуть передувати цілком правомірні вчинки, здатна заподіяти власнику (законному користувачеві) земельної ділянки не меншої шкоди, ніж активна поведінка – дії, які згідно з чинною редакцією ст. 197-1 мають розцінюватись як самовільне зайняття земельної ділянки. Однак на сьогодні несвоєчасне повернення тимчасово займаних земель, наданих на підставі договору у тимчасове (короткострокове або довгострокове) користування, є не к.пр. (ст. 197-1 КК), а адміністративним проступком (ст. 54 КАП).

Не може також вважатись самовільним зайняттям земельної ділянки використання землі, наданої за рішенням уповноваженого органу, до встановлення меж земельної ділянки в натурі (на місцевості), оскільки у такій ситуації відсутні: а) самовільність зайняття землі; б) як така юридично оформлена земельна ділянка – предмет розгляданого посягання.

* Докладніше див.: Дудоров О., Мовчан Р. Про спроби удосконалити законодавство щодо відповідальності за земельні правопорушення // Юридичний вісник України. – 2013. – № 27.

Зайняття земельної ділянки з точки зору кваліфікації за ст. 197-1 КК може полягати у різноманітних діях, у т.ч. в експлуатації земельної ділянки у значенні вилучення її корисних властивостей. Йдеться, зокрема, про: огороження ділянки; виставлення охорони, яка перешкоджає власнику земельної ділянки чи землекористувачеві здійснювати свої права на землю; вирощування сільськогосподарських культур; видобування корисних копалин; розміщення товарів, техніки і будівельних матеріалів. Самовільне зайняття земельної ділянки може поєднуватись із знищенням (пошкодженням) межових знаків.

Для самовільного зайняття земельної ділянки достатньо заволодіти нею без законних на те підстав, тобто винний може фактично її не використовувати.

До речі, у жодному з проаналізованих кримінальних законів зарубіжних держав, де самовільне зайняття земельної ділянки або аналогічні за змістом дії визнані злочинними, не йдеться про користування земельною ділянкою. Натомість про «заволодіння» земельною ділянкою говориться, наприклад, у ст. 200 КК Албанії, ст. 292 КК Боснії та Герцеговини, ст. 173 КК В'єтнаму, ст. 626 КК Іспанії, ст. 186 КК Казахстану, ст. 225 КК Македонії, ст. 193 КК Молдови, ст. 266 КК Румунії, ст. 218 КК Сербії, ст. 312 КК Філіппін, ст. 11 § 28 КК Фінляндії, ст. 254 КК Чорногорії.

Протиправне використання чужої земельної ділянки (зокрема, проїзд нею транспортним засобом або складування на ній сміття), не поєднане із фактичним заволодінням цією ділянкою, не повинно визнаватись самовільним зайняттям земельної ділянки, караним за ст. 197-1 КК, і у передбачених законом випадках тягне адміністративну відповідальність (наприклад, ст.ст. 104, 141 КАП).

Обіймаючи посаду директора колективного підприємства «Комунгоспсервіс» і неналежним чином виконуючи свої службові обов'язки, Ш. без відповідного рішення органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування про передачу земельної ділянки у власність або надання в користування (оренду) та за відсутності правочину щодо такої земельної ділянки використовував земельну ділянку площею 4,68 га як полігон для розміщення та утилізації твердих побутових відходів. Новокаховський міський суд Херсонської області перекваліфікував дії підсудного з ч. 1 ст. 197-1 КК на ч. 2 ст. 367 КК.*

Позиція суду заслуговує на підтримку, оскільки Ш. вчинив не самовільне зайняття земельної ділянки, а к.пр. у сфері службової діяльності.

Якщо користування самовільно зайнятою земельною ділянкою набуває вигляду самовільного будівництва на ній будівлі чи споруди, дії винного треба кваліфікувати за сукупністю к.пр., передбачених частинами 1 і 3 ст. 197-1 (або 2 і 4 ст. 197-1), – тут має місце реальна сукупність, утворена вчиненими у різний час діями, передбаченими різними частинами однієї статті Особливої частини КК.

* Архів Новокаховського міського суду Херсонської області. Справа № 1-89 за 2010 р.

Обґрунтованим слід вважати рішення Баришівського районного суду Київської області, який кваліфікував дії Х., який самовільно захопив суміжну з орендованою ним земельну ділянку, розташовану у 3-метровій охоронній зоні теплопроводу, і розпочав на ній будівництво торгових павільйонів, за сукупністю злочинів, передбачених частинами 2 і 4 ст. 197-1 КК.*

Самовільне зайняття земельної ділянки вважається закінченим з того моменту, коли особа фактично заволоділа земельною ділянкою або розпочала її протиправну експлуатацію (освоєння), завдавши цим власнику земельної ділянки або її законному володільцю значної шкоди. Подальше невиконання земельно-правового, а не кримінально-правового за своїм характером обов'язку повернути самовільно зайняту земельну ділянку її власнику або законному володільцю складом к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК, не охоплюється і в аспекті кримінально-правової оцінки вчиненого за цією нормою значення не має, скільки б часу воно не тривало. Тому самовільне зайняття земельної ділянки немає підстав розглядати як триваюче к.пр.

Кількісний аспект значної шкоди як криміноутворюючої ознаки (згідно з приміткою до ст. 197-1 КК це 100 нмдг) дозволяє відмежувати передбачене КК самовільне зайняття земельної ділянки без обтяжуючих обставин від адміністративного проступку (ст. 53-1 КАП).

Розмір шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельної ділянки, визначається за спеціальною формулою з урахуванням таких показників: площа самовільно зайнятої земельної ділянки; середньорічний дохід, який можна отримати від використання земель за цільовим призначенням; коефіцієнт функціонального використання земель; коефіцієнт індексації нормативної грошової оцінки земель (див. Методику для визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття ґрунтового покриву (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу, затв. постановою КМ від 25 липня 2007 р. № 963).

До шкоди, заподіяної власникові земельної ділянки або землекористувачеві, можуть включатись й інші складові, зокрема: збитки, пов'язані зі знищенням або пошкодженням зелених насаджень, руйнуванням будівель чи споруд (наприклад, гідротехнічних), які знаходились на самовільно зайнятій земельній ділянці; витрати, які особа мусить понести для відновлення свого порушеного права на земельну ділянку (скажімо, проведення геодезичних робіт із відновлення межових знаків) та якості земельної ділянки як об'єкта права власності чи користування (зокрема, оранка, внесення добрив, проведення рекультивациі порушених земель).

* Архів Баришівського районного суду Київської області. Справа № 1-74 за 2008 р.

Посіви і насадження сільськогосподарських та інших культур, які знаходяться на самовільно зайнятих земельних ділянках, є власністю власників земельних ділянок та землекористувачів, а отже, майном, чужим для того, хто самовільно зайняв земельну ділянку. У зв'язку з цим заволодіння вирощеним, але не зібраним урожаєм особою, винною у самовільному зайнятті земельної ділянки, потребує додаткової кваліфікації як викрадення чужого майна, зокрема, за ст.ст. 185, 186 або 187 КК.

Самовільне зайняття земельної ділянки потрібно відрізнати:

а) від інших к.пр. проти власності – шахрайства і вимагання. Якщо самовільне зайняття земельної ділянки означає фактичне заволодіння та/або користування земельною ділянкою, не поєднане з отриманням титулу на неї, то винний у шахрайстві або вимаганні у певний спосіб (шляхом обману, погроз чи фізичного насильства) отримує (прагне отримати) правовстановлювальний документ на земельну ділянку, а отже, право на неї як різновид нерухомості, щодо відчуження якої законом встановлені спеціальні правила. Шахрайство і вимагання порушують юридичний зв'язок власника із земельною ділянкою, що не притаманно для самовільного зайняття земельної ділянки, при якому заволодіння останньою носить тимчасовий характер і порушує лише фактичний зв'язок власника із земельною ділянкою. Дії особи, яка самовільно зайняла земельну ділянку, за наявності в неї мети надалі оформити необхідні документи, які підтверджуватимуть право на цю земельну ділянку, необхідно кваліфікувати як самовільне зайняття земельної ділянки, а не як замах на шахрайство чи вимагання;

б) від порушення порядку надання земельної ділянки у власність чи користування (неправильне оформлення правовстановлювального документа, ухвалення рішення про надання земельної ділянки всупереч чинному законодавству або неуповноваженим органом чи особою, у завищеному розмірі або особі, яка не має права на отримання конкретної земельної ділянки, тощо). Ці дії слід кваліфікувати як к.пр. у сфері службової діяльності (без посилання на ст. 197-1 КК), оскільки вони спрямовані не на фактичне заволодіння земельною ділянкою, а на незаконне отримання юридичного титулу на земельну ділянку. Йдеться про випадки, коли сільські голови як посадові особи органів місцевого самоврядування складають завідомо неправдиві документи – рішення сільських рад нібито про виділення земельних ділянок при тому, що колегіально ці питання не розглядалися*.

* Докладніше див.: 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. 72–372.

5.1.5. Кримінальні правопорушення проти інтелектуальної власності

5.1.5.1. Стаття 54 Конституції України проголошує, що громадянам гарантується захист інтелектуальної власності. Кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності; ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди за винятками, встановленими законом.

Стаття 61 розділу 5 «Кримінальні процедури» Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угоди TRIPS) зобов'язує держав-членів криміналізувати умисну фальсифікацію товарного знака або здійснену з порушенням авторських прав у комерційних масштабах, допускає криміналізацію інших порушень прав інтелектуальної власності, особливо коли вони вчинені умисно та в комерційних масштабах, а ст. 10 Конвенції РЄ про кіберзлочинність від 23 листопада 2001 р. зобов'язує держав-учасниць криміналізувати вчинені умисно, у комерційних розмірах і за допомогою комп'ютерних систем порушення авторських і суміжних прав.

У розділі V Особливої частини КК містяться ст. 176 «Порушення авторського права і суміжних прав» і ст. 177 «Порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію».

За ст. 176 КК протягом 2012/2013 рр. було засуджено 117/64 осіб, а за ст. 177 КК – 1/3.

Пояснити таку тенденцію судової практики можна тим, що «об'єкти авторського права та суміжних прав (літературні і художні твори, комп'ютерні програми і бази даних, фонограми тощо) знаходяться у вільному користуванні широких прошарків населення, і відповідно, можуть копіюватися за допомогою технічних засобів...»*.

Кримінально-правову охорону інтелектуальної власності покликані забезпечувати і ст.ст. 229, 231, 232 КК, які на сьогодні розташовані у розділі VII Особливої частини КК «Злочини у сфері господарської діяльності» і присвячені незаконним діям щодо засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів, послуг і комерційної таємниці.

Традиційно такі нематеріальні блага, як об'єкти інтелектуальної власності, на відміну від їх матеріальних носіїв, не визнаються предметами злочинів проти власності. Вважається, що про *викрадення* наукової ідеї, мелодії, сюжету художнього твору, іншого подібного (так би мовити безтілесного, невловимого) продукту людського розуму можна говорити лише фігурально, образно. Щоправда, ця точка зору не є пануючою у кримінальному праві, і не вона визначила місце розташу-

* Нерсесян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: Монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2010. – С. 63.

вання матеріалу про кримінально карані порушення інтелектуальної власності у посібнику.

Так, дореволюційний вчений І.Я. Фойницький писав, що право літературної і художньої власності, привілеї на зображення землеробні, фабричні і мануфактурні, право фірми, будучи правом абстрактної власності, займає особливе місце у переліку майнових прав, означає юридичну можливість вилучати вигоди з продуктів розумової праці і може виступати предметом шахрайства. У КК УСРР 1922 р. (ст.ст. 198, 199) і КК УСРР 1927 р. (ст.ст. 190, 191) відповідальність за посягання на інтелектуальну власність (наприклад, за самовільне використання літературних, музичних, інших мистецьких або наукових творів) передбачалась у главах про майнові злочини; тим самим наголошувалось, що вказані посягання заповдіють передусім майнову шкоду потерпілому.*

КК Албанії як різновид шахрайства розглядає опублікування чужого твору літератури, мистецтва, музики чи науки під своїм ім'ям і відтворення чи використання такого твору без згоди автора з порушенням права власності на нього. У Болівії, Грузії, Казахстані, Угорщині, Хорватії посягання на право інтелектуальної власності (принаймні частина цих посягань) також віднесені до злочинних діянь проти власності. Такий саме підхід реалізовано у КК Іспанії: глава 11 «Про злочини, пов'язані з інтелектуальною і промисловою власністю, з ринком та споживачами» знаходиться у розділі XIII «Злочини проти власності та соціально-економічного ладу» Книги II «Злочини і покарання» цього Кодексу.

Обґрунтованою є пропозиція (П.П. Андрушко, П.С. Берзін, В.Д. Гулкевич, А.С. Нерсесян, В.Б. Харченко) про виокремлення в Особливій частині КК самостійного розділу «Злочини проти інтелектуальної власності» (чи з подібною назвою). В її основу покладено тезу про спільність родового об'єкта відповідної групи злочинів (ст.ст. 176, 177, 229, 231, 232 КК) як сукупності відносин щодо результатів інтелектуальної, творчої діяльності, засобів індивідуалізації та недобросовісної конкуренції. На користь наведеного підходу вказує також розуміння інтелектуальної власності, закріплене у ст. 2 Конвенції про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності, підписаної у Стокгольмі 14 липня 1967 р. Ця пропозиція враховує і те, що норми про кримінально карані порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності, належні юридичним особам, недоречно розміщувати у розділі КК, присвяченому злочинам проти прав і свобод людини і громадянина.

Самостійні глави (розділи), присвячені злочинам проти інтелектуальної власності, передбачені КК Болгарії, Естонії, Іспанії, Литви, Мексики, Перу, Фінляндії.

* Талан М.В. Сравнительное исследование И.Я. Фойницкого «Мошеничество по русскому праву» и его значение для современной уголовно-правовой науки // Российский ежегодник уголовного права. – 2007. – № 2 / Под ред. Б.В. Волженкина. – СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008. – С. 727.

У деяких державах відповідальність за кримінально карані порушення права інтелектуальної власності передбачена не КК, а спеціальними законами. У Франції це Кодекс інтелектуальної власності, у ФРН – Закон про охорону авторського і суміжних прав, Закон про охорону промислових зразків, Закон про охорону товарних та інших знаків, Закон про охорону напівпровідників, у Португалії – Кодекс промислової власності, у Норвегії – Закон про товарні знаки, Закон про права селекціонерів на сорти рослин, Закон про авторське право на літературні, наукові і художні твори, а в США – розділ 17 «Авторське право» Зібрання законів.

5.1.5.2. Порушення авторського права і суміжних прав (ст. 176 КК). Його об'єктивна сторона виявляється у діях, які можливі у таких формах:

1) незаконне відтворення об'єктів авторського права – творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних. Відтворення означає виготовлення одного або більше їх примірників в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній, оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер;

2) незаконне відтворення об'єктів суміжних прав – виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення;

3) незаконне розповсюдження об'єктів авторського права. Розповсюдження – це будь-яка дія, за допомогою якої відповідні об'єкти безпосередньо чи опосередковано пропонуються публіці, у т.ч. доведення цих об'єктів до відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до цих об'єктів з будь-якого місця і в будь-який час за власним вибором;

4) незаконне розповсюдження об'єктів суміжних прав;

5) незаконне тиражування та розповсюдження виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення на аудіо- та відеокасетах, дискетах, інших носіях інформації – виготовлення копій (примірників) названих об'єктів суміжних прав на різноманітних носіях інформації, придатних для зберігання цих об'єктів в ідентичному чи наближеному до оригіналу вигляді (у т.ч. на оптичних дисках CD, DVD, картах пам'яті, USB-накопичувачах);

6) інше порушення авторського права і суміжних прав. З точки зору кваліфікації за ст. 176 КК, це вчинення будь-яких інших дій, що порушують встановлений чинним законодавством порядок реалізації виключних прав на об'єкти авторського права чи суміжних прав. Наприклад: ввезення на митну територію України без дозволу осіб, які мають авторське право та/або суміжні права, примірників творів, фонограм, відеограм, програм мовлення; публічне сповіщення об'єктів авторського права та/або суміжних прав, з яких без дозволу суб'єктів авторського права та/або суміжних прав вилучена чи змінена інформація про управління правами; плагіат – оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є авто-

ром цього твору (умисне привласнення авторства). Поняттям плагіату охоплюються і випадки оприлюднення твору під псевдонімом особи, яка не є автором цього твору. Плагіат може бути професійним, освітньо-науковим, нормативним, соціальним, прямим або опосередкованим (зокрема, реферування, повний або вільний, з деякими змінами, переклад, перенасичення цитатами, компіляція тощо), мозаїчним, парафразним тощо*.

*За ч. 2 ст. 176 КК кваліфікував Подільський районний суд м. Києва дії Т., який, отримавши у невстановлений спосіб електронний примірник книги «Конституція України: Науково-практичний коментар. Автори Авер'янов А.Б., Батанов О.В., Баулін Ю.В. та ін., ред. кол.: Тацій В.Я., Бутяк Ю.П., Грошевий Ю.М. та ін. – Харків: Право; К.: Ін Юре, 2003. – 808 с.», вніс до тексту цієї книги зміни, зокрема посилання на нові нормативно-правові акти і рішення КС. Далі Т. уклав з одним із видавництв авторський договір, що дозволило відтворити шляхом друкування твір «В.Е. Теліпко. Науково-практичний коментар Конституції України. Станом на 1 грудня 2010 р. / За ред. В.Л. Мусіяки – К.: Центр учбової літератури, 2011. – 544 с.» тиражем 1 тис. примірників і розповсюдити його з порушенням майнових авторських прав Національної академії правових наук України на твір «Конституція України: Науково-практичний коментар», заподіявши правовласникам шкоду на загальну суму 180 тис. грн.**.*

Стаття 176 КК охороняє лише майнові права певних потерпілих; питання про доповнення КК статтею про відповідальність за порушення особистих немайнових прав інтелектуальної власності***, як і питання про диференціацію кримінально-правової охорони особистих немайнових та/або майнових прав інтелектуальної власності на літературний, художній та інший твір (авторське право) і особистих немайнових та/або майнових прав інтелектуальної власності на виконання, фонограму, відеограму та програму (передачу) організації мовлення (суміжні права)****, залишається відкритим.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони є *незаконність* дій, зазначених у ч. 1 ст. 176 КК. Сказане передбачає звернення до нормативної бази з питань авторського права та суміжних прав – ЦК, законів «Про авторське право і суміжні права», «Про кінематографію», «Про телебачення і радіомовлення», «Про видавничу справу», «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних

* Прохоров-Лукін Г., Демидович Є. Проблеми кримінально-правового захисту від плагіату // Юридичний вісник України. – 2012. – № 18–19; Піхурець О.В. Плагіат: проблеми виявлення та засоби попередження // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 2. – С. 164–165.

** Плагіатора взяли на поруки // Юридичний вісник України. – 2012. – № 9.

*** Нерсесян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: Монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2010. – С. 168.

**** Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні: Монографія. – Харків: ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 2011. – С. 422.

програм, баз даних» та ін.). Україна є учасницею і низки міжнародних договорів, які регулюють відповідні відносини, у т.ч. Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів; Всесвітньої конвенції про авторське право; Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право; Міжнародної конвенції про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення; Конвенції про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їхніх фонограм; Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми. Чимало відповідних положень міститься у главі 9 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС.

Діяння, каране за ч. 1 ст. 176, вважається закінченим з моменту настання матеріальної шкоди у значному розмірі, під якою слід розуміти шкоду, розмір якої у 20 і більше разів перевищує нмдг. Якщо заподіяно матеріальну шкоду у великому розмірі (у 20 і більше разів перевищує нмдг), застосуванню підлягає ч. 2 ст. 176, а якщо в особливо великому (у 1 тис. і більше разів перевищує нмдг) – ч. 3 ст. 176 КК.

Натомість за законодавством багатьох європейських держав (Австрія, Данія, Італія, ФРН, Швейцарія та ін.) кримінально карані посягання на інтелектуальну власність визнаються злочинами з формальним складом.

Незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності, привласнення авторства на такий об'єкт або інше умисне порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності, що охороняється законом, якщо ці дії не пов'язані із заподіянням матеріальної шкоди або заподіяли матеріальну шкоду в розмірі, який відповідно до ст. 176 КК не сягає значного, повинні кваліфікуватись за ст. 51-2 КАП. Незаконне розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних за відсутності у вчиненому ознак складу к.пр. кваліфікується за ст. 164-9 КАП.

Питання про те, яким чином має визначатись матеріальна шкода з точки зору кваліфікації за ст. 176, у літературі і судовій практиці належить до числа дискусійних. Аргументовано видається думка про те, що розмір матеріальної шкоди у цьому разі має визначатись як упущена вигода – сума коштів (винагороди), яку суб'єкт авторського права чи суміжних прав на відповідні об'єкти отримав би, якби зазначені у диспозиції ст. 176 КК дії були вчинені з дотриманням чинного законодавства. За наявності ліцензійного договору матеріальну шкоду пропонується обраховувати за спеціальною формулою, а за відсутності такого договору – за допомогою експертизи*. Може стати у нагоді

* Лавровська І.Б. Матеріальна шкода та упущена вигода в судовій практиці про злочини у сфері інтелектуальної власності // Вісник Верховного Суду України. – 2013. – № 7. – С. 36, 39, 45; Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні: Монографія. – Харків: ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 2011. – С. 290–297.

затверджений постановою КМ від 3 жовтня 2007 р. № 1185 Національний стандарт № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності», який встановлює три методичні підходи щодо оцінки майнових прав інтелектуальної власності: дохідний, порівняльний, витратний.

Відповідно до ст. 477 КПК кримінальне провадження щодо к.пр., передбачених ст. 176 і ст. 177 КК, може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого. Останній в обґрунтування заподіяної йому матеріальної шкоди вправі подавати відповідні матеріали (ліцензійні договори, фінансові звіти тощо).

Останнім часом у деяких державах (наприклад, Естонія, Іспанія, Литва, США) криміналізоване виробництво і розповсюдження пристроїв і програм для видалення засобів захисту інтелектуальної власності. Однак змістовно незаконні дії з обходу або нейтралізації технічних пристроїв чи технологічних розробок захисту авторського та суміжних прав є нічим іншим, як готуванням до к.пр., передбаченого ст. 176 КК України.

5.1.6. Дії з майном, одержаним незаконним шляхом

5.1.6.1. **Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом** (ст. 209 КК). Це к.пр. є конвенційним. На європейському рівні проблема координації зусиль держав у протидії легалізації дістала докладне висвітлення у Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, від 8 листопада 1990 р. (ратифікованій Законом від 17 грудня 1997 р.), і Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування тероризму від 16 травня 2005 р. (ратифікована Законом від 17 листопада 2010 р). Ухвалення антилегалізаційного законодавства у 2002–2003 рр. відбулось значною мірою під тиском з боку Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (далі – FATF) у вигляді погроз застосування до нашої держави економічних санкцій.

Вважається, що поняття «відмивання» має походження, яке показує первісні, найбільш примітивні способи вчинення аналізованого діяння. З метою надати законний вигляд доходам у готівці від нелегального продажу горілки під час дії «сухого закону», а також від експлуатації проституції та інших різновидів злочинної діяльності гангстери американського міста Чикаго у 20-х рр. минулого століття придбали пральні, в яких пральні автомати вмикались за допомогою грошового дріб'язку, і шляхом змішування трудових копійчин і «брудних» грошей маскували справжнє джерело останніх.

Предметом к.пр., передбаченого ст. 209 КК, є доходи – грошові кошти та інше майно, одержане внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало їхній легалізації (відмиванню), – за умови, що їх одержання відбулося заздалегідь і було поєднано з порушенням норм тільки кримінального законодавства України або іншої держави.

Про легалізацію доходів, отриманих злочинним шляхом, йдеться також у ст. 253 КК Болгарії, ст. 235 КК Білорусі, ст. 195 КК Латвії, ст. 299 КК Польщі. Для порівняння: відповідно до КК Молдови, Монголії, Таджикистану, Туркменістану предметом легалізації можуть бути доходи, отримані незаконним шляхом, тобто внаслідок вчинення як кримінального, так і будь-якого іншого правопорушення.

Визнання в Україні к.пр. відмивання доходів, отриманих взагалі незаконним шляхом, означало б соціально необґрунтоване розширення меж кримінальної відповідальності за рахунок охоплення розглядуваною кримінально-правовою нормою діянь, які традиційно регулюються цивільним або адміністративним законодавством і не мають жодного відношення до злочинів, насамперед тяжких, притаманних для організованої злочинності. А саме проти інтересів останньої передусім має бути спрямоване кримінальне законодавство про відповідальність за легалізацію злочинних доходів. Включення до КК складу злочину «Відмивання грошей» відповідає нагальній потребі знайти ахіллесову (фінансову) п'яту організованої злочинності і не допустити руйнування економічної та фінансової системи внаслідок припливу до неї кримінальних грошей*. Крім того, поширення дії ст. 209 КК на доходи, отримані з порушенням норм *будь-якої* галузі законодавства, не відповідає реальним можливостям правоохоронних органів.

Для застосування ст. 209 КК не вимагається постановлення обвинувального вироку за суспільно небезпечне протиправне діяння (предикатний злочин) – джерело «брудних» доходів. Відповідні міжнародні документи, за загальним правилом, не визнають обвинувальний вирок суду у справі про предикатний злочин необхідною ознакою предмета відмивання злочинних доходів. Так, п. 3 ст. 6 Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом (1990 р.), і п. 2 ст. 9 Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування тероризму (2005 р.) передбачають кваліфікацію вчиненого як злочинних дій у разі, коли правопорушник повинен був допускати, що власність є доходом, діяв з метою одержання прибутку або з метою сприяння продовженню злочинної діяльності, а усвідомленість, наміри чи мотиви, необхідні як елементи складу злочину, можуть бути встановлені на підставі об'єктивних фактичних обставин.

Відповідальність за ст. 209 КК не виключена у випадках, коли особа, яка вчинила предикатне діяння, була звільнена від кримінальної відповідальності в установленому законом порядку (у зв'язку із за-

* Кернер Х.-Х., Дах Э. Отмывание денег: Путеводитель по действующему законодательству и юридической практике / Пер. с нем. Т. Родионовой, Дж. Войновой. – М.: Международные отношения, 1996. – С. 36.

кінченням строків давності, застосуванням амністії тощо) або не притягувалася до такої відповідальності (наприклад, у зв'язку зі смертю), а одержані внаслідок зазначеного діяння доходи стали предметом легалізації.

Для інкримінування ст. 209 КК особі, яка не вчиняла предикатного діяння, достатньо встановленого за допомогою будь-яких об'єктивних даних усвідомлення нею того, що вона вчиняє дії з доходами, одержаними внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало їх легалізації. Наявність обвинувального вироку суду, яким особу визнано винною у вчиненні предикатного злочину, іншого процесуального документа суду, що підтверджує факт вчинення такого злочину (наприклад, постанови про звільнення особи від кримінальної відповідальності), звичайно, полегшує доказування усвідомлення кримінально караного характеру походження відповідних доходів.

Кваліфікація за ст. 209 КК можлива і тоді, коли особа не притягувалась до кримінальної відповідальності за предикатне діяння. У такому випадку особа одночасно притягується до кримінальної відповідальності за предикатний злочин і за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних унаслідок його вчинення, тобто за сукупністю цих к.пр., оскільки усвідомлює, що вчиняє легалізацію таких доходів.

Доходи слід вважати одержаними внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало їхній легалізації, якщо вони прямо чи опосередковано одержані в результаті вчинення такого діяння. Опосередкований шлях одержання доходів означає зміну їх первісного вигляду. Це може бути майно, отримане в обмін на здобуте злочинним шляхом або внаслідок його іншої реалізації (товари, куплені на викрадені гроші, тощо).

Такий підхід відомий і зарубіжному законодавцю. Так, згідно з ч. 4 § 165 КК Австрії складові частини доходів вважаються такими, що походять від злочинного діяння, якщо вони отримані внаслідок вчинення злочинного діяння, призначені для його вчинення або уречевлюють в собі вартість первісно придбаного чи отриманого майна. Стаття 324-1 КК Франції відмиванням визнає, зокрема, надання сприяння будь-якій операції з розміщення, приховання або конверсії того, що прямо або непрямо отримано в результаті злочину.

Стаття 1 Віденської конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин (1988 р.) визначає доходи, відмивання яких проголошується злочином, як будь-яку власність, отриману або придбану прямо або непрямо внаслідок вчинення відповідного правопорушення. Про непрямий (опосередкований, побічний) шлях отримання злочинних доходів, що надалі підлягають відмиванню, йдеться також у ст. 1 Конвенції ООН проти корупції (2003 р.), ст. 2 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності (2000 р.), ст. 1 Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму (2005 р.), ст. 2 Угоди між Урядом України

та Урядом Сполученого Королівства Великої Британії і Північної Ірландії про арешт і конфіскацію доходів та знарядь, пов'язаних зі злочинною діяльністю, за винятком незаконного обігу наркотиків (1996 р.).

Стаття 209 КК не вказує на мінімальну вартість доходів, легалізація яких має тягнути кримінальну відповідальність, у зв'язку з чим під час застосування цієї статті має враховуватись положення ч. 2 ст. 11 КК про відсутність суспільної небезпеки діяння через його малозначність. При цьому слід передусім брати до уваги розмір доходів, одержаних злочинним шляхом. У будь-якому разі при застосуванні ч. 2 ст. 11 КК щодо випадків легалізації «брудних» доходів немає правових підстав орієнтуватись на параметри фінансових операцій, що підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу, перелічені у ст. 15 Закону «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» (далі – Закон від 18 травня 2010 р.). Адже ця вказівка на суму фінансової операції стосується вже другого рівня фінансового моніторингу і не виключає можливості перевірки фінансових операцій, які проводяться з меншими сумами.

До речі, жоден із міжнародних договорів, спрямованих на протидію легалізації «брудних» доходів, не містить положень про мінімальну величину доходів, при досягненні якої має наставати кримінальна відповідальність за відмивання. Міжнародне антилегалізаційне законодавство робить акцент на характері злочинних діянь, внаслідок вчинення яких отримуються доходи.

У Сорока рекомендаціях FATF зазначається, що держави повинні застосовувати поняття «відмивання грошей» до всіх серйозних злочинів з метою охоплення якомога ширшого спектру предикатних злочинів. Такі злочини можуть описуватись шляхом посилання на всі злочини чи на поріг, пов'язаний з категорією серйозних злочинів або з таким видом покарання, як ув'язнення (пороговий підхід), чи на перелік предикатних злочинів, або шляхом поєднання цих підходів. FATF вказує на доцільність визнання предикатними визначених категорій злочинів, зокрема: участь в організованій групі, торгівля людьми та організація нелегальної міграції, сексуальна експлуатація, незаконна торгівля наркотичними засобами, психотропними речовинами, зброєю або речами, хабарництво, крадіжка, грабіж, вимагання, шахрайство, підроблення валюти чи товарів, викрадення людей, інсайдерські торговельні операції та ринкові маніпуляції.

Звернення до зарубіжного досвіду не дає однозначної відповіді на питання, які саме діяння варто визнавати предикатними, і свідчить про те, що кожна держава, хоч і враховує певною мірою міжнародні норми, рухається власним шляхом вдосконалення законодавства, спрямованого проти легалізації «брудних» доходів. Спостерігається чотири основні підходи щодо визначення кола предикатних діянь, у межах яких предметами відмивання виступають доходи: 1) тільки від незаконної торгівлі наркотиками (Азербайджан, Еквадор, Перу, Сенегал); 2) від певних видів злочинів (наприклад,

Болівія, Бразилія, Італія, Канада, КНР, Куба, Португалія); 3) від серйозних злочинів (Австрія, Іспанія, ФРН, Нова Зеландія тощо); 4) від будь-яких злочинів (зокрема, Албанія, Білорусь, Болгарія, Польща, РФ, Словенія).*

Стосовно вчинених в Україні суспільно небезпечних протиправних діянь, що передували легалізації (відмиванню) доходів, у чинній редакції ст. 209 КК реалізовано ідею обмеження кола предикатних діянь як джерела «брудних» доходів – з них виключені діяння: які караються найменш суворо (основне покарання не передбачає ні позбавлення волі, ні штрафу розміром понад 3 тис. нмдг); передбачені ст. 212 і ст. 212-1 КК**.

Використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, за загальним правилом, необхідно кваліфікувати за спеціальною нормою – ст. 306 КК; якщо за зазначені кошти придбано майно, яке не підлягає приватизації, не належить до обладнання для виробничих та інших потреб, або такі кошти використовуються у правомірній підприємницькій та іншій господарській діяльності, але не у вигляді розміщення їх у банках, на підприємствах, в установах, організаціях та їх підрозділах, вчинене треба кваліфікувати не за ст. 306, а за ст. 209 КК (за наявності інших відповідних ознак складу к.пр.).

Цікаво, що жодна з міжнародно-правових конвенцій не орієнтує національного законодавця на встановлення самостійної кримінальної відповідальності за використання коштів, здобутих від незаконного обігу наркотиків. Не передбачає подібну норму і кримінальне законодавство держав СНД, Грузії, прибалтійських, більшості європейських та азійських держав. Крім того, розміщення ст. 306 у розділі XIII Особливої частини КК України не відповідає ustalеним правилам побудови його Особливої частини за родовим об'єктом, адже к.пр., передбачене цією статтею, вчиняється не з метою заподіяти шкоду народному здоров'ю, а для того, щоб дістати можливість вільно і безкарно використовувати «брудні» гроші.

5.1.6.2. Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 209 КК, може альтернативно виявлятися у **формі** вчинення:

1) фінансової операції з доходами, одержаним внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало їхній легалізації (відмиванню);

2) правочину з такими доходами;

* Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 261.

** Про причини появи у примітці до ст. 209 КК і проблеми тлумачення «податкового застереження» див.: Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 186–202.

3) дій, спрямованих на приховання чи маскування незаконного походження таких доходів чи володіння ними, прав на них, джерела їх походження, місцезнаходження або переміщення;

4) набуття, володіння або використання доходів, одержаних внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, що передувало їхній легалізації (відмиванню)*.

При описанні ознак об'єктивної сторони кримінально караного відмивання законодавець кожної держави виявляє неабияку винахідливість. Тому вельми складно знайти хоча б дві держави, законодавчі приписи яких, присвячені аналізованому к.пр., містили диспозиції відповідних норм, які б повністю збігались.

*Вироком Кельменецького районного суду Чернівецької області К. засуджено за вчинення злочинів, передбачених ч. 3 ст. 191, ч. 2 ст. 209 і ч. 1 ст. 366 КК. Працюючи контролером-касіром відділення Ощадного банку України, К. на підставі складених нею неправдивих документів здійснила списання коштів з пенсійних рахунків громадян, які тривалий час не з'являлись у відділення банку, та зарахувала ці кошти на рахунок своєї матері і знайомого. У подальшому К. вказані кошти у сумі 19 тис. грн. отримала готівкою через касу за місцем своєї роботи. Підтвердивши обґрунтованість кваліфікації дій К. за ч. 3 ст. 191 і ч. 1 ст. 366 КК, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС водночас закрила кримінальну справу в частині засудження К. за ч. 2 ст. 209 КК за відсутністю складу злочину. В ухвалі колегії суддів зазначено, що у вироку відсутні дані про вчинення засудженою з коштами, отриманими злочинним шляхом, будь-яких дій, спрямованих на їх легалізацію. У вчиненні таких дій К. не обвинувачувалась і органами досудового слідства**.*

Суб'єкт розглядуваного к.пр. – загальний. За ст. 209 КК може нести відповідальність як особа, яка вчинила суспільно небезпечне протиправне діяння, що передувало легалізації (відмиванню) доходів, і наступні дії, які охоплюються поняттям легалізації, так і той, хто не вчиняв предикатного діяння. Адже чинний КК не розглядає відмивання як форму причетності до предикатного діяння.

Згідно з п. 2 ст. 6 Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом (1990 р.), кожен національний законодавець держав-учасниць Конвенції самостійно вирішує питання про визнання чи невизнання суб'єктом кримінально караного відмивання осіб, які вчинили предикатні злочини. Останній міжнародний договір, присвячений протидії цьому явищу, – Конвенція РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування тероризму (2005 р.), – не вирішив

* Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 2. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 594–596.

** Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008-2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 517–519.

це питання і містить аналогічну норму. Тому і не дивно, що досвід зарубіжного законодавця у контексті окреслення кола суб'єктів легалізації є неоднозначним.

Наприклад, у Німеччині особа, яка здійснила відмивання доходів, отриманих від вчиненого нею злочину, відповідає лише за предикатний злочин. Закріплене у § 261 КК ФРН виключення подвійної караності того, хто брав участь у вчиненні предикатного злочину, одностайно і схвально сприймається німецькою доктриною. У п. 1 примітки до ст. 235 КК Білорусі вказується, що кримінальній відповідальності за відмивання не підлягає виконавець злочину, шляхом вчинення якого придбані матеріальні цінності, які легалізуються. У § 1 ст. 299 КК Польщі передбачене покарання для того, хто вчиняє певні дії з платіжними засобами, цінними паперами, іншими валютними цінностями, майновими правами, рухомим або нерухомим майном, отриманими внаслідок вчинення злочину іншою особою. У цих випадках відмивання доходів розглядається як вид причетності до основного (предикатного) діяння, що виключає кримінальну відповідальність за відмивання грошей співучасників предикатного к.пр. відповідно до принципу *non bis in idem*.*

Поряд із цим закони деяких зарубіжних держав (наприклад, Австрії, Естонії, Франції, Швеції, Швейцарії) містять положення про те, що кримінальній відповідальності за відмивання злочинних (чи незаконних) доходів підлягає особа, яка відмиває доходи, отримані внаслідок вчиненого нею правопорушення.

Суб'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 209 КК, характеризується прямим умислом.

Згідно з ч. 3 ст. 6 Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом (1990 р.), держави-учасниці Конвенції беруть на себе зобов'язання криміналізувати відмивання, коли правопорушник: повинен був припускати, що власність є доходом, здобутим злочинним шляхом; діяв з метою одержання прибутку або з метою продовження злочинної діяльності. Підпункт «с» п. 3 ст. 9 Конвенції РЄ про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансування тероризму (2005 р.) говорить про можливість криміналізації діянь, коли правопорушник: підозрював, що майно є доходом від злочину; повинен був припустити, що майно є таким доходом. Отже, питання про встановлення кримінальної відповідальності за необережне відмивання злочинних доходів має вирішувати кожна держава самостійно.

Таку відповідальність встановили, зокрема, Аргентина, Іспанія, Куба, Люксембург, Ліхтенштейн, Македонія, Нідерланди, ПАР, Словенія, Угорщина, ФРН, Хорватія, Швеція. Але аналогічне вирішення цього питання в Україні свідчило б про надмірну криміналізацію і є передчасним.

* Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М.: Велби, Проспект, 2004. – С. 489–490.

5.1.6.3. Легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, потрібно відмежовувати від к.пр., передбаченого ст. 198 КК (**«Придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом»**). Дані судової статистики вказують на значно більшу поширеність цього к.пр. порівняно з конвенційним відмиванням доходів, одержаних злочинним шляхом. Так, протягом 2012 р. за ст. 198 було засуджено 660 осіб, а за ст. 209 КК – лише 65.

Розміщення заборони щодо придбання і збуту майна, одержаного злочинним шляхом, у розділі VI Особливої частини КК «Злочини проти власності», а заборони щодо легалізації – у розділі VII Особливої частини КК «Злочини у сфері господарської діяльності» дозволяє висунути безспірну, на перший погляд, тезу про родовий і безпосередній об'єкти як розмежувальні ознаки складів к.пр., передбачених ст. 198 і ст. 209 КК. Але очевидно, що існуюче зараз місцезнаходження цих заборон у системі Особливої частини КК відображає лише сьогоднішній стан вітчизняного законодавства, яке в цій частині є за що критикувати.

Хоч у назвах ст. 198 і ст. 209 КК вживаються подібні формулювання про одержання певних благ (відповідно, майна і доходів) злочинним шляхом, порівнювані кримінально карані діяння істотно відрізняються:

1) за предметом. Якщо предметом легалізації є майно, яке не лише прямо, а й опосередковано отримано злочинним шляхом, то до предмета к.пр., передбаченого ст. 198 КК, зазвичай відносять лише те майно, яке отримано в результаті вчинення злочину безпосередньо.

Крім того, ст. 198, на відміну від ст. 209 КК, не обмежує коло тих злочинів, унаслідок вчинення яких одержується майно, придбання, отримання, зберігання або збут якого надалі тягне кримінальну відповідальність.

Якщо легалізація набуває вигляду дій, спрямованих на приховання чи маскування незаконного походження злочинних доходів, їх місцезнаходження або переміщення, то предметом к.пр. (поряд із власне майном) визнаються також права на майно (охоплюються поняттям доходів як економічної вигоди). Для к.пр., описаного у ст. 198 КК, таке розширення предмета не притаманне. При тлумаченні терміна «майно» у цій кримінально-правовій нормі слід виходити зі змісту ст. 179 ЦК, де він вжитий у значенні поняття «річ». Такими предметами можуть бути нерухомі та рухомі речі, речі подільні та неподільні, речі, визначені індивідуальними або родовими ознаками, речі споживні та неспоживні тощо;

2) за ознаками об'єктивної сторони. Дії, вказані у ст. 198 КК, з огляду на зроблене у ній застереження тягнуть відповідальність за цією статтею КК лише за умови, що у вчиненому не вбачається ознак легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом.

Наприклад, придбання і збут майна, які фігурують у ст. 198 КК і за певних умов можуть розглядатись як вчинення правочину, не повинні набувати ознак відмивання майна. Типовою і найпоширенішою фор-

мою придбання майна є його купівля, яка із зовнішнього боку нічим не відрізняється від цивільно-правового договору купівлі-продажу. Під отриманням майна, одержаного злочинним шляхом, розуміються всі інші форми (крім придбання) здобуття такого майна (прийняття його у подарунок, спадщину чи у борг, у рахунок погашення боргу або як оплати за надані послуги чи виконану роботу тощо). З іншого боку, ця типова для ст. 198 КК поведінка за наявності підстав може розглядатись як передбачене ст. 209 КК набуття майна, одержаного внаслідок вчинення предикатного діяння.

Зберігання майна злочинного походження, яке в силу зрозумілих причин не афішується, у переважній більшості випадків здійснюється таємно і визнається відповідно до ст. 198 КК к.пр., треба відрізнити від володіння «брудним» майном, яке є підстави розцінювати як його відмивання у випадку, коли таке володіння здійснюється на підставі легального правочину (договори найму, комісії, схову тощо).

Взагалі у разі, коли збут, придбання, отримання і зберігання майна, одержаного злочинним шляхом, не призводять до відмивання майна, яке продовжує залишатись у тіньовому обороті, вчинене потрібно кваліфікувати не за ст. 209, а за ст. 198 КК;

3) за часом закінчення. Якщо легалізація набуває вигляду вчинення консенсуального правочину, вона вважається закінченою з моменту досягнення домовленості між сторонами правочину, тоді як к.пр., передбачене ст. 198 КК, визнається закінченим з моменту фактичної передачі-отримання майна кримінального походження;

4) за характеристиками суб'єктивної сторони.

У п. 16 і п. 17 постанови ПВС від 15 квітня 2005 р. № 5 «Про практику застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» слушно вказується на те, що визначальним фактором, який дозволяє розмежовувати злочини, передбачені ст. 209 і ст. 198 КК, є мета їх вчинення. Роз'яснюється, що для легалізації обов'язковим є прагнення винного надати походженню майна, одержаного злочинним шляхом, легальний статус. Якщо під час збуту майна, одержаного злочинним шляхом (наприклад, внаслідок вчинення крадіжки), йому надається вигляд правомірно здобутого, таке діяння утворює склад легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом. У решті випадків залежно від конкретних обставин справи зазначені дії містять ознаки або крадіжки (у формі пособництва), або складу злочину, передбаченого ст. 198 КК.

Крім того, найменування к.пр., передбаченого ст. 209 КК, а також звернення до положень Закону від 18 травня 2010 р. дають змогу зробити висновок про те, що у ст. 209 КК йдеться про таке залучення відповідного майна у побутовий і господарський обіг, яке поєднується з прагненням надати цьому процесу правомірний вигляд. Як образно висловлюється І.А. Клепицький, необхідно врешті-решт зрозуміти,

що відмивання грошей полягає не в тому, що злодій на кошти, нажиті злочинним шляхом, відремонтував короварню, а в тому, що він видав одержані внаслідок вчинення злочину доходи за доходи, начебто правомірно отримані від ведення сільського господарства*.

*Вироком Печерського районного суду м. Києва О. була засуджена за ч. 1 ст. 209 КК за те, що вона, працюючи економістом фінансового сектору центральної бухгалтерії ЗАТ, шляхом зловживання службовим становищем заволоділа грішми товариства в сумі 8 тис. 835 грн. (за що була раніше засуджена за ч. 5 ст. 191 і ч. 2 ст. 366 КК), з яких 4 тис. 761 грн. легалізувала шляхом перерахування коштів за придбану нею побутову техніку і комунальні послуги. Апеляційний суд м. Києва вирок щодо О. скасував і справу закрит за відсутністю в її діях складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 209 КК. Підтверджуючи правильність такого рішення, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС вказала, що О. вчинила перерахування грошей, одержаних унаслідок розкрадання, за придбану побутову техніку і комунальні послуги не з метою їх відмивання, а для того, щоб безперешкодно заволодіти грошима. Своєю поведінкою О. не надавала правомірного вигляду володінню, користуванню чи розпорядженню доходами, одержаними шляхом вчинення злочину, передбаченого ч. 5 ст. 191 КК**.*

Прагнення винного надати правомірний вигляд процесові залучення майна у побутовий чи господарський обіг не притаманне складу к.пр., передбаченого ст. 198 КК: придбаваючи, отримуючи, зберігаючи або збуваючи майно, одержане злочинним шляхом, винна особа не прагне надати майну легального статусу, не бажає використовувати його під виглядом законного в операціях, правочинах і правомірній господарській діяльності. Вчинення к.пр., описаного у ст. 198 КК, має своїм наслідком фактичне втягнення злочинних доходів у побутовий і економічний обіг без приховування справжнього джерела походження такого майна, без надання володінню, користуванню або розпорядженню таким майном правомірного вигляду;

5) за ознакою суб'єкта. Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 198 КК, на законодавчому рівні розглядається як різновид причетності до злочину. Тому його суб'єктом не визнається особа, яка, будучи виконавцем або співучасником, вчинила той злочин, унаслідок якого одержане майно.

У п. 17 згаданої постанови ПВС від 15 квітня 2005 р. № 5 суб'єкт злочину, передбаченого ст. 198 КК, не зовсім точно, на нашу думку, позначається як особа, яка не одержувала майна злочинним шляхом. Насправді у цьому разі має йтися про особу, яка як виконавець або інший співучасник не вчиняла злочину – джерело походження майна.

* Клепицкий И.А. «Отмывание денег» в современном уголовном праве // Государство и право. – 2002. – № 8. – С. 44.

** Рішення Верховного Суду України. – 2005. – Вип. 2. – С. 110–111.

Натомість за ст. 209 КК може нести відповідальність як особа, яка одержала майно злочинним шляхом, так і особа, яка заздалегідь пообіцяла вчинити передбачені цією статтею дії для легалізації майна, одержаного унаслідок вчинення предикатного діяння.

Якщо к.пр., каране за ст. 209 КК, дістає вияв у вчиненні відповідних правочинів, за його вчинення може відповідати особа, яка набула у встановленому законом порядку повної цивільної дієздатності і не позбавлена дієздатності судом або не обмежена у ній. Цей підхід, який знайшов відображення в абз. 1 п. 15 постанови ПВС від 15 квітня 2005 р. № 5, вочевидь зумовлений тим, що майно, придбане в результаті вчинення предикатного злочину, формально не може бути визнано правомірно здобутим, якщо правочин щодо нього вчинено недієздатним суб'єктом. Такі «додаткові» ознаки для суб'єкта придбання чи збуту майна, одержаного злочинним шляхом, не притаманні. Для кваліфікації за ст. 198 КК не має значення, чи володіє особа дієздатністю, оскільки вчинення діянь з майном, одержаним злочинним шляхом, не повинно з формальної сторони відповідати умовам вчинення цивільного правочину.

Література

- Андрушко П.П. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності в Україні. – К.: Форум, 2004. – 160 с.
- Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: Навч. посібн. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – 514 с.
- 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. – 400 с.

Запитання і завдання

1. Охарактеризуйте предмети к.пр. проти власності. З'ясуйте співвідношення кримінально-правового і цивільно-правового поняття «майно».
2. Відмежуйте крадіжку від грабежу, шахрайства і привласнення чужого майна.
3. Відмежуйте розбій від грабежу і вимагання.
4. Відмежуйте шахрайство від цивільно-правових деліктів.
5. Підготуйте аналітичний огляд, присвячений сучасним різновидам шахрайства.
6. Охарактеризуйте форми заподіяння майнової шкоди шляхом обману і зловживання довірою, що охоплюються диспозицією ст. 192 КК України. Відмежуйте це к.пр. від шахрайства.
7. Відмежуйте самовільне зайняття земельної ділянки, передбачене ст. 197-1 КК України, від суміжних кримінальних та адміністративних правопорушень. Які основні напрями удосконалення цієї кримінально-правової заборони пропонуються в юридичній літературі?

8. Підготуйте огляд судової практики застосування ст. 176 КК України, в якому покажіть, яким чином на практиці визначається матеріальна шкода як обов'язкова ознака складу к.пр. «Порушення авторського права і суміжних прав». Запропонуйте шляхи розв'язання цієї проблеми.

9. Розмежуйте к.пр., передбачені ст. 209 і ст. 198 КК України.

Рекомендуємо прочитати

- О. Генрі «Фараон і хорал».
- Ілля Ільф, Євген Петров «Дванадцять стільців», «Золоте теля».
- Станіслав Родіонов «Кримінальний талант».
- Панас Мирний «Хіба ревуть воли, як ясла повні?».
- Жан Жене «Щоденник злодія».
- Джон Грішем «Шантаж».

Радимо подивитись

- Кишеньковий злодій (Франція, 1959, режисер Робер Брессон).
- Нестерпна жорстокість (США, 2003, режисери Е. и Дж. Коен).
- Операція «И» (СРСР, 1965, режисер Леонід Гайдай).
- Пограбування по-італійськи (США, Франція, Велика Британія, 2003, режисер Ф. Гері Грей).
- Пограбування на Бейкер-Стріт (Велика Британія, США, Австралія, 2008, режисер Роджер Дональдсон).
- Ва-банк (Польща, 1981, режисер Юліуш Махульський).
- Ва-банк II, або Удар у відповідь (Польща, 1984, режисер Юліуш Махульський).

5.2. Кримінальні правопорушення проти порядку здійснення господарської та пов'язаної з нею діяльності

5.2.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти порядку здійснення господарської та пов'язаної з нею діяльності

5.2.1.1. Відповідальність за ці к.пр. передбачена статтями розділу VII Особливої частини КК. Виділення економічних злочинів у самостійний розділ Особливої частини КК є характерною ознакою держав, що представляють «східну гілку» романо-германської правової системи, тобто колишніх і теперішніх соціалістичних держав.

За частотою криміналізації у світі склади економічних злочинів поділяють на три групи. Це діяння, криміналізовані: 1) у всіх або майже всіх державах (зокрема, незаконні дії при банкрутстві, податкові злочини,

контрабанда, фальшування грошей); 2) у переважній більшості держав (наприклад, відмивання злочинних доходів, незаконне отримання і розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю, незаконне використання товарного знаку, незаконна організація і порушення порядку проведення азартних ігор, лихварство); 3) лише в окремих державах (монополістичні дії та обмеження конкуренції, комерційний підкуп, порушення правил бухгалтерського обліку, порушення валютних операцій, обман споживачів тощо)*.

Ставлення до назви розділу VII Особливої частини КК («Злочини у сфері господарської діяльності») не може бути однозначним. З одного боку, законодавцю можна закидати те, що ця назва, не відображаючи родовий об'єкт відповідних к.пр. як основу побудови Особливої частини КК, чітко не показує, які саме відносини поставлені під охорону за допомогою кримінально-правових норм, об'єднаних у вказаний розділ КК. Відчуття невдалості назви останнього посилюється, якщо виходити з того, що у сфері господарської діяльності можуть бути вчинені к.пр., які не є власне господарськими (наприклад, комерційний підкуп, службове підроблення, шахрайство, привласнення або розтрата майна). З іншого боку, назву розділу VII Особливої частини КК певною мірою можна виправдати, якщо мати на увазі, які досить різнопланові посягання виявились об'єднаними в одне ціле у цьому розділі.

Приписи регулятивного законодавства не дозволяють визнавати саме *господарськими* частину відносин, охоронюваних нормами розділу VII Особливої частини КК. Відповідно до ч. 1 ст. 3 ГК під господарською розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність.

Сказане (пояснюючи, до речі, назву цього підрозділу посібника) стосується, наприклад, відносин, пов'язаних зі сплатою податкових і страхових внесків, а також приватизаційних відносин. Адже при тому, що роль суб'єктів господарювання – платників податків у наповненні державної скарбниці є визначальною, обов'язок сплачувати внески, що входять у систему оподаткування, покладається законодавством на осіб – учасників як господарських, так і трудових і цивільно-правових відносин. Відповідний зарубіжний досвід є неоднозначним, а тому апелювати до нього можуть прибічники різних підходів щодо вдосконалення системи Особливої частини КК України.

Кримінальне законодавство різних держав по-різному визначає місце норм про відповідальність за податкові злочини – вони розміщені у главах (розділах) КК про відповідальність: 1) за злочини проти фінансової систе-

* Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 226–229.

ми (наприклад, Болгарія, Грузія, Литва); 2) за економічні злочини (Азербайджан, Білорусь, Вірменія, Естонія, Казахстан, Китай, Молдова, РФ, Узбекистан тощо); 3) за майнові злочини (зокрема, Аргентина, Данія, Норвегія, Швейцарія). У деяких державах кримінальна відповідальність за податкові правопорушення або принаймні за переважну їх більшість встановлена не у КК, а в нормативно-правових актах податкового законодавства (наприклад, Польща, США, ФРН).

5.2.1.2. На підставі Закону від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» (далі – Закон від 15 листопада 2011 р.) із КК було виключено 16 статей – ст.ст. 202, 203, 207, 208, 214, 215, 217, 218, 220, 221, 223, 225, 226, 228, 234 і 235. Прийняття цього Закону стало чи не найбільшим реформуванням вітчизняного КК за весь час його чинності. Подібна об'ємна декриміналізація сталася у 1992 р., коли було скасовано кримінальну відповідальність одразу за 18 діянь. Щоправда, тоді це було виправдано: початок 90-х рр. минулого століття був часом кардинальної зміни економічної системи, проголошення переходу до ринкової моделі розвитку суспільства. Цього явно не спостерігалось у 2011 р., коли наш законодавець забажав змінити існуючу ситуацію в державі, пов'язану з підвищеним рівнем криміналізації господарських правопорушень, випадками зловживань з боку правоохоронних органів, погіршенням інвестиційного клімату в державі та зниженням підприємницької активності населення.

Аналіз 16 статей, виключених із КК, показує, що переважна більшість із них належала до числа так званих мертвих норм, які або взагалі протягом кількох років не застосовувались, або їх застосування мало поодинокий характер. Тому виключення з КК вказаних статей навряд чи суттєво зменшить тиск правоохоронних органів на суб'єктів господарювання, хоч саме така мета декларувалась ініціаторами розглядуваних законодавчих змін.

Частково ми погоджуємось із здійсненою декриміналізацією. Візьмемо, наприклад, ст. 214 КК («Порушення правил здачі дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння»). Фактично злочином на підставі цієї норми КК визнавалось невиконання договірного зобов'язання, допущене суб'єктом господарювання, який здійснює діяльність у сфері обігу дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння на підставі отриманої у встановленому порядку ліцензії. І такий цивільно-правовий делікт не поєднувався з наявністю будь-якої криміноутворюючої ознаки на кшталт насильства, злісності або обману. Тому ст. 214 КК могла розцінюватись як порушення принципу економії кримінально-правової репресії, який передбачає, що до криміналізації тієї чи іншої поведінки варто звертатись лише у тому випадку, коли бракує інших правових важелів впливу на неї.

Разом з тим ситуація, наприклад, із скасуванням ст. 207 КК («Ухилення від повернення виручки в іноземній валюті») менш однозначна. Ставлення до цієї кримінально-правової норми як до яскравого прикладу пережитку адміністративно-командної системи радянського управління або антиринкового припису – вияву економічно невиправданої, помилкової криміналізації, що обмежує самостійність суб'єктів господарювання, видається дещо поверховим. Річ у тім, що залежно від стану валютної кон'юнктури і на різних історичних етапах майже всі держави світу застосовували і застосовують різноманітні валютні обмеження. Навіть у державах із розвинутою ринковою економікою здійснюване державою правове регулювання валютного ринку включає кримінальні та адміністративні санкції. Видається, що у вітчизняного законодавця за умов проведеної на початку 90-х рр. минулого століття лібералізації ЗЕД були вагомі підстави для криміналізації приховування валютної виручки як форми нелегального відтоку капіталів. Нормалізація ситуації в сфері оподаткування, загальне поліпшення інвестиційного клімату, стабільність законодавства і подальший рух шляхом ринкових реформ дозволить з часом інтегрувати вітчизняну економіку у світове господарство і стимулювати такі цивілізовані форми капіталовкладень за кордон, як експортні кредити та легальні прямі інвестиції. В Україні мають бути створені умови, за яких приховане вивезення капіталів за кордон втратить для резидентів економічне значення, а отже, відпаде потреба у кримінально-правових засобах впливу на учасників ЗЕД. Цікаво, що скасування Центральним банком РФ з квітня 2006 р. обов'язкового продажу резидентами валютної виручки, на думку окремих російських авторів, позбавляє сенсу існування ст. 193 КК РФ, якою передбачено відповідальність за неповернення з-за кордону коштів в іноземній валюті. Водночас інші дослідники висловлюються за збереження у КК цієї заборони, зважаючи на те, що у зв'язку із несприятливою економічною кон'юнктурою відповідні валютні обмеження для учасників ЗЕД знову можуть бути запроваджені, а отже, вказана кримінально-правова заборона у майбутньому може знадобитись.

На підставі Закону від 15 листопада 2011 р. КАП був доповнений низкою нових адміністративно-правових заборон, які механічно відтворили диспозиції тих норм, яких позбувся КК. Одним із результатів такого переведення декриміналізованих діянь в розряд адміністративних проступків стало те, що деякі склади цих проступків включають діяння, які передбачені КК як окремі різновиди злочинів. Наприклад, ст. 135-1 КАП («Підроблення проїзних квитків і знаків поштової оплати») явно перегукується зі ст. 358 КК, яка визнає злочином підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів. Карані раніше за ст. 221 КК («Незаконні дії у разі банкрутства»), а наразі передбачені ст. 166-16 КАП фальсифікація, приховування чи знищення документів, які відображають господарську чи фінансову діяльність суб'єкта господарської діяльності, за наявності підстав можуть кваліфікуватись за ст.ст. 357, 358 або 366 КК.

Як це не дивно звучить, але щодо розмежування цих правопорушень (та інших подібних ситуацій) за бажання можна дійти діаметрально

протилежних висновків залежно від того, з якого правила ми будемо при цьому виходити: 1) або з ніким поки що не скасованої ч. 2 ст. 9 КАП, відповідно до якої адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть кримінальної відповідальності (пріоритет кримінально-правових заборон); 2) або з колізійного правила «усі неузгодженості в законі вирішуються на користь особи, діяння якої кваліфікується», легальною основою якого вважається конституційний принцип презумпції невинуватості (застосуванню підлягають адміністративно-правові норми).

У висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВР на проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності)», пізніше ухваленого як Закон від 15 листопада 2011 р., вказувалось, що декриміналізації мають зазнати лише діяння, передбачені ст.ст. 207, 214, 218, 220, 221, 223, 228, 234 КК, які не містять кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак. Такі ознаки, як вчинення діяння у значному, великому чи особливо великому розмірі, заподіяння великої матеріальної шкоди і вчинення діяння з використанням службового становища, вказують на підвищену суспільну небезпеку протиправних діянь. Відтворення цих кваліфікуючих ознак у складах адміністративних проступків не бере до уваги те, що КАП не оперує подібними ознаками. І це цілком виправдано, зауважували експерти, адже вчинення діяння за цих обставин свідчить про наявність у ньому ознак суспільної небезпеки, а отже, в силу вимог ст. 11 КК таке діяння має визнаватися злочином.

Нелогічним видається і вилучення із КК норм про відповідальність за порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг (ст. 202), зайняття забороненими видами господарської діяльності (ст. 203), які є загальними щодо інших норм, залишених у структурі розділу VII Особливої частини КК (ст.ст. 203-1, 203-2, 204, 213). Адже, наприклад, суспільна небезпека незаконних операцій з металобрухтом на порядок нижча від здійснення, наприклад, діяльності з надання фінансових послуг чи професійної діяльності на ринку цінних паперів без отримання спеціального дозволу чи набуття статусу фінансової установи. Діяльність фінансових пірамід у державі однозначно продукує більш небезпечні наслідки, ніж незаконна діяльність з металобрухтом.

5.2.1.3. Залежно від видового об'єкта к.пр. проти порядку здійснення господарської та пов'язаної з нею діяльності, передбачені розділом VII Особливої частини КК, пропонується **класифікувати**, виділивши к.пр. проти:

- 1) системи грошового обігу, фондового ринку і порядку обігу деяких документів (ст.ст. 199, 200, 216*, 222-1, 223-1, 223-2, 224, 232-1, 232-2);
- 2) системи оподаткування і системи загальнообов'язкового державного соціального страхування (ст.ст. 204, 212, 212-1);
- 3) бюджетної системи (ст.ст. 210, 211);
- 4) порядку переміщення предметів через митний кордон України (ст. 201)**;
- 5) порядку зайняття господарською діяльністю (ст.ст. 203-1, 203-2, 205, 205-1, 206, 206-2, 209, 209-1, 213, 227);
- 6) прав кредиторів (ст.ст. 219, 222);
- 7) засад добросовісної конкуренції (ст.ст. 229, 231, 232);
- 8) порядку приватизації (ст. 233).

Умовність наведеної класифікації полягає в тому, що окремі господарські к.пр. посягають на кілька видових (безпосередніх) об'єктів, а поміщені тільки в одну класифікаційну групу. Наприклад, шахрайство з фінансовими ресурсами віднесено до к.пр. проти прав кредиторів, хоча в тій частині, в якій це діяння полягає у незаконному одержанні пільг щодо податків або спробі їх одержання, воно є посяганням на систему оподаткування. Діяння, передбачене ст. 229 КК і віднесене нами до к.пр. проти засад добросовісної конкуренції, водночас і передусім є посяганням на встановлений порядок охорони і використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів і послуг.

У 2013 р. за вчинення цих к.пр. в Україні було засуджено усього 1960 осіб, серед них за: ст. 213 – 813 осіб; ст. 204 – 329 осіб; ст. 203-2 – 200 осіб; ст. 199 – 129 осіб; ст. 212 – 113 осіб; ст. 201 – 96 осіб; ст. 205 – 83 особи; ст. 222 – 82 особи. Отже, засуджених за іншими понад двадцятьма статтями розділу VII Особливої частини КК практично немає.

5.2.1.4. З об'єктивної сторони переважна більшість к.пр. проти порядку здійснення господарської та пов'язаної з нею діяльності вчиняються шляхом дії (наприклад, виготовлення підроблених грошей, контрабанда, шахрайство з фінансовими ресурсами). Об'єктивна сторона окремих з цих к.пр. може виявлятися і в бездіяльності (умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, приховування інформації про діяльність емітента тощо). Серед розглядуваних к.пр.

* Раніше діяння, передбачене ст. 216 КК, одним із предметів якого визнавались марки акцизного збору, пропонувалось відносити до к.пр. проти системи оподаткування. На підставі Закону від 18 вересня 2012 р. вказівку на марки акцизного збору зі ст. 216 КК було виключено. Наразі відповідальність за незаконні дії з такими марками передбачено у ст. 199 КК.

** Оскільки законодавець вирішив позбутись господарської контрабанди, традиційне розміщення цієї кримінально-правової заборони у розділі VII Особливої частини КК не може бути визнане виправданим (див. про це: Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 1. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 548–551).

зустрічаються к.пр. з формальним складом (зокрема, фіктивне підприємство, порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом), матеріальним складом (доведення до банкрутства, ухилення від сплати податків і зборів, незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару тощо), а також із формально-матеріальним складом (наприклад, незаконне використання інсайдерської інформації).

Диспозиції норм розділу VII Особливої частини КК носять бланкетний характер. Так, на результативність кримінально-правової протидії інсайдерським зловживанням, здійснюваної на підставі ст. 232-1 КК, негативним чином впливала у т.ч. та обставина, що у прийнятому у 2006 р. у порядку делегування повноважень законодавцем рішенні Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку «Про визначення інформації, яка належить до інсайдерської» закріплювався занадто вузький перелік відповідних відомостей.

Передусім через зв'язок відповідних норм КК із положеннями регулятивного законодавства (величезного за обсягом, суперечливого і вкрай нестабільного) проблематика кримінальної відповідальності за аналізовані к.пр. є однією з найскладніших у курсі Особливої частини кримінального права. Тезу про кричущу нестабільність вітчизняного регулятивного законодавства, положення якого безпосередньо стосуються застосування аналізованих кримінально-правових заборон, проілюструємо так: ухвалення ПК, з огляду на чітко виражений бланкетний характер кримінально-правової заборони, закріпленої у ст. 212 КК, призвело до уточнення або навіть перегляду багатьох вироблених доктриною і практикою підходів щодо кримінально-правової оцінки порушень податкового законодавства.

Суб'єктивна сторона к.пр. проти порядку здійснення господарської та пов'язаної з нею діяльності, як правило, характеризується умислом. При цьому обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони окремих к.пр. є мотив або мета (наприклад, обов'язковою ознакою виготовлення підроблених грошей є мета збуту, а обов'язковою ознакою дій, спрямованих на отримання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, – мета розголошення чи іншого використання цих відомостей).

Суб'єкт частини аналізованих к.пр. є спеціальним (службова особа суб'єкта господарської діяльності, фізична особа – підприємець, особа, яка зобов'язана сплачувати податки і збори, особа, якій комерційна або банківська таємниця стала відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю, тощо).

До найбільш дискусійних у науці питань, пов'язаних зі складами конкретних к.пр. у сфері господарської діяльності, варто віднести, зокрема, питання про:

– доцільність закріпленої у ст. 199 і ст. 224 КК диференційованої оцінки незаконних дій із цінними паперами і можливість інкриміну-

вання зазначених норм у випадку підроблення цінних паперів, що існують у бездокументарній формі;

– кваліфікацію збуту підроблених грошей, поєднаного із заподіянням майнової шкоди чужій власності, і використання підроблених платіжних засобів, результатом чого став фактичний переказ грошових коштів або їх одержання готівкою;

– шляхи оптимізації кримінального законодавства, покликаного протидіяти обігу фальсифікованої і небезпечної продукції, у т.ч. предметів, що імітують підакцизні товари, а також міцних спиртних напоїв домашнього вироблення;

– кримінально-правову оцінку ухилення від сплати скасованих податків, податків із доходів, одержаних злочинним шляхом, ухилення від сплати податків, не поєднаного з обманом, незаконних дій із заставленими активами, незаконного отримання бюджетного відшкодування ПДВ, зловживань податкових агентів, необережної несплати податків і зборів;

– доцільність виокремлення заборони, присвяченої ухиленню від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, і розуміння предмета злочину, передбаченого ст. 212-1 КК;

– подолання притаманної ст. 210 КК казуїстичності й охоплення її диспозицією інших бюджетних правопорушень, зокрема порушення порядку здійснення міжбюджетних трансфертів;

– встановлення кола суб'єктів незаконного обігу дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва (ст. 203-1) і доведення до банкрутства (ст. 219 КК);

– доцільність запровадження кримінальної відповідальності за необережне банкрутство;

– визначення кола предикатних діянь як джерела «брудних» доходів, обов'язковість кримінально-правової преюдиції стосовно складу к.пр. «Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» (ст. 209) та його співвідношення зі складами к.пр., передбачених ст. 198 і ст. 306 КК;

– кримінально-правову оцінку незаконного використання податкової пільги;

– удосконалення кримінально-правової охорони фондового ринку, а також заборон стосовно зайняття гральним бізнесом, фіктивним підприємництвом, незаконного використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, і незаконної приватизації державного і комунального майна*.

* Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності / Правова доктрина України: У 5 т. – Т. 5: Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку / За заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова. – Харків: Право, 2013. – С. 375–378.

5.2.2. Кримінальні правопорушення проти системи грошового обігу, фондового ринку і порядку обігу деяких документів

5.2.2.1. **Виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою використання при продажу товарів, збуту або збут підроблених грошей, державних цінних паперів, білетів державної лотереї, марок акцизного збору чи голографічних елементів** (ст. 199 КК). Будучи одним із найдавніших злочинних посягань, небезпека і соціально-етична докірливість якого цілком очевидні, заборони на фальшування грошей традиційно займають своє місце у кримінальних кодексах зарубіжних держав, а не в актах законодавства іншої галузевої належності (господарського, фінансового тощо), що є притаманним для багатьох інших економічних деліктів.

У КК Австрії, Ізраїлю, ФРН, Швейцарії та Японії норми про фальшування грошей і суміжні діяння виділені в самостійні розділи (глави) у межах Особливої частини, тобто законодавець вбачає існування для цих діянь особливого родового об'єкта посягання.

Оскільки для кваліфікації за ст. 199 КК необхідно, щоб відповідні предмети були підробленими, цією кримінально-правовою заборonoю не охоплюються випадки випуску в обіг грошових знаків, відмінних від офіційної грошової одиниці, при тому, що і такі дії здатні завдати шкоди системі грошового обігу конкретної держави, руйнують бюджет, призводять до економічного сепаратизму окремих територій. Невипадково ст. 32 Закону «Про Національний банк України» забороняє випуск та обіг на території України інших, крім гривні, грошових одиниць і використання грошових сурогатів як засобу платежу.

Для порівняння: ст. 442-4 КК Франції передбачає покарання за випуск в обіг будь-якого недозволеного грошового знаку з метою заміни монет або банкнот, що офіційно обертаються у Франції.

Одним із предметів к.п.р., передбаченого ст. 199 КК, є іноземна валюта. Окрема вказівка у ст. 199 КК на іноземну валюту пояснюється не лише виконанням Україною взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань і тим, що у структурі сучасного фальшування грошей значну частку становить підроблення саме іноземної валюти. Виготовлення підробленої іноземної валюти, яка використовується у міжнародних розрахунках та обмінюється на вітчизняні грошові знаки, врешті-решт завдає шкоди фінансовій системі, а отже, має тягнути кримінальну відповідальність.

Визнає іноземну валюту предметом фальшування грошей і зарубіжний законодавець. Так, у ст. 387 КК Іспанії, розміщеній у главі I («Про фальшування грошей і підроблення штемпельних товарів») розділу XVIII («Про фальсифікації») зазначається, що до національної валюти прирівнюються гроші Європейського Союзу та іноземні гроші. Стаття 6 глави 14 КК Швеції (назва глави – «Про злочини, пов'язані з фальсифікацією») встановлює відповідальність за підроблення банкноти або монети, яка перебуває в обігу як у ме-

жах, так і за межами Королівства. § 152 КК ФРН передбачає, що §§ 146–151 цього Кодексу, присвячені відповідальності за підроблення грошових знаків, цінних паперів, знаків оплати, їх збут і використання, а також за підготовку до підроблення, застосовуються також щодо грошей, знаків оплати і цінних паперів іноземної валютної зони.

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 199 КК України, полягає у таких діях, як виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну або збут відповідних предметів.

Поняття виготовлення підроблених грошових знаків, державних цінних паперів і білетів державної лотереї охоплює як повну імітацію вказаних предметів, так і істотну фальсифікацію справжніх грошей, державних цінних паперів і лотерейних білетів. Часткове підроблення може полягати, наприклад, у переробці цифрового та буквеного номіналу справжньої банкноти, зміні номера або серії облигації, підробленні підпису або відбитку печатки на цінному папері.

Незаконним виготовлення марок акцизного збору буде у разі виготовлення їх: 1) без належним чином оформленої зведеної заявки-розрахунку уповноваженого органу, тобто їх виготовлення без дозволу; 2) у кількості, яка перевищує зазначену у зведеній заявці-розрахунку; 3) іншого виду, ніж зазначений у зведеній заявці-розрахунку; 4) за фальсифікованою (підробленою) зведеною заявкою-розрахунком; 5) не за зведеною заявкою-розрахунком, а на замовлення інших суб'єктів. Від незаконного виготовлення марок слід відрізнити їх неналежне виготовлення, тобто виготовлення з порушенням затверджених зразків та технічного опису, що за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 367 КК як службова недбалість.

Підроблення означає як повне виготовлення фальшивих марок акцизного збору або захисних голографічних елементів будь-яким способом (друкарський, ксерокопіювання, малювання, фотографування, тиснення, наклеювання, комп'ютерна графіка тощо), так і часткове підроблення, тобто внесення у справжні марки чи елементи неправдивих відомостей (скажімо, зміна їх реквізитів). Поняттям підроблення охоплюється і виготовлення акцизних марок або голографічних елементів на підприємстві, яке не має права на їх виготовлення, тобто неналежним виробником. Адже незаконне виготовлення відповідних предметів може здійснюватись лише їх законним виробником; в іншому випадку має місце підроблення певних предметів.

В аспекті кращого розуміння вжитого у ст. 199 КК терміна «виготовлення» потребує окремого розгляду питання про відмежування аналізованого к.пр. від шахрайства. Для кваліфікації дій винного за ст. 199 КК треба встановити, що підроблені гроші, державні цінні папери або білети державної лотереї мають істотну схожість з відповідними оригіналами за формою, розміром, кольором, основними реквізитами. У тих випадках, коли очевидна невідповідність виготовленого грошо-

вого знака, державного цінного паперу або білета державної лотереї відповідному оригіналу виключає участь підробки в обігу, а інші обставини справи свідчать про те, що умисел винної особи був спрямований лише на обман окремих громадян з метою заволодіння їх майном, такі дії мають кваліфікуватись за ст. 190 КК як шахрайство. Інакше кажучи, якщо у пересічного громадянина сумніви у справжності того чи іншого предмета не можуть не виникнути, кваліфікація вчиненого за ст. 199 КК виключається. Наприклад, це може бути збут підробленого грошового знака за умов, що ускладнюють виявлення підробки (у темну пору доби, особі з вадами зору, малолітньому або особі у стані сильного сп'яніння тощо) чи у розрахунку на елементарну неуважність або недосвідченість потерпілого, який має лише приблизне уявлення про те, як насправді виглядає той чи інший предмет.

Так, у 2005 р. у Донецькій області злочинці намагались вручити пенсіонерам, вимагаючи у них здачу, купюри номіналом у 5 тис. грн. із зображенням тодішнього Прем'єр-міністра України Ю.В. Тимошенко. Не утворюють складу к.пр., передбаченого ст. 199 КК, а мають розцінюватись як шахрайство дії «умільця», який з перуанських і словенських банкнот виготовляв євро і був викритий власницею одного з магазинів Кривого Рогу, що повідомила в міліцію про підозрілі 50 євро та їхнього власника.*

У судовій практиці визнається, що у випадку збуту іноземної валюти, в якій підроблено лише цифровий номінал купюри, дії того, хто її збув, також треба кваліфікувати як шахрайство. Обіг іноземної валюти із неузгодженими між собою цифровим та буквеним номіналами не здатен заподіяти шкоди фінансовій системі, однак може призвести до протиправного і безоплатного заволодіння майном окремих громадян. Так само має вирішуватись питання стосовно підроблення національної валюти України, адже будь-який громадянин знає, яким чином має виглядати справжня гривня, а тому випадки підробки лише цифрового та/або буквеного номіналів без зміни на банкнотах інших зображень не повинні кваліфікуватись за ст. 199 КК.

*Про досить унікальний випадок, показовий з точки зору відмежування фальшування грошей від шахрайства, писав Б.В. Волженкін. Під час розслідування однієї кримінальної справи у Санкт-Петербурзі було встановлено, що особи намагались збути підроблені 100-доларові купюри США нового зразка, які із зовнішнього боку нічим не відрізнялись від справжніх, за винятком однієї обставини. У лівому нижньому куті підроблених банкнот дрібним шрифтом англійською мовою було надруковано: «Це не є грошовими засобами, законними засобами платежу»**.*

* Прем'єр – справжня. Купюра – фальшива // Голос України. – 2005. – 22 липня; Карпюк Г. Якщо банкноти схожі як «дві краплі води», – це фальшивка! // Юридичний вісник України. – 2010. – № 46.

** Волженкин Б.В. Преступления в сфере экономической деятельности (экономические преступления). – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 375–376.

Поділяючи висновок Б.В. Волженкіна про те, що наявність такого «стороннього» напису на банкнотах кримінально-правову оцінку вчиненого як фальшування грошей виключає, все ж зазначимо, що пересічний громадянин чи то України, чи то Росії не зобов'язаний знати англійську мову, а також орієнтуватись у тому, як саме виглядає той чи інший президент США, будівля Капітолію, Казначейства США, Білого Дому або Палацу Незалежності.

Невдалу спробу сплатити за товар за допомогою підроблених грошових знаків або обміняти їх на іноземну валюту треба визнавати замахом на к.пр., передбачене ст. 199 КК.

Саме замахом на збут підробленої національної валюти (ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 199 КК) визнав Мукачівський міськрайонний суд Закарпатської області дії особи, яка, знаючи про те, що наявна у неї грошова банкнота номіналом 50 грн. є підробленою, намагалася за допомогою цієї купюри купити дві пляшки пива, але не довела злочин до кінця, оскільки бармен кафе виявив ознаки підробки, повернув її власниці, повідомивши про цей факт працівників міліції.*

Водночас слід брати до уваги те, що діяння, передбачене ст. 199 КК, є к.пр. з альтернативними діями. У випадку вказівки на кілька альтернативних дій к.пр., як відомо, вважається закінченим з моменту повного виконання хоча б однієї дії, що виключає кримінально-правову оцінку як замаху іншої з таких дій, виконаної лише частково. У зв'язку з цим якщо невдалу спробу сплатити за товар за допомогою підроблених грошових знаків або обміняти їх на іноземну валюту вчинила особа, яка виготовила фальшивку, вчинене є закінченим к.пр. – виготовленням підроблених грошей з метою збуту, а невдала спроба збуту включається в обсяг обвинувачення і враховується при призначенні покарання у межах такої загальної засади призначення покарання, як врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину.

За збут підроблених предметів, вказаних у ст. 199 КК, до відповідальності мають притягуватись три категорії осіб: 1) ті, хто виготовляє підробки, або їх співучасники; 2) особи, які спеціально отримують фальшивки від підроблювачів для їх розповсюдження; 3) особи, які випадково придбали підробки (наприклад, з ними розрахувались у такий спосіб за проданий товар), а згодом, усвідомивши несправжній характер грошей, випускають підробки в обіг. Збут випадковим набувачем одиничної підробленої купюри з урахуванням конкретних обставин справи може розглядатись як малозначне діяння (ч. 2 ст. 11 КК).

Стаття 386 КК Іспанії встановлює, що той, хто добросовісно придбаває фальшиві гроші, здійснює їх збут або розповсюдження після того, як дізнається про їх фальшивість, карається арештом на строк від дев'яти до п'ятнадцяти вихідних днів і штрафом на суму від шести до двадцяти чотирьох місячних заробітних плат за умови, що вартість підроблених грошей

* Архів Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області. Справа № 1-158 за 2007 р.

перевищує вказаний у КК показник. Звертає на себе увагу та обставина, що це покарання за суворістю значно поступається покаранням, які мають призначатись особам, які збувають або розповсюджують підроблені гроші, діючи у змові з фальшивомонетниками і контрабандистами, та особам, які вводять фальшивки в оборот, спеціально придбавши їх для цього.

Подібним чином вирішує проблему кримінальної відповідальності випадкових набувачів фальшивок КК ФРН. Якщо у § 146 («Підроблення грошових знаків») йдеться про збут як справжніх фальшивих грошей, вчинений тими, хто їх підробив, фальсифікував або придбав з метою збуту, то § 147 («Збут підроблених грошових знаків») встановлює менш суворе покарання для осіб, які в інших випадках, крім перелічених у попередньому параграфі, збувають підроблені гроші під виглядом справжніх. Істотне пом'якшення кримінальної відповідальності для випадкових набувачів підробок передбачає також ст. 245 КК Болгарії, § 167 КК Данії, ст. 312 КК Польщі. Особливий привілейований склад фальшування грошей, розрахований на тих, хто отримав підробку під виглядом справжнього грошового знаку, виділяє і законодавець Аргентини, Бельгії, Індії, Литви, Сінгапуру.

5.2.2.2. Незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, електронними грошима, обладнанням для їх виготовлення (ст. 200 КК). Одним із заходів щодо детінізації економіки вважається зростання ролі і частки безготівкових розрахунків. З урахуванням того, що використання готівки є сприятливим підґрунтям для ведення тіньового бізнесу, цивілізовані держави намагаються (зокрема, шляхом поширення чекової форми розрахунків і розрахунків за допомогою платіжних карток) максимально зменшити кількість операцій з готівкою та обсяг готівкової маси в обігу. Розвитку ринку платіжних карток сприяє глобальний характер сучасної економіки. Динамічне запровадження новітніх електронних платіжних систем, вдосконалення банківських технологій, роблячи більш зручним проведення грошових розрахунків у діловому житті і побуті і скорочуючи витрати з обслуговування готівкового обігу, водночас сприяє поширенню протиправної поведінки, активізує діяльність злочинних угруповань, які спеціалізуються на вчиненні злочинів, пов'язаних з емісією і використанням платіжних інструментів.

За оцінками фахівців, у світовому масштабі за допомогою платіжних карток систем Visa і MasterCard злочинці щорічно заволодівають приблизно 5 млрд доларів США. Вони постійно відшукують країни, які вже мають значні обсяги емісії платіжних карток, але ще не навчилися ефективно боротись із картковими зловживаннями. До таких країн на сьогодні належить Україна, адже у нас продовжують емітуватись платіжні карти із магнітною смугою, які досить легко підроблюються, у той час, як країни Західної Європи, запровадивши нові правила безпеки під час проведення операцій з картами, починаючи з 2005 р. випускають платіжні смарт-карти – «розумні» карти, які замість (або крім) магнітної смуги містять впаюну мікросхему (чип). Разом з тим перехід на нову технологію є економічно не вигідним для

банків. Адже собівартість смарт-карти щонайменше удвічі вища, ніж собівартість звичайної платіжної картки. До того ж банки повинні переобладнати всі банкомати і термінали у місцях торгівлі на прийом чіпових карток.

Предметом аналізованого к.пр. є: 1) документи на переказ; 2) платіжні картки; 3) інші засоби доступу до банківських рахунків; 4) електронні гроші (електронні гроші – одиниці вартості, які зберігаються на електронному пристрої, приймаються як засіб платежу особами, відмінними від тієї особи, яка їх випускає, і є грошовим зобов'язанням цієї особи, що виконується в готівковій або безготівковій формі).

Не визнаються предметом к.пр., передбаченого ст. 200 КК: векселі та інші цінні папери (їх підроблення має кваліфікуватись за ст. 199 або ст. 224 КК); дисконтні, клубні, телефонні картки; не підроблені, а втрачені (наприклад, викрадені) платіжні картки.

Справжній документ, на якому відсутні сліди будь-якої підроблення, є антиподом підробленого документа, про використання якого йдеться у ст. 200 КК України (більш досконалий підхід втілено у ст. 196 КК КНР, присвяченій шахрайській діяльності з кредитними картками. В ній встановлено відповідальність за використання як підроблених і недійсних карток, так і карток, належних іншим особам, без їх відома). Якщо шляхом використання чужої непідробленої платіжної картки здійснюється незаконне заволодіння грошовими коштами, вчинене треба кваліфікувати як злочин проти власності. Така саме кримінально-правова оцінка має даватись діям, які полягають у використанні справжньої платіжної картки, отриманої без відома її офіційного держателя, про якого винний зібрав необхідну інформацію.

Об'єктивна сторона к.пр. полягає у:

- 1) підробленні електронних грошей і засобів доступу до банківських рахунків;
- 2) придбанні, зберіганні, перевезенні, пересиланні з метою збуту підроблених документів на переказ або платіжних карток;
- 3) збуті чи використанні вказаних підроблених документів або карток;
- 4) неправомірному випуску або використанні електронних грошей.

Підроблення електронних грошей або засобів доступу до банківських рахунків означає як повне виготовлення вказаних засобів, так і фальсифікацію справжніх предметів. Конкретний спосіб підроблення (дописка, зрізування та наклеювання літер і цифр, термічна обробка, переписування магнітної смуги, з використанням спеціального обладнання тощо) визначається тим, який саме платіжний інструмент підроблюється і на якому матеріальному носії він існує (паперовому, електронному, іншому). За наявності підстав підроблення платіжного засобу потребує додаткової кваліфікації за ст. 361 або ст. 362 КК.

Створення предмета, який не має схожості зі справжнім документом чи платіжною картою за основними реквізитами, але надає доступ до банківського рахунку, може кваліфікуватись за ст. 361-1 КК як створен-

ня шкідливого програмного чи технічного засобу, призначеного для несанкціонованого втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку.

Під використанням підроблених документів на переказ та платіжних карток треба розуміти вчинення з їх допомогою різноманітних незаконних дій – здійснення переказу грошей неналежним ініціатором, одержання грошей у готівковій формі через банкомат, касу банку, іншої фінансової установи або пункту обміну іноземної валюти, проведення оплати за придбані товари, у т.ч. тих, купівля яких здійснюється в системах електронної комерції, одержання інформації про стан банківського рахунку тощо.

Випуск або використання електронних грошей визнаються неправомірними, якщо ці дії вчиняються усупереч вимогам Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» або нормативно-правовим актам НБУ (наприклад, випуск електронних грошей здійснюється банком, який не бере на себе зобов'язання з погашення електронних грошей, або банком, який до початку випуску електронних грошей не узгодив із НБУ правила використання електронних грошей).

Умовні величини, які використовуються в системах інтернет-розрахунків, не мають ознак електронних грошей, передбачених Законом «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні». Відповідно, випуск і використання умовних величин усередині системи Інтернет-розрахунків, не можуть кваліфікуватись за ч. 1 ст. 200 КК як неправомірний випуск та використання електронних грошей*.

Не може бути підтримана пропозиція закріпити збут підроблених платіжних засобів як кваліфікуючу ознаку розглядуваного к.пр.**. Адже дії, вказані у ч. 1 ст. 200 КК (у т.ч. збут), ще не спричиняють реальної шкоди належному функціонуванню системи емісії та обігу платіжних засобів, не порушують поки що майнових прав та інтересів суб'єктів цієї системи.

Характер описання предмета та об'єктивної сторони к.пр., передбаченого ст. 200 КК, дозволяє стверджувати, що випадки протиправного доступу до банківських рахунків через глобальну мережу Інтернет, коли замовлення товарів здійснюється без реальної присутності платіжної картки, диспозицією аналізованої кримінально-правової заборони не охоплюються. Тому як відповідне посягання на власність

* Берзін П., Куцевич М. Електронні гроші. Проблеми кримінально-правової кваліфікації неправомірного випуску й використання їх у системах інтернет-розрахунків // Юридичний вісник України. – 2013. – № 45.

** Панов М.М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків: Монографія / Наук. ред. В.І. Борисов. – Харків: Право, 2009. – С. 104.

треба розцінювати заволодіння коштами шляхом використання під час придбання товарів в інтернет-магазинах не безпосередньо платіжних карток, а лише їх реквізитів – номеру картки, дати, до якої вона чинна, імені та адреси держателя.

Підроблення засобів доступу до банківських рахунків, вчинене з метою використати підроблені предмети для обманного заволодіння чужими грошима, має кваліфікуватись не лише за ст. 200 КК, а й як готування до того чи іншого к.пр. проти власності.

У разі, коли в результаті використання підроблених документів на переказ або платіжних карток відбувається заволодіння чужими грошовими коштами, вчинене залежно від обставин справи потрібно кваліфікувати за сукупністю к.пр., передбачених ст. 200 і ст. 185 або ст. 190 КК.

Можливі зловживання з боку законних держателів платіжних карток диспозицією ст. 200 КК не охоплюються і за наявності до цього підстав можуть розглядатись як к.пр. проти власності.

Натомість ст. 148 КК Швейцарії («Зловживання чековими і кредитними картками») передбачає покарання для того, хто будучи неплатоспроможним або не бажачи платити, використовує надану йому чекову або кредитну картку для того, щоб отримати майнову вартість послуги і в такий спосіб заподіяти майнову шкоду особі, яка склала документ. У ст. 211 КК Грузії йдеться про зловживання чеком або кредитною карткою, що заподіяло істотну шкоду тому, хто видає готівку. Стаття 196 КК КНР окремою формою шахрайської діяльності з кредитними картками визнає зловмисне перевитрачання. Під ним розуміється ситуація, коли володілець кредитної картки перевитрачує встановлену суму або строк з метою незаконного привласнення грошей і крім того, не повертає їх навіть після відповідної вимоги банку-емітенту.

5.2.3. Кримінальні правопорушення проти порядку зайняття господарською діяльністю

5.2.3.1. **Зайняття гральним бізнесом** (ст. 203-2 КК). Можна по-різному ставитись до мотивів, які спонукали ухвалити Закон від 15 травня 2009 р. «Про заборону грального бізнесу в Україні», але очевидним є те, що цей Закон, нагадуючи за своїми наслідками сумнозвісний американський «сухий закон», став потужним криміногенним чинником. Вказаному Закону, як відомо, підкорились далеко не всі суб'єкти грального бізнесу. Частина з них продовжила свою діяльність у завуальованих формах (віртуальні казино, інтернет-кафе, покерні клуби, зали електронних розваг та атракціонів тощо). Фактично внаслідок непрофесійних дій державної влади цілий сектор економіки опинився у тіні. Україна гостро потребує сучасного законодавства, покликаного врегулювати сферу азартних ігор.

У світовій практиці наявні три моделі законодавчого регулювання азартних ігор залежно від ставлення до них з боку того чи іншого суспільства:
1) *цілковита заборона азартних ігор – притаманна для країн із високим рівнем впливу релігії на життя суспільства (зокрема, Іран, Ізраїль, Індонезія);*

2) часткова легалізація грального ринку, коли держава дозволяє лише деякі види азартних ігор, і територіально гральний бізнес може бути зосереджений у спеціальних гральних зонах (наприклад, РФ і Казахстан); 3) повна легалізація грального бізнесу в рамках державного контролю азартних ігор (зокрема, країни Європи)*. Завданням державного регулювання грального бізнесу, на відміну від інших сфер економіки, є не стимулювання його розвитку, а задоволення мінімального попиту громадян на гру шляхом дозволу ігор на гроші в обмеженому і суворо контрольованому державою обсязі. Показово, що ЄСПЛ у ряді своїх рішень визнав обґрунтованим широке коло обмежень, запроваджуваних державами на свободу здійснення азартного бізнесу, для забезпечення громадського порядку, безпеки і здоров'я населення**. Зрозуміло і те, що передбачене Законом «Про заборону грального бізнесу в Україні» прийняття законодавства про право на здійснення грального бізнесу у спеціально створених гральних зонах призведе і до зміни аналізованої кримінально-правової заборони.

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого чинною редакцією ст. 203-2 КК, виявляється у зайнятті гральним бізнесом. Диспозиція ч. 1 ст. 203-2 КК чітко не визначає ознак передбаченого цією нормою складу к.пр., носить бланкетний характер, що для з'ясування змісту досліджуваної кримінально-правової заборони робить необхідним звернення до Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні». Відповідно до ст. 1 названого Закону **гральним бізнесом** визнається діяльність, пов'язана з організацією, проведенням та наданням можливості доступу до азартних ігор у казино, на гральних автоматах, комп'ютерних симуляторах, у букмекерських конторах, в інтерактивних закладах або в електронному (віртуальному) казино незалежно від місця розташування сервера.

Поняттям грального бізнесу охоплюється діяльність інтернет-казино (це сайти в Інтернеті або програми, що дають можливість грати в азартні ігри через Інтернет). Інтернет-казино надають переваги гравцям, зокрема, через такі характеристики, як: мобільність (гравцям не потрібно кудись їхати); доступність (гра здійснюється у будь-який час, без свідків і «фейс-контролю»); виплата бонусів за поповнення гравцем рахунку; виплати є більш вигідними для гравців через незначні витрати інтернет-казино; асортимент (пропонується набагато ширший набір ігор, ніж в реальному казино); оперативність (не треба стояти в черзі за фішками).

Організація азартних ігор може полягати у створенні і забезпеченні належного функціонування грального закладу і грального обладнання, підготовці персоналу, забезпеченні безпеки процесу гри, визначенні правил гри, контролі за отриманням доходів та їх розподілом тощо. Проведення азартних ігор – це безпосереднє їх здійснення, яке триває у часі та зумовлюється відповідними правилами.

* Бурковський І, Науменко Д. Гральний бізнес в Україні: потрібна ефективна система регулювання // Дзеркало тижня. – 2008. – № 36.

** Гетьманцев Д. Легалізація азартного бізнесу? // Дзеркало тижня. – 2012. – № 7.

Відповідно до ст. 1 Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні» азартною визнається будь-яка гра, обов'язковою умовою участі в якій є сплата гравцем грошей (у т.ч. через систему електронних платежів), що дає змогу учаснику як отримати виграш (приз) у будь-якому вигляді, так і не отримати його залежно від випадку.

Можна виокремити три ознаки азартних ігор: 1) повна або часткова залежність виграшу від випадку, а не від вміння, здібностей чи мистецтва гравця; 2) наявність можливості отримати гроші, інше майно чи майнові права внаслідок виграшу; 3) наявність ризику позбавитись ставки, внесеної за право участі у грі. Від азартних ігор треба відрізнити ігри інтелектуальні, в яких майстерність, розум гравця, його вміння вести гру і прораховувати наперед ігрову ситуацію обумовлюють результат гри (шахи, шашки, бридж, преферанс тощо).

Вчинене шляхом обману заволодіння чужим майном під час проведення гри, яка не визнається азартною, за наявності підстав має кваліфікуватись за ст. 190 КК як шахрайство.

Наприклад, гральний автомат типу «кран-машина» може бути запрограмований у такий спосіб, що гравець ніколи не отримає виграш і втрачатиме свої гроші через неналежне функціонування грального обладнання. Особи, які організують і проводять азартні ігри, також можуть вчиняти шахрайство, у зв'язку з чим їх дії потребують кваліфікації і за ст. 190 КК.

Суть шахрайства, пов'язаного з незаконними азартними іграми, полягає у тому, що винний з самого початку знає про те, що ставка у грі ніколи не буде отримана назад гравцем (тобто ніякі випадок чи вміння не врятують гравця від втрати свого майна), що через обман з боку винного до гравця ніколи не перейде призовий фонд, що винним буде створена така обстановка, щоб у жертви не виникло сумнівів, що програш відбувся саме з її вини чи через випадок, до якого не причетна винна особа (наприклад, під відповідну цифру в рулетці винний підкладає магніт, і стрілка зупиняється саме на цій цифрі, про що заздалегідь знає шахрай, бажаючи заволодіти ставкою гравця). Одним із способів шахрайства, пов'язаного з незаконними азартними іграми, є втручання в роботу автоматичних гральних пристроїв з метою зведення нанівець або значного зменшення вірогідності випадіння джек-потів чи виграшів (з передбачених правилами 70% до 20% і навіть менше).

Кваліфікуючи дії особи за ст. 203-2 КК, слід враховувати, що встановлена законодавцем межа між азартними та неазартними іграми є доволі тонкою; як наслідок, зміна одного з пунктів правил проведення тієї чи іншої гри може перевести її в розряд азартних і навпаки.

Наприклад, гра в більярд, боулінг або карти, якщо її учасники домовились грати на певний приз (скажімо, гроші), має розцінюватись як азартна гра. Навіть якщо єдиним можливим виграшем гри у більярд чи боулінг є додаткова безкоштовна гра, то й ця обставина, вочевидь, не виключає оцінку гри як азартної.

З точки зору законодавства, якщо особа організовує, проводить азартну гру або надає доступ до неї, однак гра відбувається не у казино, букмекерській конторі чи інтерактивному закладі (у цій частині обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу розглядуваного к.пр. є місце його вчинення), а так само не є грою на гральному автоматі, комп'ютерному симуляторі або в електронному казино (у цій частині відповідне гральне обладнання відіграє роль засобу вчинення аналізованого к.пр.), винний може бути притягнутий до адміністративної відповідальності за зайняття забороненими видами господарської діяльності (ст. 164-16 КАП).

Сказане стосується організації та проведення гри в «наперсток» на площі населеного пункту, а так само організації і проведення азартних ігор у місцях позбавлення волі. Навряд чи з'ясовану диференціацію юридичної відповідальності, яка є результатом цілковитої бланкетності диспозиції ч. 1 ст. 203-2 КК, можна визнати виправданою.

Аналізоване к.пр. вважається закінченим з моменту початку зайняття гральним бізнесом. На кваліфікацію за ст. 203-2 КК не впливають кількість і вид гального обладнання, що використовувалось при зайнятті гральним бізнесом, розмір отриманого винною особою доходу, а також те, було вчинено злочин одноособово або групою осіб. Виходить, що законодавець встановив однакове покарання, наприклад, для організатора гального закладу (казино), який отримує мільйонні прибутки, та власника лише одного гального автомату, з чим погодитись складно.

З точки зору вдосконалення КК більш сувору кримінальну відповідальність має тягнути зайняття гральним бізнесом, вчинене групою осіб за попередньою змовою чи організованою групою, або пов'язане з отриманням доходу у великих чи особливо великих розмірах. Так, кваліфікуючими ознаками незаконної організації і проведення азартних ігор згідно з ч. 2 ст. 171-2 КК РФ є отримання прибутку в особливо великому розмірі або вчинення цього злочину організованою групою.

Передусім на підставі ст. 203-2 КК мають відповідати організатори азартних ігор, які здійснюють діяльність з метою створення умов для проведення азартних ігор та видачі вигравшів (призів) їх учасникам.

Оскільки законодавчим визначенням поняття гального бізнесу охоплюється у т.ч. діяльність із надання можливості доступу до азартних ігор, виконавцями к.пр., передбаченого ст. 203-2 КК, мають визнаватись також особи, які виконують розпорядження організаторів азартних ігор, – касири, круп'є, продавці, оператори, менеджери гральних залів тощо. До набрання чинності Законом «Про заборону гального бізнесу в Україні» подібні особи не могли притягуватись до адміністративної відповідальності за порушення порядку про-

вадження господарської діяльності, пов'язаної з азартними іграми (ст. 164 КАП), оскільки будучи найманими працівниками, не визнавали суб'єктами господарювання.

Стаття 2 Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні» забороняє не лише гральний бізнес, а й участь в азартних іграх, що, на перший погляд, наводить на думку про неузгодженість диспозиції аналізованої кримінально-правової заборони з приписами регулятивного законодавства. Видається однак, що законодавець вчинив правильно, не криміналізувавши участь в азартних іграх. Гравець – особа, яка бере участь в азартній грі, не визнається суб'єктом к.пр., передбаченого ст. 203-2 КК (за умови, звичайно, що гравець водночас не належить до числа тих, хто займається гральним бізнесом). За участь в азартній грі (карти, рулетка, «наперсток» тощо) на гроші, речі та інші цінності передбачено адміністративну відповідальність (ст. 181 КАП).

Існують, щоправда, держави (зокрема, Іран, КНДР, Монголія, Республіка Корея, Судан, ФРН, Японія), в яких кримінально караним є власне участь у забороненій або взагалі у будь-якій азартній грі.

Кримінальна відповідальність фізичної особи, винної у вчиненні к.пр. – зайнятті гральним бізнесом, не виключає застосування до суб'єкта господарювання, який організовує і проводить азартні ігри, штрафу, передбаченого ст. 3 Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні». Тут, щоправда, постає питання про сенс кримінально-правової санкції у вигляді штрафу на максимальну суму у 850 тис. грн., якщо за вчинення цього самого правопорушення передбачається адміністративний штраф у розмірі 8 тис. мінімальних заробітних плат. Невже законодавець впевнений у тому, що потенційного правопорушника може зупинити штраф як вид кримінального покарання у розмірі 850 тис. грн., якщо його не зупиняє штраф, удесятеро більший за цю суму? До того ж, якщо суб'єкт господарювання, який організовує і проводить азартні ігри, є фізичною особою, яку притягують за вчинене нею і до кримінальної, і до адміністративної відповідальності у вигляді штрафу, вочевидь, можна вести мову порушення закріпленого у ч. 1 ст. 61 Конституції України принципу non bis in idem.

З урахуванням класифікації злочинів, закріпленої у ст. 12 КК, і санкцій ст. 203-2 КК зайняття гральним бізнесом віднесено до особливо тяжких злочинів і визнається більш тяжким злочином, ніж навіть тяжке тілесне ушкодження, що вчинене шляхом мучення і спричинило смерть одного чи кількох потерпілих (ч. 2 ст. 121 КК), або груповий розбій (ч. 2 ст. 187 КК), або терористичний акт (ч. 1 ст. 258 КК) тощо. Зайняття гральним бізнесом за ступенем суспільної небезпеки прирівнюється до умисного вбивства. Таким чином, задекларований Конституцією принцип, згідно з яким людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, не відповідає дійсності.

5.2.3.2. **Фіктивне підприємництво** (ст. 205 КК). Об'єктивна сторона к.пр. виявляється в одній із двох дій: 1) створення юридичної особи будь-якої організаційно-правової форми – суб'єкта підприємницької діяльності; 2) придбання такої юридичної особи. Стаття 205 чинного КК встановлює відповідальність за дії, які з зовнішнього боку є цілком легальними. При цьому особи, які стоять за створенням або придбаним суб'єктом підприємництва, насправді мають на меті не зайняття повноцінною, самодостатньою підприємницькою діяльністю, а зовсім інше: прикриваючись комерційною юридичною особою як ширмою, вони прагнуть приховати свою незаконну діяльність.

Особи, які вчиняють фіктивне підприємництво, можуть: 1) повністю відмовлятися від здійснення тієї офіційної діяльності, яка фіксується в установчих документах юридичної особи (наприклад, замість надання масажних послуг особи фактично утримують місце розпусу); 2) вести її у мінімальному обсязі, що дозволяє вважати комерційну структуру такою, що насправді функціонує, тобто імітувати підприємницьку діяльність; 3) вести більш-менш повноцінну підприємницьку діяльність з отриманням прибутку для того, щоб приховати паралельно здійснювану незаконну діяльність (наприклад, контрабанда здійснюється під прикриттям створеного з цією метою підприємства, яке офіційно займається зовнішньою торгівлею).

До юридичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності належать, зокрема, підприємства, які створюються для здійснення підприємництва, та об'єднання таких підприємств (асоціації, корпорації, консорціуми тощо), господарські товариства (акціонерні, з обмеженою та додатковою відповідальністю, повні, командитні), виробничі кооперативи, фермерські господарства.

Утворення фіктивних некомерційних юридичних осіб (наприклад, підприємств, призначених для здійснення некомерційного господарювання), що має на меті прикриття злочинної діяльності, не може кваліфікуватися за ст. 205 КК і за наявності для цього підстав повинно розглядатися як готування до відповідного к.пр. (наприклад, до шахрайства за обтяжуючих обставин, контрабанди). Таке обмеження сфери застосування кримінально-правової норми про фіктивне підприємництво є не виправданим.

Для порівняння: ст. 234 КК Білорусі визначає лжепідприємництво як створення юридичної особи без наміру здійснювати статутну діяльність з метою отримання позик, кредитів, або для прикриття забороненої діяльності, або для приховування, заниження прибутку, доходів чи інших об'єктів оподаткування, або для вилучення іншої майнової вигоди, що потягло заподіяння шкоди у великому розмірі. Як бачимо, коло створюваних юридичних осіб, децю не узгоджуючись з назвою статті КК («Лжепідприємництво»), не обмежується лише суб'єктами підприємницької діяльності.

Не можуть кваліфікуватися за ст. 205 дії особи, яка підробила установчі документи, документи про державну реєстрацію юридичної осо-

би або документи податкових органів, оскільки у такому разі суб'єкт підприємницької діяльності не створюється. Державній реєстрації суб'єкта підприємницької діяльності, охоплюваній диспозицією ч. 1 ст. 205 КК, передуює подання винною особою до органу, який здійснює державну реєстрацію вказаного суб'єкта, неправдивих відомостей (про засновників, керівників створюваної юридичної особи, справжню мету її діяльності тощо). Однак у цій ситуації йдеться не про те, що винний у фіктивному підприємництві підробив свідоцтво про державну реєстрацію комерційної юридичної особи: винний лише ввів в оману державного реєстратора, однак перекручення втіленої у зазначеному документі істини він не здійснював.

Ситуації, в яких державна реєстрація суб'єкта підприємництва не відбувається, а особа з метою заволодіння чужим майном шляхом обману або шахрайства з фінансовими ресурсами використовує підроблені документи, штампи і печатки неіснуючого насправді підприємства, не є підставою для інкримінування ст. 205 КК, однак можуть охоплюватись ст.ст. 190, 222, 358 (366) КК із посиланням за необхідності на відповідну частину ст. 15 КК.

Стаття 55-1 ГК закріплює ознаки фіктивності, що дають підстави для звернення до суду про припинення юридичної особи або припинення діяльності фізичною особою – підприємцем: реєстрацію (перереєстрацію) здійснено на недійсні (втрачені, загублені) та підроблені документи; реєстрацію у державних органах не здійснено, хоч обов'язок реєстрації передбачено законодавством; реєстрацію (перереєстрацію) здійснено в органах державної реєстрації фізичними особами з подальшою передачею (оформленням) у володіння чи управління підставним (неіснуючим), померлим, безвісти зниклим особам або таким особам, які не мали наміру провадити фінансово-господарську діяльність або реалізовувати повноваження; фінансово-господарська діяльність зареєстрована (перереєстрована) та провадиться без відома та згоди засновників юридичної особи та призначених у законному порядку керівників. Разом з тим слід враховувати специфіку кримінально-правового поняття фіктивного підприємництва: у тому разі, коли особа фактично створила організацію, яка без належної державної реєстрації займається виробництвом продукції, наданням послуг або виконанням робіт, її дії не можуть кваліфікуватися за ст. 205 КК і повинні розцінюватися за ст. 164 КАП як адміністративно каране порушення порядку провадження господарської діяльності (за умови, що такі дії не містять ознак складу к.пр., що посягає на встановлений порядок зайняття певним видом господарської діяльності, наприклад, передбаченого ст. 213 КК).

Стаття 205 КК не охоплює фіктивне підприємництво, яке може прикритись організаційно-правовою формою приватного підприємництва, коли суб'єктом підприємницької діяльності виступає фізична особа, яка діє без створення юридичної особи. Такий стан речей, з огляду на значні повноваження фізичних осіб – підприємців, які є повноцінними платниками податків і суб'єктами господарювання, а тому можуть використовуватись у злочинних цілях, – істотна вада кримінального закону.

Дії, які вчиняються від імені фіктивного підприємства, з його використанням і містять ознаки іншого, відмінного від фіктивного підприємництва к.пр., повинні діставати самостійну кримінально-правову оцінку. З набранням чинності КК 2001 р., у ст. 205 якого основний склад к.пр. «Фіктивне підприємництво» сконструйований як формальний, втратив свою силу і такий аргумент проти кваліфікації за пропонованою сукупністю к.пр., як ігнорування принципу *non bis in idem*.

Створення фіктивного підприємства нерідко є передумовою для наступного шахрайського заволодіння чужим майном. Вчинене в подібних ситуаціях належить кваліфікувати за сукупністю к.пр., передбачених ст.ст. 190, 205 КК. Сукупність відповідних к.пр. має місце і в тому випадку, коли особи під прикриттям фіктивного підприємства досягають конкретної злочинної мети, наприклад, відмивають «брудні» гроші, здійснюють ухилення від сплати податків або контрабанду, продають викрадене майно, вчиняють шахрайство з фінансовими ресурсами.

За сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 205 і ч. 4 ст. 190 КК, засудив Дніпровський районний суд м. Києва І., яка у березні 2000 р. з метою прикриття незаконної діяльності – вчинення шахрайства – створила фіктивне ПП «Фірма Нано», а 24 липня 2000 р. одержала у четвертій Київській філії АППБ «Аваль» кредит у розмірі 11 тис. грн. Заволодівши грошима шляхом обману, І. використала їх на власні потреби.*

Суб'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 205 КК, характеризується прямим умислом і спеціальною метою – прикрити незаконну діяльність або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона. Для кваліфікації за ст. 205 КК треба встановити наявність у винної особи зазначеної мети на момент створення або придбання суб'єкта підприємницької діяльності. Якщо вчинення к.пр. супроводжує діяльність легального суб'єкта підприємництва, під час створення або придбання якого не переслідувалась мета прикрити незаконну діяльність, інкримінування ст. 205 КК виключається, а кримінально-правова оцінка має даватись на підставі відповідних норм КК (наприклад, ст.ст. 190, 201, 204, 209, 213, 222).

Таких обмежень не встановлює, наприклад, ч. 2 ст. 203 КК Литви, яка передбачає кримінальну відповідальність для того, хто заснував підприємство або керував підприємством, яке використовувалось з метою приховання незаконної діяльності.

За ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 205 КК засудив Деснянський районний суд м. Києва суб'єкта, який за попередньою змовою із невстановленою слідством особою за обіцяну грошову винагороду придбав ТОВ «К.» шляхом перереєстрації

* Приклад взято із підготовленого ВС України Узагальнення практики розгляду судами кримінальних справ про злочини у сфері господарської діяльності, передбачені статтями 204, 205, 209, 212, 216 та 218 КК України.

цього підприємства на своє ім'я, а надалі підписав реєстраційні документи і видав довіреність на ім'я іншої особи, уповноваживши її здійснювати фінансово-господарську діяльність ТОВ «К.». Скасовуючи вирок, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС вказала у своїй ухвалі на відсутність у діяч засудженого мети прикриття незаконної діяльності як обов'язкової ознаки суб'єктивної сторони фіктивного підприємництва. Використання легально існуючого суб'єкта підприємницької діяльності для прикриття незаконної діяльності, якщо така мета при його створенні чи придбанні не ставилася, складу злочину, передбаченого ст. 205 КК, не утворює*.

Незаконною діяльністю, прикрити яку прагнуть особи, винні у фіктивному підприємстві, визнається, зокрема: легалізація доходів, отриманих злочинним шляхом; одержання кредитів нібито для здійснення підприємницької діяльності; ухилення від сплати податків; конвертація безготівкових коштів у готівку; ведення недобросовісної конкурентної боротьби; монополізація ринку товарів і послуг; одержання в оренду приміщень і земельних ділянок з метою їх використання для інших потреб, відмінних від легального підприємництва; залучення коштів населення з їх подальшим використанням у власних інтересах; приховування ролі фактичного інвестора у придбанні певного об'єкта тощо. Під незаконною діяльністю з точки зору відповідальності за ст. 205 КК слід розуміти такі види діяльності, які особа або не має права здійснювати взагалі, або ж, маючи право на їх здійснення за певних умов чи з дотриманням певного порядку, здійснює їх з порушенням цих умов та порядку.

*Засудивши К. у т.ч. за ч. 2 ст. 205 КК, Саксаганський районний суд м. Кривого Рогу вказав у вирок, що К. вчинила фіктивне підприємництво шляхом придбання ПП «Техаш» і створення ПП «Флорис» без наміру здійснювати статутну діяльність. Використовуючи банківські рахунки і документацію зазначених підприємств, К. без ведення реальної підприємницької діяльності у період з грудня 2001 р. до січня 2004 р. перевела з безготівкової форми грошей у готівку понад 1 млн 944 тис. грн.**.*

Вказівка у ст. 205 КК на мету прикриття незаконної діяльності або здійснення забороненої законом діяльності, хоч і не повною мірою враховує процесуальну здійсненність кримінального переслідування як один із принципів криміналізації, все ж орієнтує правоохоронні органи на притягнення до кримінальної відповідальності фактичних управлінців підприємств, а не тих, хто виступає лише «живим» знаряддям в їх руках.

Таким чином, диспозиція проаналізованої кримінально-правової норми має охоплювати: 1) організаційно-правову форму приватного підприємництва, коли суб'єктом підприємницької діяльності виступає фізична

* Закон і бізнес. – 2011. – № 21. – С. 18.

** Архів Саксаганського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської обл. Справа № 1-149 за 2006 р.

особа, яка діє без створення юридичної особи; 2) дії з відповідною метою, вчинювані щодо тих суб'єктів господарювання, які здійснюють некомерційне господарювання і можуть й не мати статусу юридичної особи; 3) псевдопідприємництво, яке може набувати вигляду вчинення псевдоправочинів і опис якого у КК повинен узгоджуватись із термінологією регулятивного (цивільного) законодавства. Крім того, поліпшена редакція ч. 1 ст. 205 КК у частині позначення ознак об'єктивної сторони повинна узгоджуватись з вимогами господарського законодавства. Необхідно уточнити і зміст суб'єктивної сторони злочину шляхом заміни кримінологічно необґрунтованого звороту «прикриття незаконної діяльності» словосполученням «для вчинення іншого к.пр. або його приховування». Термін «псевдо» у складних словах відповідає поняттям «несправжній», «неправильний» і більш точно відображає суть к.пр., передбаченого вдосконаленою редакцією ст. 205 КК: у ній йдеться про вчинення у сфері господарювання цілком легальних (правильних) із зовнішнього боку дій, які однак з самого початку переслідують нелегальну мету – вчинення іншого к.пр. або його приховування.

5.2.3.3. Умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції (ст. 227 КК). Традиційно це к.пр. (разом з обманом покупців і замовників, фальсифікацією засобів вимірювання і незаконним виготовленням, збутом або використанням державного пробірного клейма, кримінальну відповідальність за вчинення яких було скасовано у листопаді 2011 р.) у вітчизняній літературі належало до злочинів проти прав споживачів. Однак з урахуванням викладення ст. 227 КК у редакції Закону «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції» та положень регулятивного законодавства, до яких відсилає бланкетна диспозиція цієї кримінально-правової норми, питання про видовий об'єкт розглядуваного к.пр. має вирішуватись інакше.

Так, у законодавчому визначенні безпечної нехарчової продукції як антиподу небезпечної нехарчової продукції вказується на недопущення створення загрози суспільним інтересам; під останніми розуміються безпека життя і здоров'я людей, безпечні умови праці, захист прав споживачів і користувачів, а також довкілля (ст. 1 Закону «Про загальну безпечність нехарчової продукції»). Навіть у Законі «Про захист прав споживачів» поняття безпеки продукції пов'язується із відсутністю будь-якого ризику не лише для життя, здоров'я і майна споживачів, а й для навколишнього природного середовища. Вже із сказаного випливає, що розглядати умисне введення в обіг на ринку небезпечної продукції як злочинне посягання лише на споживачів очевидно неправильно.

Закон «Про загальну безпечність нехарчової продукції», покладаючи обов'язок вводити в обіг (постачати) лише безпечну продукцію (продукцію, що відповідає вимогам щодо забезпечення безпеки продукції) на виробників і розповсюджувачів, відносить виробників, їх уповно-

важених представників, імпортерів і розповсюджувачів продукції до суб'єктів господарювання. Закон «Про захист прав споживачів» визначає ключове, з точки зору застосування ст. 227 КК, поняття введення продукції в обіг як відповідні дії саме суб'єкта господарювання, а Закон «Про безпечність та якість харчових продуктів», дія якого не поширюється на харчові продукти, призначені для особистого споживання, тлумачить виробництво як господарську діяльність, пов'язану з виробленням певних об'єктів.

Викладені законодавчі положення і визначили місце кримінально-правової характеристики умисного введення в обіг на ринку небезпечної продукції у цьому підрозділі посібника. Основним безпосереднім об'єктом к.пр., передбаченого ст. 227 КК, пропонуємо визначати встановлений порядок здійснення господарської діяльності, покликаний унеможливити випуск на ринок небезпечної продукції, а додатковими об'єктами – зокрема, право споживача на безпеку продукції, життя і здоров'я людини, довкілля, власність.

Предметом к.пр. є небезпечна продукція, тобто продукція, що не відповідає вимогам щодо її безпечності, встановленим нормативно-правовими актами.

Немає потреби у тому, щоб в окремих статтях КК України передбачати відповідальність за випуск на товарний ринок таких предметів, як, наприклад, ліки, харчова продукція, вода, електроприлади, вогне- чи вибухонебезпечна продукція, ветеринарні препарати, отрутохімікати (за прикладом кримінального законодавства Литви, Грузії, Естонії, Молдови, Норвегії, Данії, Італії, Сан-Марино, Албанії, Іспанії, Польщі, КНР, Аргентини). Немає різниці, внаслідок споживання яких саме товарів (виробів) настала шкода особі: відповідальність за одне і те саме діяння з аналогічними наслідками та з однаковим психічним ставленням до вчиненого має бути однаковою.*

Продукція як предмет аналізованого к.пр. має бути небезпечною, а не суто недоброякісною чи некомплектною, як це передбачалось попередньою редакцією ст. 227 КК. Причини, внаслідок яких сталося так, що продукція не відповідає вимогам щодо її безпечності (недоліки виробництва, використання для виготовлення товарів недоброякісних матеріалів, напівфабрикатів, сировини, бажання виробника здешевити, спростити або прискорити процес виробництва продукції, незадовільна організація приймального контролю тощо) на кваліфікацію за ст. 227 КК не впливають.

Потерпілим від к.пр., передбаченого ст. 227 КК, виступає як споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпо-

* Хавронюк М.І. Право споживачів на безпечність продукції: кримінально-правове забезпечення: Монографія. – К.: Атіка, 2011. – С. 142.

середньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника (п. 22 ч. 1 ст. 1 Закону «Про захист прав споживачів»), так і користувач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для потреб, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, або для забезпечення виконання обов'язків найманим працівником (ч. 1 ст. 1 Закону «Про загальну безпечність нехарчової продукції»). Водночас слід враховувати, що потерпілими від розглядуваного к.пр. можуть бути не лише споживачі та користувачі продукції.

Так, під час пострілу з мисливської рушниці через те, що ствол рушниці було виготовлено з неякісного металу, відбувся його розрив. Шматками металу було заподіяно шкоду здоров'ю, але не тієї особи, яка здійснила постріл (споживача), а особи, яка знаходилася поруч. Визнання постраждалої особи споживачем мисливської рушниці не є обґрунтованим, оскільки не вона придбала рушницю для власних побутових потреб.

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 227 КК, полягає у введенні в обіг (випуску на ринок) небезпечної продукції, вчиненому у великих розмірах. З точки зору застосування аналізованої кримінально-правової заборони, під введенням небезпечної продукції в обіг слід розуміти перше платне або безплатне постачання цієї продукції для її розповсюдження або споживання на ринку. Це може бути реалізація споживачу або користувачу небезпечної продукції, здійснювана виробником на підставі цивільно-правового договору (купівлі-продажу, міни, поставки, оренди тощо), передача такої продукції її виготовлювачем або імпортером розповсюдженню – юридичній або фізичній особі, яка пропонує продукцію на ринку. Карана за ст. 227 КК передача товарів споживачам може здійснюватися і на безплатній основі (спонсорство, меценатство тощо).

В юридичній літературі висловлено думку про те, що під введенням продукції в обіг (випуском її на ринок) слід розуміти у т.ч. дії, внаслідок яких предмети к.пр. ввозяться в Україну з метою їх подальшої реалізації. У цьому випадку злочин пропонується визнавати закінченим з моменту, коли небезпечна продукція опинилась на території України, і в суб'єкта, який здійснив її ввезення, з'явилась можливість для її реалізації*.

Навряд чи таку поведінку можна розцінювати як закінчене введення небезпечної продукції в обіг. Виготовлення або ввезення в Україну небезпечної продукції, що не супроводжувалось її подальшою реалізацією споживачу або передачею розповсюдженню, навіть якщо така дія вчинялась з метою ввести небезпечну продукцію в обіг, з урахуванням законодавчого положення про декриміналізацію готування до к.пр.

* Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 692.

невеликої тяжкості (ч. 2 ст. 14 КК) відповідальність за ст. 227 КК тягнути не повинне, однак може утворювати склад іншого к.пр. (передбаченого, наприклад, ч. 3 ст. 204 КК або ст. 367 КК).

Якщо взяти до уваги зміну описання предмета аналізованого к.пр., збереження у ст. 227 КК великих розмірів як криміноутворюючої ознаки слід визнати не виправданим кроком законодавця. Невипадково чинну редакцію ст. 227 КК називають черговим проявом законодавчого лицемірства: «...За задумом законодавця, діями однакового ступеню суспільної небезпечності стають випуск на ринок, наприклад, як однієї одиниці небезпечного автомобіля вартістю 236 тис. грн., так і 236 дитячих іграшок вартістю 1 тис. грн. кожна або 236 тис. небезпечних цукерок вартістю 1 грн. за штуку. Між тим, один автомобіль становить небезпеку для кількох, а 236 тис. небезпечних цукерок – для 236 тис. людей».*

Вказівка на великі розміри була б доречною, якби суспільна небезпека розглядуваного к.пр., як і раніше, визначалась б насамперед марнотратством матеріальних, трудових та інших ресурсів. Оскільки заподіяння шкоди здоров'ю людини суттєво не залежить від розмірів небезпечної продукції (на відміну від шкоди, яка заподіявалася господарським відносинам за часів радянської планової економіки), заслуговує на підтримку пропозиція виключити зі ст. 227 КК слова «якщо такі дії вчинені у великих розмірах».

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони к.пр., передбаченого ст. 227 КК, є місце його вчинення – ринок України. В широкому розумінні ринок – це форма зв'язку виробництва із споживанням, виробників продукції один з одним, всіх ланок суспільного виробництва і видів господарської діяльності за допомогою процесів купівлі-продажу товарів, капіталів, робочої сили, житла, технологій тощо. У тексті ст. 227 КК поняття ринку вживається в його вузькому розумінні – як сфера безпосереднього товарного обороту, обміну грошей на товари, роботи, послуги і навпаки.

Ознаки суб'єкта к.пр. у диспозиції ст. 227 не фіксуються і встановлюються шляхом тлумачення законодавства, у т.ч. регулятивного. Із положень останнього випливає, що кримінальну відповідальність за умисне введення в обіг небезпечної продукції передусім мають нести керівники юридичних осіб – суб'єктів господарювання, які є виготовлювачами, імпортерами або розповсюджувачами відповідної продукції, і ті працівники вказаних суб'єктів господарювання, на яких покладено службовий обов'язок здійснювати контроль за безпечністю продукції, що виготовляється, імпортується або розповсюджується. Наявність вказаного обов'язку встановлюється у кожному конкретному випадку із посиланням на посадові інструкції, накази, інші локальні документи,

* Хавронюк М.І. Право споживачів на безпечність продукції: кримінально-правове забезпечення: Монографія. – К.: Атіка, 2011. – С. 124.

що визначають межі службової компетенції того чи іншого працівника. Інші працівники зазначених суб'єктів господарювання можуть притягуватись до кримінальної відповідальності як співучасники.

Суб'єктами аналізованого к.пр. мають визнаватись також фізичні особи (в тому числі підприємці і ті, хто займається підприємницькою діяльністю без належної реєстрації), які є виготовлювачами, імпортерами або розповсюджувачами продукції, а так само керівники та інші відповідні працівники суб'єктів господарювання, які є уповноваженими представниками виготовлювачів продукції в Україні (якщо виготовлювачами продукції є нерезиденти України).

За ст. 227 КК за наявності підстав можуть нести відповідальність, зокрема, особи, які реалізують вироблені у кустарних умовах товари, а так само вирощену в особистому підсобному господарстві, на присадибній, дачній або садовій ділянці продукцію рослинництва і бджільництва, кролів, нутрій, птицю або продукти їх забою в сирому вигляді або у вигляді первинної обробки, а також особи, які, будучи працівниками сільськогосподарських підприємств і рибних господарств, реалізують одержану ними натурою продукцію власного виробництва зазначених підприємств і продукцію її переробки.

У разі, коли використання або споживання небезпечної продукції потягло заподіяння шкоди здоров'ю людини або настання її смерті, вказані суспільно небезпечні наслідки потребують окремої кримінально-правової оцінки за допомогою норм, що містяться у розділі II Особливої частини КК («Злочини проти життя та здоров'я людини»).

Наприклад, внаслідок вживання фальсифікованих продуктів харчування відбулося отруєння споживача, або в результаті користування недоброякісним побутовим приладом сталося смертельне ураження електрострумом.

Висновок про необхідність кваліфікації за сукупністю к.пр. буде до речним і у тому разі, коли внаслідок реалізації споживачам або користувачам недоброякісної продукції знищується або пошкоджується чуже майно. У таких випадках, крім ст. 227 КК, застосовуються відповідні норми розділу VI Особливої частини КК («Злочини проти власності»).

Література

- Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Харків: Право, 2010. – 784 с.
- Хавронюк М.І. Право споживачів на безпечність продукції: кримінально-правове забезпечення: Монографія. – К.: Атіка, 2011. – 324 с.

Запитання і завдання

1. Класифікуйте к.пр. у сфері господарської та пов'язаної з нею діяльності.
2. Відмежуйте фальшування грошей від шахрайства.

3. Розкрийте особливості об'єктивної і суб'єктивної сторони злочинного ухилення від сплати податків і зборів, а також співвідношення складів к.пр., передбачених ст. 212 і ст. 212-1 КК України.

4. Охарактеризуйте способи вчинення контрабанди.

5. Проаналізуйте склад к.пр. «Зайняття гральним бізнесом».

6. З'ясуйте недоліки кримінально-правової заборони, присвяченої фіктивному підприємництву, і запропонуйте шляхи їх усунення.

7. Розкрийте кримінально-правову характеристику умисного введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції.

Рекомендуємо прочитати

- Стівен Кінг «Ріта Хейворт, або Втеча із Шоушенка».
- О. Генрі «Фальшивий долар».
- Джон Грішем «Золотий дощ».
- Джон Грішем «Фірма».

Радимо подивитись

- Втеча із Шоушенка (США, 1994, режисер Френк Дарабонт).
- Благодійник (США, 1997, режисер Форд Коппола).
- Закон є закон (Франція, Італія, 1958, режисер Кристіан-Жак).
- Двадцять одне (США, 2008, режисер Роберт Лукетич).
- Своя людина / The Insider (США, 1999, режисер Майкл Манн).
- Тринадцять друзів Оушена (США, 2007, режисер Стівен Содерберг).

5.3. Кримінальні правопорушення проти довкілля

5.3.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти довкілля

5.3.1.1. Екологічні проблеми сьогодення набули без перебільшення глобального та системного характеру. Зміна клімату, знищення озонового шару, ерозія ґрунтів, випадіння кислотних дощів, зниження біоресурсів, збільшення кількості викидів та відходів, споживання генно-модифікованих продуктів та чимало інших факторів є стійкими, поширеними і масштабними процесами, що вкрай негативно відбиваються на стані довкілля.

В Основних засадах (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 року, затв. Законом від 21 грудня 2010 р., констатується, що антропогенне і техногенне навантаження на навколишнє природне середовище в Україні у кілька разів перевищує відповідні показники у розвинутих країнах світу. Тривалість життя в Україні становить у середньому

близько 66 років. Значною мірою це зумовлено забрудненням навколишнього природного середовища внаслідок провадження виробничої діяльності підприємствами гірничодобувної, металургійної, хімічної промисловості та паливно-енергетичного комплексу.

В міжнародному контексті останні два десятиріччя охарактеризувались інтенсивним розвитком кримінально-екологічного законодавства. Були проведені відповідні реформи національних КК у частині вдосконалення норм про відповідальність за екологічні злочини. Багато в чому вектори реформування законодавства про кримінальну відповідальність за екологічні правопорушення збігаються у державах, які, зокрема, за економічним розвитком і загальнополітичними традиціями суттєво відрізняються. Важливу роль у цьому відіграє Конвенція РЄ про захист довкілля засобами кримінального права від 4 листопада 1998 р. Серед її головних рекомендацій можна назвати такі: а) розширення кола кримінально караних діянь; б) більш активне застосування грошових санкцій з одночасним підвищенням їх розміру; в) запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб за вчинення екологічних к.пр., пов'язаних із підприємницькою, виробничою та іншою діяльністю; г) захист більшого кола об'єктів довкілля та екологічних цінностей; ґ) більш активне використання конструкції складів поставлення у небезпеку та обґрунтоване поєднання її з матеріальними і формальними складами к.пр. з метою підвищення профілактичного потенціалу кримінально-правових заборон.

У КК кримінально карані посягання на довкілля та його окремі елементи названі у статтях, зосереджених у розділі VIII Особливої частини під назвою «Злочини проти довкілля». Вказівка у ч. 1 ст. 1 КК на те, що кримінальне законодавство має своїм завданням охорону, поміж інших об'єктів, довкілля, акцентує на особливій значущості важелів юридичного примусу, спрямованих на протидію цим злочинним посяганням.

Окремі глави (розділи), які об'єднують всі або переважну більшість складів злочинів проти довкілля, передбачені у КК держав – учасниць СНД і Балтії, а також Албанії, В'єтнаму, Іспанії, КНР, Колумбії, Мексики, Монголії, Парагваю, Перу, Польщі, Румунії, ФРН та ін. Залежно від назви цих структурних підрозділів КК об'єктами злочинних посягань у різних державах визнаються довкілля, природні ресурси та/або екологічна безпека.

Наприклад, розділ XXIX Особливої частини КК ФРН, який має назву «Екологічні злочинні діяння», передбачає відповідальність за забруднення водойм, ґрунтів, повітря, створення шуму, струсів і вивільнення неіонізуючого випромінювання, недозволене поводження з небезпечними відходами, недозволену експлуатацію установок, недозволене поводження з радіоактивними матеріалами та іншими небезпечними речовинами і ресурсами, створення небезпеки для територій, що потребують захисту, створення небезпеки шляхом вивільнення отрути.

Водночас є держави, в яких відповідні кримінально-правові заборони (всі або майже всі) містяться не у КК, а в комплексних законодавчих актах про охорону довкілля (на кшталт Екологічного кодексу Франції). Склади еколо-

гічних злочинів «розкидані» по численних природоохоронних та інших законодавчих актах у Бельгії, Бразилії, Великобританії, Ізраїлі, Індії, Малайзії, Сінгапурі, Філіппінах, Фінляндії, Швеції, Японії. Статті про кримінальну відповідальність за вчинення екологічних злочинів зазвичай включені у кодекси окремих штатів США про воду, охорону здоров'я, риболовство, судноплавство і навігацію тощо.

Назва «екологічні злочини», яка досить часто згадується в юридичній літературі для позначення розглядуваних кримінально караних діянь, вочевидь є некоректною. Адже екологічне – це позитивне, а злочин – це негативне, і за законами формальної логіки вони не можуть поєднуватися*. Різні підходи до тлумачення словосполучення «злочини проти довкілля» спостерігаються і в зарубіжній юридичній літературі. Так, у багатьох західних державах поняття «екологічний злочин» (від англ. – *ecological crime*) застосовується рідко. В англійських країнах його аналогом є поняття «злочин проти довкілля» (від англ. – *environmental crime*). До того ж термін «довкілля» у США та інших західних державах традиційно розглядається значно ширше, ніж притаманне нам розуміння «довкілля» (як навколишнє природне середовище), і взагалі може не асоціюватись із природою**.

Якщо довкілля – це сукупність компонентів природного середовища, природних, природно-антропогенних, а також антропогенних об'єктів, то до компонентів навколишнього природного середовища належать земля, надра, ґрунти, поверхневі і підземні води, атмосферне повітря, рослинний, тваринний світ та інші організми, а також озоновий шар атмосфери та навколоземний космічний простір, що забезпечують сприятливі умови для існування життя на нашій планеті. Довкілля немає підстав ототожнювати з навколишнім природним середовищем і з погляду чинного КК. Цей Кодекс до к.пр. проти довкілля, крім посягань, предметом яких є природні ресурси, відносить і посягання, пов'язані з особливими видами діяльності людини, створенням і функціонуванням об'єктів, які мають антропогенне походження (див., зокрема, ст.ст. 236, 238, 253 КК). Отже, термін «довкілля» означає будь-які зовнішні умови існування людини, тобто сукупність не лише природних, а і неприродних (створених людиною) об'єктів, що спричиняють екологічні впливи антропогенного, техногенного тощо характеру.

Злочини та інші правопорушення проти довкілля посягають насамперед на конституційне право громадян на безпечне довкілля, а також на порядок охорони, використання, збереження і відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки, запобігання й усунен-

* Матвійчук В.К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Монографія. – К.: Азимут-Україна, 2005. – С. 35.

** Гареев А.А. Экологические преступления: уголовно-правовое противодействие: Дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С. 17.

ня негативного впливу господарської та іншої діяльності людини на навколишнє природне середовище, збереження генетичного фонду живої природи, ландшафтів та інших природних комплексів, унікальних територій, а також природних об'єктів, пов'язаних з історико-культурною спадщиною. Про це йдеться у преамбулі постанови ПВС від 10 грудня 2004 р. № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля».

Як предмет к.пр. проти довкілля можуть виступати: підприємства, споруди, пересувні засоби та інші об'єкти, у зв'язку з неправильним використанням яких настає загибель людей або інші тяжкі наслідки (ст. 236); землі, поверхневий шар земель (ст.ст. 239, 239-1, 239-2, 254); надра і корисні копалини загальнодержавного значення (ст. 240); атмосферне повітря (ст. 241); водні об'єкти (ст. 242); море (ст. 243); континентальний шельф і його природні багатства (ст. 244); окремі об'єкти рослинного світу (ст. 245); дерева і чагарники (ст. 246); рослини та плоди рослин (ст. 247); дикі звірі та птахи (ст. 248); водні живі ресурси (ст. 249); риби і дикі водні тварини (ст. 250); тварини продукти, сировина і корми тваринного походження (ст. 251); території, взяті під охорону держави, та об'єкти природно-заповідного фонду (ст. 252); проекти, інша аналогічна документація, споруди (ст. 253 КК).

5.3.1.2. Переважна більшість статей розділу VIII Особливої частини КК містять бланкетні диспозиції. Тому для встановлення відповідних ознак складів к.пр. необхідно звертатись до положень того чи іншого нормативно-правового акту в галузі охорони довкілля.

Наприклад, диспозиція ст. 239-2 КК («Незаконне заволодіння землями водного фонду») оперує поняттям «поверхневий (ґрунтовий) шар земель водного фонду», у зв'язку з чим для з'ясування предмета цього к.пр. необхідно звернутись насамперед до глави 12 ЗК. Частина 2 ст. 240 КК альтернативно вказує на такий предмет к.пр., як «надра», а так само на «корисні копалини загальнодержавного значення». Перше поняття розкривається у ст. 1 КН. Стаття 6 цього Кодексу поділяє корисні копалини за своїм значенням на корисні копалини загальнодержавного і місцевого значення, водночас вказуючи, що віднесення корисних копалин до корисних копалин загальнодержавного та місцевого значення здійснюється КМ за поданням спеціально уповноваженого органу.

Заборонене діяння в кримінально-правових нормах із бланкетними диспозиціями позначається за допомогою таких термінологічних зворотів, як «порушення порядку проведення екологічної експертизи» (ст. 236), «забруднення або псування земель ... внаслідок порушення спеціальних правил» (ст. 239), «порушення встановлених правил охорони надр» і «порушення встановлених правил використання надр» (ст. 240), «порушення законодавства про континентальний шельф України» (ст. 244), «порушення правил полювання» (ст. 248) тощо.

Очевидно, що вказівка на порушення спеціальних правил або вимог законодавства під час посягання на окремі елементи довкілля є своєрідним «містком» між кримінально-правовою заборонаю (в частині позначення суспільно небезпечного діяння) та відповідною нормою екологічного законодавства, яка змістовно наповнює і конкретизує описання такого діяння в тексті норми КК.

Стаття 249 КК не містить прямої вказівки на час, місце, знаряддя та засоби зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом, обмежуючись лише вказівкою на незаконність таких дій. Водночас Правила любительського і спортивного рибальства і Правила промислового рибальства в рибогосподарських водних об'єктах України, затверджені наказами Державного комітету рибного господарства України від 15 лютого 1999 р. № 19 і від 18 березня 1999 р. № 33, закріплюють ряд спеціальних обмежень щодо місця, строків, знарядь та засобів лову. Отже, у разі порушення таких обмежень, якщо при цьому було заподіяно істотну шкоду, названі обставини набувають обов'язкового значення в аспекті кримінально-правової кваліфікації і потребують належної фіксації у процесуальних документах, у т.ч. у мотивувальній частині вироку.

Бланкетність притаманна і відповідним кримінально-правовим заборонам, передбаченим зарубіжним законодавством. Так, нормативною підставою для кримінального переслідування за факти порушення федерального екологічного законодавства у США слугують дев'ять базових актів Конгресу, серед яких: 1) Акт про чисте повітря; 2) федеральний Акт про контроль над забрудненням вод; 3) Акт про ріки та гавані; 4) Акт про безпечне споживання води; 5) комплексний Акт про екологічне реагування, компенсацію та відповідальність; 6) федеральний Акт про утилізацію твердих відходів; 7) Акт про контроль за токсичними речовинами – встановлює порядок виробництва, переміщення та утилізації хімічних речовин, що становлять небезпеку для населення чи довкілля; 8) федеральний Акт про інсектициди, фунгіциди та родентициди – регулює порядок виробництва, реєстрації, транспортування, реалізації та застосування токсичних отрутохімікатів; 9) Акт про біологічні види, яким загрожує небезпека – встановлює відповідальність за злочини проти живої природи. Ці закони не лише містять положення регулятивного змісту, а і закріплюють підстави та юридичні механізми застосування цивільно-, адміністративно- і кримінально-правових санкцій до порушників екологічного законодавства.*

Чимало складів к.пр. проти довкілля за КК Нідерландів становлять собою порушення існуючих правил екологічної діяльності або відповідних дозволів, що видаються службовими особами і вважаються одним з інструментів адміністративного управління екологічною діяльністю. Як наслідок – точність та юридична коректність того чи іншого дозволу як індивідуального правозастосовного акта значною мірою визначають межі кримінальної відповідальності за посягання на довкілля.

* Duncombe T., Hendersen K., Schnackenback J. Environmental Crimes // American Criminal Law Review. – 2008. – № 2. – P. 381–464.

Переважна кількість к.пр. проти довкілля може бути вчинена шляхом як дії, так і бездіяльності. Такий підхід обумовлений передусім тим, що безпосереднє заподіяння шкоди екологічній безпеці відбувається шляхом невиконання або неналежного виконання встановлених правил (наприклад, правил проведення екологічної експертизи, правил охорони або використання надр, ветеринарних правил), вимог екологічного законодавства (зокрема, порушення законодавства про континентальний шельф України, порушення законодавства про захист рослин). Окремі к.пр. проти довкілля (зокрема незаконне заволодіння землями водного фонду, незаконне полювання) можуть бути вчинені лише шляхом дій, а деякі – лише шляхом бездіяльності (зокрема, каране за ч. 3 ст. 243 КК неповідомлення про забруднення моря).

Стосовно моменту закінчення к.пр. проти довкілля, то диспозиції норм розділу VIII Особливої частини КК сконструйовані по-різному, що дозволяє умовно виокремити три групи передбачених цими нормами к.пр. Це к.пр., які вважаються закінченими: 1) з моменту настання суспільно небезпечних наслідків (зокрема, ст.ст. 236, 237, ч. 2 ст. 239, частини 2 і 3 ст. 239-1, ч. 3 ст. 239-2, ч. 2 ст. 242, ст.ст. 246, 247, 249, 251); 2) за умови створення небезпеки для життя чи здоров'я людей або настання інших тяжких наслідків (наприклад, ч. 1 ст.ст. 239, 240, 241, 244, 253, ч. 3 ст. 243); 3) як при вчиненні (або невчиненні) окремих дій, так і в разі настання вказаних у диспозиції статті (частини статті) наслідків (злочини з формально-матеріальним складом, передбачені зокрема ч. 2 ст. 238, ч. 1, 2 ст. 240, ст. 246, ч. 1 ст. 248).

Узагальнений аналіз особливостей законодавчого описання наслідків екологічних к.пр. у чинному КК дозволяє стверджувати, що український законодавець віддав перевагу наслідкам, які здебільшого ґрунтуються на оціночних судженнях правозастосовних органів. До суспільно небезпечних наслідків злочинних посягань на довкілля належать, зокрема, загибель людей (смерть хоча б однієї людини), захворювання людей, масова загибель об'єктів тваринного і рослинного світу, екологічне забруднення значних територій, інші тяжкі наслідки.

Загалом усі суспільно небезпечні наслідки к.пр. проти довкілля можна поділити таким чином:

1) за формою об'єктивного відображення у нормі КК: а) реальне настання шкоди; б) загроза її настання;

2) за характером впливу на об'єкт злочину: а) погіршення якості довкілля; б) шкода у вигляді втрати компонента довкілля, природного об'єкта: повної втрати, часткової втрати; і повної, і часткової втрати; в) спричинення смерті або шкоди здоров'ю людини;

3) за змістом суспільних відносин, благ і цінностей: а) екологічна шкода; б) фізична шкода; в) економічна (майнова) шкода*.

* Локтіонова В.В. Суспільно небезпечні наслідки у злочинах проти довкілля: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2013. – С. 4, 14–15.

5.3.1.3. Суб'єктивна сторона к.пр. проти довкілля характеризується переважно необережною формою вини. Якщо винний порушує закріплені у ст.ст. 236–254 КК кримінально-правові заборони, маючи умисел на спричинення загибелі людей, шкоди їх здоров'ю або інших тяжких наслідків, таке діяння може утворювати склад к.пр. проти основ національної безпеки України, проти життя та здоров'я особи, проти власності, проти громадської безпеки тощо.

Злочини, передбачені ст. 238 (крім ч. 2 цієї статті в частині посилання на суспільно небезпечні наслідки), частини 1, 2 ст. 239-2, ст. 240 (за умови, що діяння не спричинило передбачених у ч. 2 ст. 240 наслідків), ч. 1 ст. 243, ч. 2 ст. 244, ст. 246, ч. 1 ст. 252 КК, можуть бути вчинені лише умисно. Суб'єктивна сторона к.пр., передбачених ч. 1 ст. 245, ст.ст. 248, 249, 250 КК, може характеризуватись як умисною, так і необережною формою вини.

Суб'єкт чималої кількості к.пр. проти довкілля є спеціальним. Його ознаки особи можуть прямо називатись у диспозиціях відповідних статей (наприклад, вчинення к.пр. службовою особою (ст. 238) або особою, спеціально відповідальною за інформування належних адресатів про забруднення моря (ч. 3 ст. 243) чи впливати з їх змісту (зокрема, суб'єктом к.пр. за ст. 236 може бути лише особа, зобов'язана дотримуватись правил екологічної безпеки під час провадження своєї діяльності). Інші злочини проти довкілля (зокрема, передбачені ст.ст. 242, 246, 248 КК) можуть бути вчинені будь-якою особою, наділеною ознаками загального суб'єкта к.пр.

5.3.1.4. Кримінально карані посягання на навколишнє природне середовище необхідно відмежовувати від к.пр. проти власності.

Зокрема, предметом таких к.пр. проти власності, як викрадення, вимагання, привласнення, розтрата, заволодіння шляхом шахрайства чи зловживання особи своїм службовим становищем, не можуть виступати природні багатства в їх природному стані – блага, які хоч і мають об'єктивну цінність, проте не створені повністю або частково працею людини. Незаконне заволодіння такими благами кваліфікується за наявності підстав як відповідне діяння проти довкілля (зокрема, за ст.ст. 246, 248, 249 КК). Якщо відповідні об'єкти довкілля вилучені з природного стану завдяки вкладеній праці людини, вчинене розглядатиметься як викрадення чужого майна чи інше посягання на власність.

До майна, що утворює предмет к.пр. проти власності, можна віднести також: звірів, що розводяться у звірогосподарствах; декоративні дерева й чагарники, які вирощуються для наступного продажу, виловлену і поміщену в садок рибу тощо. Вважається, що названі та подібні до них предмети посягань, хоч і мають природне походження, не перебувають в єдиному екологічному ланцюжку природи, а отже, не впливають на стан навколишнього природного середовища та його охорону. Щодо

риби та інших водних тварин, які знаходяться у спеціально облаштованих або пристосованих водоймищах, а так само звірів, які розводяться у звірогосподарствах, то варто додати, що ці об'єкти тваринного світу знаходяться у стані, наближеному до природного, однак він створюється і підтримується завдяки людським зусиллям; останні засвідчують включення названих об'єктів у виробничо-трудоий процес і набуття ними якості товарної продукції – предмета злочинів проти власності.

До обов'язкових ознак предмета викрадення належить соціальна: лише об'єкти, упередметнені за допомогою людської праці, можуть бути предметом цього к.пр. Вкладення людської праці в об'єкти природи не завжди виокремлює ці об'єкти з їх природного середовища. Не повинні визнаватись майном, наприклад, штучні лісосмуги, дерева, висаджені у населених пунктах, цінні породи риби, молодь яких була спочатку вирощена на рибзаводах, а потім відпущена у відкриті водойми. Названі природні об'єкти є предметом саме екологічних к.пр., оскільки метою подібної діяльності є відновлення і підтримання сприятливої для людини екологічної обстановки, а не введення цих об'єктів у товарний обіг.

Предметом екологічних к.пр. вважають компоненти довкілля, не відокремлені людською працею від природних умов, або такі, що акумулюють у собі певну кількість вкладеної праці попередніх і сучасних поколінь людей, однак залишаються в природному середовищі або поміщені в нього для виконання своїх біологічних та інших функцій. Отже, відмежування кримінально караних посягань на власність від к.пр. проти довкілля насамперед має ґрунтуватися на аналізі предмета к.пр. як складової об'єкта останнього.

Кримінальні правопорушення проти довкілля необхідно відмежувати від *екоциду* – масового знищення рослинного або тваринного світу, отруєння атмосфери або водних ресурсів, а також вчинення інших дій, що можуть спричинити екологічну катастрофу (ст. 441 КК). Названі посягання повинні розмежовуватись за обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони – формою вини. Якщо к.пр. проти довкілля характеризуються переважно необережною формою вини (умисне чи необережне ставлення до діяння та необережне ставлення до настання суспільно небезпечних наслідків), то екоцид є злочином, в якому психічне ставлення винного як до діяння, так і до його наслідків характеризується умисною формою вини. Звернення до відомих міжнародному праву ознак екоциду, а також ознайомлення з ознаками об'єктивної сторони цього к.пр. дозволяє стверджувати, що рівень його суспільної небезпеки є значно вищим за аналогічну складову діянь, закріплених у розділі VIII Особливої частини КК.

Більшість кримінально-правових норм екологічного спрямування є суміжними із відповідними адміністративно-правовими заборонами, передбаченими главою 7 КАП «Адміністративні правопорушення у

галузі охорони природи, використання природних ресурсів, охорони пам'яток історії та культури». Відповідно, виникає потреба їх розмежування. Законодавець вирішив цю проблему переважно шляхом:

1) конструювання деяких складів к.пр. як матеріальних з обов'язковою вказівкою на заподіяння істотної шкоди та інших тяжких наслідків;

2) вказівки у статтях, що описують злочини із формальним складом, на спеціальні ознаки, які розкривають спосіб, знаряддя, місце та мотиви його вчинення. Наприклад, диспозиції статей, що встановлюють кримінальну відповідальність за забруднення окремих об'єктів довкілля (ч. 1 ст.ст. 239, 240, 241, 242, 243 КК), головним чином відрізняються від диспозицій аналогічних статей КАП за ознакою створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля. Питання відмежування зводиться головним чином до ознаки істотності заподіяної шкоди, встановлення якої належить до компетенції слідчого або суду.

Взагалі межа між кримінально караними та адміністративно караними порушеннями екологічного законодавства у кожній державі проводиться по-своєму. Так, якщо у Білорусі і Грузії порушення правил водокористування визнається злочином, то в багатьох інших державах розглядається як адміністративний проступок.

5.3.1.5. На підставі узагальнення існуючих у теорії кримінального права підходів до **класифікації** кримінально караних діянь проти довкілля і залежно від безпосереднього об'єкта посягання пропонуємо поділяти їх на к.пр. проти:

1) екологічної безпеки (ст.ст. 236, 237, 238, 252, 253);

2) порядку використання землі, її надр, води й атмосферного повітря (ст.ст. 239–244, 254);

3) рослинного і тваринного світу (ст.ст. 245–251).

Деякі діяння, описані в Особливій частині КК, об'єктивно можуть бути пов'язані із заподіянням істотної шкоди навколишньому природному середовищу, однак насамперед посягають на інші об'єкти кримінально-правової охорони – безпеку експлуатації транспорту, моральність, здоров'я населення тощо. До кола таких діянь можна віднести, зокрема, пошкодження об'єктів магістральних або промислових нафто-, газо-, конденсатопроводів та нафтопродуктопроводів (ст. 292), жорстоке поводження з тваринами (ст. 299), порушення правил поводження з мікробіологічними або іншими біологічними агентами та токсинами (ст. 326 КК).

Кримінально-правові норми, передбачені розділом VIII Особливої частини КК, застосовуються вельми нерівномірно. Так, за даними ДСА, з 1154 осіб, засуджених у 2013 р. за злочини проти довкілля, 237 осіб було засуджено за порушення правил охорони або використання надр (ст. 240), таку саму кількість осіб – за незаконну порубку лісу (ст. 246), 661 особу – за незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом (ст. 249 КК).

5.3.2. Кримінальні правопорушення проти порядку використання землі, її надр, води й атмосферного повітря

5.3.2.1. **Забруднення або псування земель** (ст. 239 КК). Передусім у цій статті КК маються на увазі землі, покриті ґрунтом. Ґрунт як найважливіший компонент земель та об'єкт особливої охорони – це природно-історичне органо-мінеральне тіло, що утворилося на поверхні земної кори та є осередком найбільшої концентрації поживних речовин, основою життя та розвитку людства завдяки найціннішій своїй властивості – родючості (здатності постачати рослинам необхідні для їх росту поживні речовини, воду, повітря). Водночас землі з точки зору кваліфікації вчиненого за ст. 239 КК може покривати не ґрунт, а, наприклад, пісок, щебінь, монолітний камінь.

Об'єктивна сторона к.пр. полягає у забрудненні або псуванні земель речовинами, відходами чи іншими матеріалами, шкідливими для життя, здоров'я людей або довкілля, внаслідок порушення спеціальних правил, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля. У складі аналізованого к.пр. терміни «забруднення» та «псування» одночасно позначають і діяння, і суспільно небезпечні наслідки.

Аналіз зарубіжного законодавства свідчить про те, що в абсолютній більшості випадків кримінально-правові заборони, аналогічні ст. 239 КК України, мають назву «Псування землі», а про «забруднення землі» йдеться вже у диспозиціях відповідних кримінально-правових норм або як про один з різновидів псування землі (Азербайджан, Вірменія, Казахстан, Таджикистан, Туркменістан, РФ), або як про складову цього поняття (Білорусь).

Забруднення земель – це привнесення чи виникнення в зоні аерації одного і більше інгредієнтів (або їх комбінацій), що можуть погіршити продуктивність і якість біоти. Землі вважаються забрудненими, якщо в їх складі виявлені несприятливі кількісні або якісні зміни, що сталися в результаті господарської діяльності або інших антропогенних навантажень, внаслідок проникнення у землі різних забруднюючих речовин. При цьому негативні зміни можуть бути зумовлені не лише появою у ґрунті нових речовин, яких раніше не було, а і збільшенням вмісту речовин, що притаманні для складу незабрудненого ґрунту або порівняно з даними агрохімічного паспорта для земель сільськогосподарського призначення, – понад гранично допустиму концентрацію забруднюючих речовин.

Вироком Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 367 і ч. 1 ст. 239 КК, було засуджено директора Першотравенського міського житлово-комунального підприємства С. Суд установив, що в період з 28 жовтня по 8 грудня 2009 р. С., будучи службовою особою і неналежним чином виконуючи свої службові обов'язки через несумлінне ставлення до них, у порушення вимог ст. 17 Закону від 5 березня 1998 р. «Про відходи», ст. 35 Закону від 19 червня 2003 р. «Про охорону земель» і ст. 55 Закону від 25 червня 1991 р. «Про охорону навколишнього природного середовища», дав вказівку підлеглому працівнику

підприємства – начальнику автотранспортного цеху, провести роботи з розміщення та складування продуктів згоряння – шлаку на території земельної ділянки Петропавлівської селищної ради. При цьому документи, що посвідчують право власності чи право постійного користування земельною ділянкою, а також спеціальний дозвіл на розміщення відходів були відсутні. Внаслідок цього земельна ділянка загальною площею понад 1 га була забруднена продуктами згоряння – шлаком, що призвело до заподіяння істотної шкоди державним інтересам в особі Петропавлівської селищної ради у сумі 234 тис. 516,27 грн., що створило небезпеку для довкілля.*

Види забруднення земель можуть бути різними – хімічне, радіоактивне, бактеріальне тощо. Поняттям забруднення земель слід охоплювати їх отруєння, тобто насичення ґрунтів токсичними речовинами, внаслідок чого земля перетворюється на фактор небезпеки для людини, флори і фауни.

Псування земель – це така зміна фізичних, біологічних та інших властивостей і характеристик земель, яка зумовлює непридатність використання їх за цільовим призначенням або потребує спеціальних обмежень (в тому числі консервації). Зниження природно-господарської цінності земель може виявлятися, наприклад, у знищенні або порушенні родючого шару ґрунту, порушенні структури ґрунту, знищенні корисної для певного ґрунту фауни, засміченні або засоленні ґрунту, його деградації.

*До речі, Закон Англії 1990 р. про охорону довкілля передбачає кримінальну відповідальність у т.ч. за незаконне звалище, тобто за забруднення землі речовинами природного або штучного походження, а так само предметами, здатними, з огляду на їх кількість або концентрацію, заподіяти шкоду людині чи іншому живому організму у довкіллі**.*

До шкідливих речовин і матеріалів в аспекті кваліфікації за ст. 239 КК потрібно відносити, зокрема, неочищені і незнешкоджені стічні води, нафту і нафтопродукти, солі важких металів та інші небезпечні хімічні речовини, штами-продуценти і продукти біотехнології. Унаслідок порушення спеціальних правил землі можуть бути забруднені понад встановлені норми пестицидами (токсичні речовини, їх сполуки або суміші хімічного чи біологічного походження, призначені для знищення, регуляції та припинення розвитку шкідливих організмів, а також гризунів, бур'янів тощо) або агрохімікатами (органічні, мінеральні і бактеріальні добрива, хімічні меліоранти, регулятори росту рослин та інші речовини, що застосовуються для підвищення родючості ґрунтів та урожайності культур тощо).

Порушення спеціальних правил, що спричиняє забруднення або псування земель, може бути вчинене шляхом дії або бездіяльності. Наприклад, зберігання та видалення відходів повинно здійснюватись у

* Архів Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області. Справа № 1-135 за 2010 р.

** Уголовное право зарубежных стран: Общая и Особенная части: Учебн. / Под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 664.

місцях, визначених органами місцевого самоврядування, за наявності спеціальних дозволів, у яких визначено обсяги відходів відповідно до встановлених лімітів та умови їх зберігання. У зв'язку з цим самовільне захоронення (складування) промислових, побутових та інших відходів на землях утворює склад цього к.пр. Забруднення земель може стати наслідком скидів шкідливих речовин і матеріалів у різних аварійних ситуаціях (прорив очисних споруд, транспортних трубопроводів, ємкостей різного призначення тощо).

Кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 239 КК, визнається закінченим з моменту, коли забруднення або псування земель створило небезпеку для життя, здоров'я людей або для довкілля. Загроза заподіяння шкоди має бути реальною, очевидною, а негативні наслідки (загибель хоча б однієї людини або зараження її епідемічним чи інфекційним захворюванням, зниження тривалості життя або імунного захисту людей, відхилення у розвитку людей тощо) не настають лише завдяки своєчасно вжитим заходам або в силу інших обставин, які не залежать від волі винної особи. Наприклад, серйозний розлад здоров'я людини здатне викликати вживання сільськогосподарської продукції, вирощеної на земельних ділянках, забруднених токсичними речовинами.

Якщо факт вчинення суспільно небезпечного діяння, пов'язаного з порушенням відповідних правил, що спричинило забруднення або псування певної земельної ділянки можна доказати, то створення зазначеної небезпеки як різновид суспільно небезпечних наслідків довести інколи досить непросто. Це підтверджує такий приклад.

Віньковецький районний суд Хмельницької області не встановив у поведінці Д. ознак складів злочинів, передбачених ч. 1 ст. 239, ч. 1 ст. 367 КК. Д. обвинувачувався у тому, що, обіймаючи посаду голови сільськогосподарського виробничого кооперативу і неналежно виконуючи свої службові обов'язки через несумлінне ставлення до них, у період з березня 2004 р. по червень 2006 р. дозволяв нагромаджувати та зберігати гнійну рідину з ферм кооперативу на землях, виділених під розпаювання. Це, на думку органу досудового слідства, призвело до забруднення 3655 м² земель сільськогосподарського призначення, заподіяло істотну шкоду навколишньому природному середовищу на суму 30 тис. 726 грн. та створило небезпеку для довкілля та здоров'я людей унаслідок попадання гною в криниці жителів с. Женишківці і річку «Рів».

Водночас, як зазначив суд, допитаний у судовому засіданні державний інспектор з охорони навколишнього природного середовища не зміг надати суду розрахунки площі та об'єму гноївки на вказаній земельній ділянці. Крім того, відповідно до проведених лабораторних досліджень вода індивідуальних криниць громадян у с. Женишківці за санітарно-хімічними показниками відповідає вимогам санітарних правил, а за вмістом бактерій групи кишкової палички виявлені відхилення від встановлених норм, що свідчить про бактеріальне забруднення води. Однак суд не знайшов будь-яких доказів того, що таке відхилення води від норми сталося внаслідок забруднення земельної ділянки гноєм.

З огляду на наявність у диспозиції ч. 1 ст. 239 КК вказівки на створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля, суд вказав на відсутність у кримінальній справі будь-яких висновків спеціалістів про те, що забруднення земельної ділянки гноївкою вплинуло на навколишнє середовище таким чином, що це створило загрозу для здоров'я людей або загрозу настання інших наслідків на кшталт загибелі тварин, рослин, деградації земель, зміни клімату тощо.*

5.3.3. Кримінальні правопорушення проти рослинного і тваринного світу

5.3.3.1. **Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу** (ст. 245 КК). Предмет цього к.пр. – лісові масиви, зелені насадження навколо населених пунктів, уздовж залізниць, стерня, сухі дикоростучі трави, рослинність та її залишки на землях сільськогосподарського призначення.

Під лісовими масивами розуміються більш-менш значні за площею ділянки землі, які належать до земель лісового фонду і щільно вкриті лісовою рослинністю – деревами і чагарниками. Це можуть бути і міські ліси – лісові масиви або ділянки лісу, розташовані у межах населених пунктів. Належать до лісового фонду (на підставі ч. 1 ст. 4 ЛК), а отже, визнаються предметом розглядуваного к.пр. захисні насадження лінійного типу площею не менше 0,1 га – полезахисні лісові смуги, державні захисні лісові смуги, лісові смуги вздовж забудованих територій населених пунктів.

Зелені насадження навколо населених пунктів – це передусім ліси, розташовані за міською (селищною) межею навколо населених пунктів або поблизу них, які виконують важливі захисні, санітарно-гігієнічні, оздоровчі функції і є місцем відпочинку населення. Водночас поняттям зелених насаджень навколо населених пунктів охоплюються і такі зелені насадження, які не входять до складу лісового фонду України, зокрема захисні насадження лінійного типу площею менше 0,1 га, безпосередньо згадані у ст. 245 КК зелені насадження вздовж залізниць, а також зелені насадження у смугах відведення каналів, автомобільних доріг, уздовж берегів річок, навколо озер, інших водних об'єктів і гідротехнічних споруд.

Перебуваючи на березі річки Гнилий Тікич у селі Бродецьке Катеринопільського району Черкаської області, Д. умисно підпалив очерет, унаслідок чого вознем було знищено: 1 дерево верби діаметром 30 см вартістю 400 грн.; 1 дерево вільхи діаметром 25 см вартістю 300 грн.; 2 дерева вільхи діаметром 20 см вартістю 220 грн. кожне на суму 440 грн.; 1 дерево вільхи діаметром 55 см вартістю 185 грн.; а також пошкоджені: 1 дерево сливи діа-

* Архів Віньковецького районного суду Хмельницької області. Справа № 1-62 за 2007 р.

метром 9 см на суму 55 грн.; 1 дерево сливи діаметром 8 см на суму 55 грн.; 1 дерево сливи діаметром 5 см на суму 40 грн. Усього внаслідок незаконних дій Д. доквіллю були заподіяні збитки на загальну суму 1 тис. 475 грн. Катеринопільський районний суд Черкаської області кваліфікував дії Д. за ч. 1 ст. 245 КК як знищення та пошкодження зелених насаджень навколо населеного пункту вогнем.*

Предметом к.пр., передбаченого ст. 245 КК, не визнаються зелені насадження міст та інших населених пунктів за умови, що вони не віднесені до категорії лісів (міські парки, парки культури і відпочинку, ботанічні сади, сади житлових районів, сквери, бульвари, насадження на територіях шкіл, дитячих закладів, спортивних споруд, промислових підприємств тощо, вздовж вулиць, ліній електропередач високої напруги тощо). Знищення або пошкодження зазначених зелених насаджень за наявності підстав слід кваліфікувати як відповідний злочин проти власності. Така правова оцінка ґрунтується на тому, що відповідальність за аналізованою нормою КК настає за знищення або пошкодження не будь-яких об'єктів рослинного світу (як це впливає із назви ст. 245 КК), а лише тих із них, які конкретно названі в її диспозиції.

Об'єктивна сторона к.пр. полягає у знищенні або пошкодженні відповідних об'єктів рослинного світу певним способом – вогнем чи іншим загальнонебезпечним способом.

Для з'ясування суті аналізованого кримінально караного посягання необхідно звертатись до відповідних актів регулятивного характеру, у т.ч. до Правил пожежної безпеки в Україні, затв. наказом МНС від 19 жовтня 2004 р. № 126. Так, зазначені Правил прямо забороняють у період збирання зернових спалювати стерню, післяжнивні залишки, а також розводити багаття на полях. Водночас матеріали судової практики свідчать про поширеність саме такого виду порушень протипожежної безпеки у сільському господарстві.

*Вироком Гайсинського районного суду Вінницької області Р. було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 245 КК. Займаючись підприємницькою діяльністю, Р. після збирання врожаю пшениці на орендованих землях площею 42 га знищував вогнем залишки соломи. Суд зробив висновок, що своїми діями підсудний порушив вимоги Правил пожежної безпеки України. Дії Р. були кваліфіковані за ч. 1 ст. 245 КК як знищення вогнем стерні та залишків рослинності на землях сільськогосподарського призначення**.*

Знищення лісового масиву означає повну втрату ним свого екологічного, господарського та культурно-естетичного значення. За таких обставин лісовий масив перестає бути об'єктом природи. Під пошкодженням лісового масиву слід розуміти заподіяння йому такої шкоди,

* Архів Катеринопільського районного суду Черкаської області. Справа № 1-74 за 2009 р.

** Архів Гайсинського районного суду Вінницької області. Справа № 1-273 за 2010 р.

яка значно погіршує його якість, зменшує його цінність (припиняється зростання дерев і чагарників, вони засихають, трухлявіють або хворіють, ліс стає непридатним для проживання в ньому диких тварин тощо). Пошкодження зелених насаджень – це заподіяння шкоди кореневій системі, стовбуру, кроні, гілкам дерево-чагарникових порід, що не припинило їх зростання.

Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу вогнем охоплює: 1) підпал – свідоме спричинення пожежі шляхом застосування джерел вогню; 2) порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки (розведення багаття у невстановлених місцях, заправка в лісах транспортних засобів паливом під час роботи двигуна тощо).

*Вироком Свалявського районного суду Закарпатської області Ш. було засуджено за ч. 1 ст. 245 КК. Суд встановив, що Ш., перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння в кварталі № 13 44 лісового масиву, що вкритий лісовою рослинністю – деревами і чагарниками і входить до земель лісового фонду філії «Свалявадержспецлісгосп», діючи умисно, шляхом запалювання сірника вчинив підпал трави в двох місцях. Унаслідок цього вогонь перейшов у глибину лісу. Ш. з місця пожежі зник. У результаті пожежі було пошкоджено 156 дерев породи «дуб» діаметром від 6 до 36 см, чим завдано збитків на суму 17 тис. 688,50 грн., 38 дерев породи «явір» діаметром від 10 до 29 см, чим завдано збитків на суму 4 тис. 542,50 грн., 95 дерев породи «сосна» діаметром від 14 до 42 см, чим завдано збитків на суму 28 тис. 752,10 грн., 35 дерев породи «акація» діаметром від 10 до 32 см, чим завдано збитків на суму 5 тис. 156,10 грн., 37 дерев породи «граб» діаметром від 10 до 24 см, чим завдано збитків на суму 2 тис. 475,20 грн., 4 дерева породи «смерека» діаметром від 17 до 30 см, чим завдано збитків на суму 8 тис. 194 грн. Усього філії «Свалявадержспецлісгосп» було завдано збитків на загальну суму близько 60 тис. грн.**

Інший загальнонебезпечний спосіб, вказаний у ч. 1 ст. 245 КК, – це такий спосіб знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу, який за силою свого руйнуючого впливу на флору та негативними для неї наслідками можна прирівняти до пожежі (наприклад, вибух, затоплення, обвал, забруднення значної площі, вкритої об'єктами рослинного світу, покидьками або відходами, використання хімічних речовин).

Суб'єктивна сторона к.пр. характеризується умисною або необережною формою вини. Психічне ставлення до загибелі людей або інших тяжких наслідків (ч. 2 ст. 245 КК), як правило, є необережним. Якщо винна особа передбачає і бажає або свідомо допускає настання наслідків у вигляді позбавлення життя іншої людини або тяжких тілесних ушкоджень, її дії треба додатково кваліфікувати за ст. 115 або ст. 121 КК.

* Архів Свалявського районного суду Закарпатської області. Справа № 1-104 за 2007 р.

5.3.3.2. **Незаконне полювання** (ст. 248 КК). Це діяння є посяганням на тваринний світ суші. Зайняття мисливством з порушенням встановлених правил, тобто браконьєрство, нерідко носить винищувальний характер, завдає тваринному світу істотної шкоди, швидкими темпами погіршує його стан.

Кримінальна відповідальність за незаконне полювання відома законодавству багатьох держав світу. Щоправда, у КК ФРН відповідальність за браконьєрство – порушення чужого права на полювання або дозволу на полювання (§ 292) і браконьєрський вилов риби (§ 293) – не регламентується у межах розділу XXIX, присвяченого екологічним злочинним діянням, а розглядається як різновид злочинних порушень окремих майнових прав. Вважається, що порушені у цих випадках чужі права на полювання і вилов риби випливають із права власності на землю і води, а тому не є екологічними.*

*У США відповідні законодавчі бар'єри існують вже понад століття і регулярно оновлюються як Конгресом США, так і легіслатурами штатів. Серед базових законів, що покликані захищати тваринний світ від протиправних втручань людини, слід виокремити: 1) Акт Лейсі 1900 р., який встановлює кримінальну відповідальність за торгівлю незаконно добутими тваринами та рослинами; 2) Акт про охорону зникаючих біологічних видів 1973 р. – закріплює кримінально-правові санкції у вигляді штрафу до 50 тис. дол. та/або позбавлення волі на строк до одного року за добування та збут диких тварин і рослин, які включені до переліку зникаючих**;* 3) Акт про охорону мігруючих птахів 1918 р. – визнає злочином полювання на хоча б одного із понад 800 видів мігруючих птахів, занесених до спеціального переліку.

Предмет к.п.р., передбаченого ст. 248 КК України, – дикі звірі та птахи, які охороняються законом і перебувають у стані природної волі або утримуються в напіввільних умовах у межах мисливських угідь і можуть бути об'єктами полювання. До мисливських звірів належать, зокрема, хохулі, кролі дикі, зайці-біляки, зайці-русаки, білки, бобрині, нутрії, ондатри, лисиці, вовки, олені, кабани, лані, козулі, лосі, муфлони, а до мисливських птахів – гагари, лебеді, гуси, качки, голуби, кулики, перепели, фазани.

Не є предметом к.п.р., передбаченого ст. 248 КК: 1) комахи, плазуни, земноводні, риби, водні безхребетні тварини, морські ссавці; 2) шкідливі звірі і птахи, які не охороняються законом, хоч їх відстріл і відлов відбувається у встановленому порядку (наприклад, вовки, бродячі собаки і коти, сірі ворони, сороки, граки); 3) мисливські тварини у неволі, тобто тварини, які утримуються у відповідних спорудах, де вони не мають можливості житися природними кормами і самостійно виходити за межі таких споруд (розплідники, вольєри, ферми, зоопарки тощо).

* Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М.: Велби, Проспект, 2004. – С. 478–479; Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: текст и научно-практический комментарий. – М.: Проспект, 2010. – С. 209–210.

** Endangered Species // <http://www.law.cornell.edu/citation>

В останньому випадку дії особи, яка незаконно заволодіває дикими тваринами чи птахами, можуть бути кваліфіковані як відповідний злочин проти власності. Це стосується і мисливських тварин, які вилучені з природного середовища, розведені у неволі, напіввільних умовах або набуті іншим законним способом і перебувають у приватній чи комунальній власності юридичних та фізичних осіб. Наприклад, добутий під час полювання звір (птах), який потім утримується на фермі заради хутра, в неволі (зоопарку) – заради культурних чи наукових потреб, у разі наступного заволодіння ним визнаватиметься предметом крадіжки. Штучно вирощені або розведені людиною і випущені на волю тварини вилучаються зі сфери майнових відносин, починають виконувати природну функцію, у зв'язку з чим набувають якості предмета к.пр. проти довкілля, передбаченого ст. 248 КК.

З об'єктивної сторони розглядуване к.пр. виявляється у трьох формах: 1) порушення правил полювання, якщо воно заподіяло істотну шкоду; 2) незаконне полювання в заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду; 3) полювання на звірів, птахів чи інші види тваринного світу, що занесені до Червоної книги України.

Перебуваючи у вечірній час на території лісництва, Ю. порушив правила полювання шляхом відстрілу одного зубра – звіря, який занесений до Червоної книги України та полювання на якого заборонено. Унаслідок цих протиправних дій мисливському господарству було заподіяно матеріальну шкоду на суму 12 тис. 500 грн. Вижницьким районним судом Чернівецької області дії Ю. були кваліфіковані за ч. 1 ст. 248 КК Ю. як незаконне полювання на звіря, що занесений до Червоної книги України.*

Полюванням визнаються дії людини, спрямовані на вистежування, переслідування з метою добування і саме добування (відстріл, відлов) мисливських тварин, що перебувають у стані природної волі або утримуються у напіввільних умовах.

Полюванням у контексті відповідальності за ст. 248 КК слід також визнавати перебування осіб: а) у межах мисливських угідь, у т.ч. на польових і лісових дорогах (крім доріг загального користування), з будь-якою стрілецькою зброєю або з капканами та іншими знаряддями добування звірів і птахів, або з собаками мисливських порід чи ловчими звірами і птахами, або з продукцією полювання (крім випадків регулювання чисельності диких тварин, польових випробувань і змагань мисливських собак не нижче обласного рівня); б) на дорогах загального користування з продукцією полювання або з будь-якою зібраною розкохленою стрілецькою зброєю. Інколи у літературі зазначається, що така поведінка, не будучи полюванням, не може утворювати склад закінченого к.пр. і має розцінюватись хіба що як готування до незакон-

* Архів Вижницького районного суду Чернівецької області. Справа № 1-140 за 2010 р.

ного полювання*. Ми не погоджуємось з цією точкою зору, оскільки відповідно до ст. 12 Закону «Про мисливське господарство та полювання» вказані дії прирівнюються до полювання.

До переліку різновидів дій, що утворюють полювання, окремі дослідники відносять також пошук з метою добування звірів і птахів, які знаходяться в стані природної волі або в напіввільних умовах**.

Існують держави, в яких проблема визначення дій, що мають розцінюватись як злочинне полювання, чітко вирішена на законодавчому рівні. Так, за Законом Англії про оленів 1991 р. браконьєром визнається особа, яка без згоди власника, орендаря або іншого законного дозволу здійснює вторгнення на землю у пошуках оленя або переслідує його з наміром зловити, поранити або вбити. Браконьєром також визнається той, хто без належного дозволу: 1) умисно ловить, вбиває, ранить або намагається вчинити ці дії стосовно оленя будь-якого виду; 2) шукає або переслідує оленя з наміром його вбити або поранити; 3) везе тушу оленя. Як злочин розглядається і встановлення капканів, отруйних або одурманюючих приманок, здатних заподіяти серйозну шкоду оленю, а так само використання будь-якого капкану, сітки, пастки, отруйної або одурманюючої приманки для вилову або вбивства оленя***.

Змістовно близьким і водночас більш широким порівняно з поняттям «незаконне полювання» є поняття «браконьєрство» (від фр. braconnage) – недоволене добування об'єктів тваринного світу, незаконне полювання на рідкісні види тварин, полювання поза сезоном полювання чи рибальство у недозволених місцях під час нересту та зимувального періоду, а також незаконна порубка лісу та збирання рослин. Таким чином, браконьєрство фактично підпадає під ознаки к.пр., передбачених ст.ст. 246, 248, 249 КК. Хоч це поняття є скоріш кримінологічним, ніж кримінально-правовим, воно часто використовується у правозастосовній практиці для позначення явно незаконних способів добування різноманітних живих ресурсів. Основною метою здійснення браконьєрства вважається одержання прибутків від продажу тварин, риб (їхніх органів, м'яса, шерсті, ікри тощо) або деревини.

Полювання визнається кримінально караним за ст. 248 КК за умови його незаконності. Порушення правил полювання означає, що цей вид використання тваринного світу здійснюється без належного дозволу, в заборонений час, у недозволених місцях, у т.ч. на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду, забороненими знаряддями або способами, стосовно тих видів тварин, які занесені до Червоної книги України.

* Жевлаков Э. Квалификация незаконной охоты // Уголовное право. – 2009. – № 6. – С. 15–16.

** Матвійчук В.К., Голуб С.А. Незаконне полювання: відповідальність, протокольна форма провадження, розслідування і запобігання: Монографія. – К.: КНТ, 2006. – С. 119.

*** Уголовное право зарубежных стран: Общая и Особенная части: Учебн. / Под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 671–672.

Так, забороненими слід визнавати ті знаряддя і способи, якими полювати взагалі не дозволяється або які заборонено використовувати для відстрілу чи відлову певних об'єктів тваринного світу. До таких знарядь і способів слід відносити, зокрема: використання клеїв, пельть, гачків, самострілів, ловчих ям, отруйних та анестезуючих принад, живих сліпих чи знівечених тварин як принади, заливання нір звірів, використання звуковідтворювальних приладів та пристроїв, приладів нічного бачення, дзеркал та інших пристроїв, що осліплюють тварин, полювання з дерев і мисливських вишок (без дозволу користувача мисливських угідь).

Видами забороненого полювання є також використання загально-небезпечних способів – умисний підпал лісового масиву, очерету з метою вигону тварин із лісу, застосування знарядь і способів, які можуть призвести до заподіяння шкоди життю за здоров'ю людей. В останньому випадку дії винного за наявності підстав потрібно кваліфікувати за ст. 248 і нормами КК про відповідний злочин проти життя чи здоров'я особи. Використання незаконно придбаної або виготовленої зброї в процесі полювання утворює реальну сукупність к.пр. і потребує кваліфікації за відповідними частинами ст. 262 і ст. 248 КК.

*Вироком Славутицького міського суду Київської області М. було засуджено за вчинення злочинів, передбачених ч. 1 ст. 248 і ч. 1 ст. 263 КК. Суд встановив, що М., проживаючи на території зони відчуження Чорнобильської АЕС, незаконно придбав і зберігав удома гвинтівку системи «Мосіна», що відповідно до висновку експерта є вогнепальною зброєю, придатною для стрільби. Пізніше, незаконно перебуваючи у зоні відчуження Чорнобильської АЕС, з метою незаконного полювання для забезпечення себе їжею, М. прийшов до полігону захоронення твердих побутових відходів, де у порушення ст. 12 Закону «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи», п. 2 ст. 14, п. 3 ст. 20 Закону «Про мисливське господарство та полювання», не маючи відповідних документів на право полювання, у забороненому місці, з використанням зазначеної гвинтівки незаконно добув дике поросся, завдавши шкоду мисливському господарству на суму 850 грн.**

З'ясовуючи зміст диспозиції досліджуваної кримінально-правової заборони, треба брати до уваги і положення, закріплені у ст. 20 Закону від 21 лютого 2006 р. «Про захист тварин від жорстокого поводження». За наявності підстав незаконне полювання, поєднане з жорстоким поводженням із твариною, має кваліфікуватись за сукупністю к.пр., передбачених ст. 248 і ст. 299 КК.

Порушення правил полювання є закінченим з моменту заподіяння істотної шкоди і, відповідно, утворює матеріальний склад к.пр. Завдяки включенню до ст. 248 КК примітки, поняття істотної шкоди частко-

* Архів Славутицького міського суду Київської області. Справа № 1-60 за 2007 р.

во втратило свій оціночний характер і стало формально-визначеним (із цієї примітки випливає, що істотною шкодою у ст. 248 КК, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається шкода, яка у 250 і більше разів перевищує нмдг). Вирішуючи питання про те, чи є шкода істотною, потрібно у кожному конкретному випадку враховувати не лише вартість (грошову оцінку), а й кількість та екологічну цінність здобутих або знищених звірів і птахів (зокрема, їх поширеність, значущість для мисливського господарства). Так, істотною шкодою слід визнати знищення хоча б одного лося, зубра, ведмедя, підрив популяції тварин, зникнення того чи іншого виду тварин у певній місцевості, знищення місць компактного проживання та розмноження звірів і птахів, відстріл невеликих звірів і птахів, але у кількості, яка в кілька разів перевищує величину, зазначену у дозвільному документі, знищення тварин, відтворення яких з урахуванням їх чисельності пов'язане зі значними труднощами.

Незаконне полювання у заповідниках або на інших територіях та об'єктах природно-заповідного фонду або полювання на об'єкти тваринного світу, що занесені до Червоної книги України, є формальним складом к.пр. і вважається закінченим з моменту початку полювання незалежно від того, чи були фактично здобуті відповідні мисливські тварини.

Свого часу у літературі наводився приклад із судової практики, коли недоволений відстріл працівниками сільськогосподарського підприємства ведмедя, який знищував належних підприємству корів, був розцінений прокуратурою як крайня необхідність із подальшим закриттям кримінальної справи про незаконне полювання. Постає, однак, питання, чи були у цьому разі вжиті інші, відмінні від відстрілу ведмедя, заходи на кшталт посилення охорони стада, залякування звіра тощо. Поділяючи сумнів у правомірності відстрілу ведмедя у цій ситуації, не виключаємо як таку можливість звернення до законодавчого положення про крайню необхідність у випадках порушення правил полювання.*

У літературі висловлено думку про те, що ч. 1 ст. 248 КК має передбачати відповідальність також за незаконну торгівлю видами дикої фауни, які знаходяться під загрозою зникнення, знищення мігруючих видів тварин, які знаходяться під загрозою зникнення, і середовища їх існування, вилучення яєць із середовища диких тварин, продаж тварин, їх зберігання і транспортування з метою продажу**.

* Петров В.В. Экологические преступления: понятие и составы // Государство и право. – 1993. – № 8. – С. 93.

** Матвійчук В.К. Законодавство про злочини проти довкілля потребує вдосконалення / 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 13–14 жовтня 2011 р. / Редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Харків: Право, 2011. – С. 310.

Розширення сфери застосування досліджуваної кримінально-правової заборони, очевидно, на часі. Тим більш, що прийнята 19 листопада 2008 р. Директива 2008/99/ ЄС про охорону довкілля кримінальним правом включає у перелік складів екологічних к.пр. у т.ч. торгівлю зразками охоронюваних видів дикої фауни і флори або їх частинами, за винятком випадків, коли такі дії вчинені стосовно незначної їх кількості і мали незначний вплив на збереження цих видів*.

Водночас слід зауважити, що знищення мігруючих видів тварин, які знаходяться під загрозою зникнення, охоплюється такою передбаченою чинною редакцією ст. 248 КК формою об'єктивної сторони, як полювання на звірів, птахів чи інші види тваринного світу, що занесені до Червоної книги України. Крім того, продаж, зберігання і транспортування диких тварин, як, до речі, і вилучення яєць, явно виходять за межі поняття полювання, що у випадку сприйняття законодавцем викладеної вище пропозиції вимагатиме уточнення назви ст. 248 КК.

5.3.3.3. Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом (ст. 249 КК). Предметом цього к.пр. є водні живі ресурси, тобто організми, життя яких постійно або на окремих стадіях розвитку неможливе без перебування (знаходження) у воді. Це, зокрема: 1) риби різних видів на всіх стадіях свого розвитку – статевозрілі екземпляри, мальки, ікра; 2) морські ссавці (дельфіни, кити, тюлені, моржі, нерпи тощо); 3) ракоподібні і голкошкірі водні безхребетні тварини (раки, краби, креветки, трепанги, морські їжаки, морські зірки), молюски (головонігі, черевонігі, двостулкові – мідії, кальмари, устриці тощо); 4) промислові водні рослини і водорості, які використовуються для виготовлення продуктів харчування, добрив, медичних препаратів і які підлягають спеціальному правовому захисту (наприклад, ламінарія).

Предметом аналізованого к.пр. не визнаються: водні організми, добування яких нормативно-правовими актами не регламентується (водні плазуни, планктон, жаби тощо); кормові угіддя, місця зимування, нерестові ділянки, тобто ділянки водних об'єктів, де відбувається розмноження риб та інших водних живих ресурсів); бобри, ондатри, хохулі, видри, які є хутровими звірами і розглядаються (поряд із водоплаваючими птахами) як предмет незаконного полювання, передбаченого ст. 248 КК); риби та інші водні живі організми, які завдяки вкладеній праці людини вже не виступають як природні багатства в їх природному стані, а включені у виробничо-трудоий процес і набули внаслідок цього якості товару.

* Дубовик О.Л. Европеизация уголовно-экологического права и проблемы совершенствования главы 26 УК РФ / Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт: Материалы совместного российско-германского стола, 9 октября 2009 г. – М.: МГЮА, 2009. – С. 67.

Дії осіб, винних у незаконному вилові риби, добуванні водних тварин, що вирощуються підприємствами, організаціями або громадянами у спеціально влаштованих чи пристосованих водоймах, або заволодіння рибою, водними тваринами, відловленими цими організаціями (особами), підлягають кваліфікації як к.пр. проти власності. У зв'язку з цим слід з'ясувати, в яких водоймах виловлено рибу або інших водних тварин, чи охоплювалася умислом винного належність водойми, і залежно від цього кваліфікувати його дії.

В юридичній літературі висловлено думку про те, що водні живі ресурси як предмет к.пр., передбаченого ст. 249 КК, мають промислове значення, у зв'язку з чим пропонується закріпити цю ознаку як обов'язкову у п. 1 примітки ст. 249 КК*. Викладена позиція не викликає заперечень у частині визнання предметом розглядуваного к.пр. водних рослин, які використовуються для виготовлення продуктів харчування, добрив, медичних препаратів тощо. Щодо інших водних живих ресурсів наведена точка зору не може бути сприйнята. Адже ст. 249 КК охоплює порушення порядку не лише промислового, а і любительського та спортивного рибальства. Також вважаємо недоречним вести мову про промислове значення, наприклад, видів тваринного і рослинного світу, занесених до Червоної книги України.

Предметом аналізованого к.пр. не слід визнавати шкідливі види риб при тому, що останні можуть розглядатись як водні живі ресурси на підставі їх біологічних характеристик. Такий підхід передусім впливає з відсутності нормативної регламентації видобутку зазначених риб**.

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 249 КК, характеризується сукупністю трьох ознак: 1) діяння – незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом; 2) наслідки у вигляді істотної шкоди; 3) причиновий зв'язок між діянням і наслідками. Зайняття водним добувним промислом – це дії, які полягають у вилученні (ловля, збирання, добування тощо) будь-якими знаряддями (промисловими, любительськими, забороненими) водних живих ресурсів із природного середовища. Поняття «промисел» використовується у цьому разі не як позначення певного різновиду множинності к.пр., а як характеристика об'єктивної сторони кримінально караного посягання на об'єкти водної фауни, яке може бути як одноразовим, так і неодноразовим. До рибного промислу потрібно відносити також ловлю цінних порід риб (лососевих, осетрових) з метою заготівлі ікри. Для наявності складу розглядуваного к.пр. не має значення, займалась особа промислом виключно для себе чи з метою реалізації здобутого.

* Оробець К.В. Кримінальна відповідальність за незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2012. – С. 10, 14, 17.

** Борисов Є.М. Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом: кримінально-правова характеристика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – С. 3, 7.

Не визнається рибальством і, відповідно, навряд чи може кваліфікуватися за ст. 249 КК вилучення з водойми водних ресурсів, загиблих внаслідок антропогенного впливу, забору води чи з інших причин (проте не через умисну поведінку того, хто здійснює вилучення): вказані ресурси, хоч і залишаються в екологічній системі, виконуючи функції обміну речовин та енергії у природі, перестають бути об'єктом тваринного світу, а отже, об'єктом правової (зокрема, кримінально-правової) охорони тваринного світу.

Незаконність зайняття відповідним водним добувним промислом означає, що воно відбувається, зокрема, без належного дозволу, у заборонений час, у недозволених місцях, забороненими знаряддями і способами лову, із перевищенням установлених лімітів чи норм вилову. Для визнання промислу незаконним достатньо встановити наявність хоча б однієї з названих обставин.

Зайняття водним добувним промислом без належного дозволу має місце тоді, коли промисел здійснюється самовільно, без одержання дозволу компетентного органу, який вимагається у конкретному випадку. Любительське і спортивне рибальство на водоймах загального користування здійснюється безоплатно і без надання спеціальних дозволів (уточнимо – якщо це здійснюється у межах встановлених законодавством обсягів безоплатного вилову водних біоресурсів. Маються на увазі обсяги, встановлені для особистих потреб (без права реалізації). Це впливає зі ст. 1 Закону «Про рибне господарство, промислове рибальство та охорону водних біоресурсів»).

Вироком Устинівського районного суду Кіровоградської області Н. та Р. було засуджено за ч. 1 ст. 249 КК. Н. за попередньою змовою з Р. з метою зайняття забороненим видом рибальства із застосуванням заборонених знарядь лову приїхали на легковому автомобілі до штучної насипної греблі додаткової водойми річки Березівки. При цьому Н. та Р. взяли із собою 6 сіток і двохмісний гумовий човен. Прибувши на місце, вказані особи відпливли на човні на відстань близько 50 метрів від берега і встановили по периметру водойми 6 сіток. Через деякий час Н. та Р. на човні запливли до водойми і витягли раніше встановлені ними сітки з рибою. Таким чином, використовуючи заборонені знаряддя лову у нерестовий період, засуджені здійснили незаконний вилов риби у кількості 542 штук плітки. Унаслідок протиправних дій навколишньому природному середовищу були заподіяні матеріальні збитки на суму 5 тис. 528 грн., що становить істотну шкоду.*

Рибальство у заборонений час має місце, якщо воно здійснюється тоді, коли зайняття водним добувним промислом заборонено: а) взагалі (забороняється рибальство у новостворених водосховищах до особливого розпорядження, любительський лов тюленів, усіх видів осетрових та їхніх гібридів, лосося, форелі, харіуса, деяких інших видів

* Архів Устинівського районного суду Кіровоградської області. Справа № 1-43 за 2007 р.

риб, усіх видів крабів, устриць та інших видів, занесених до Червоної книги України); б) у строки, на які встановлено заборону для певних видів водних тварин чи водоймищ (конкретні терміни зайняття водним добувним промислом визначаються за басейно-територіальним принципом і закріплюються у правилах промислового, любительського і спортивного рибальства).

До недозволених місць потрібно відносити ті водойми або їхні ділянки, в яких водний добувний промисел заборонений завжди або дозволяється лише протягом певного часу.

Так, любительським і спортивним рибальством забороняється займатись: у каналах теплоенергоцентралей, відповідних та скидних каналах електростанцій; у відводах рибогосподарських та меліоративних систем, у шлюзових каналах; поблизу мостів, які охороняються, у межах режимних зон охорони; у радіусі 500 м навколо риборозплідних господарств; у зимувальних ямах.

Забороненими слід визнавати ті знаряддя та способи зайняття рибним та іншим водним добувним промислом, якими взагалі не дозволяється користуватись або які не дозволяється застосовувати для добування певних об'єктів водної фауни. Скажімо, під час любительського і спортивного рибальства забороняється лов водних живих ресурсів із застосуванням вибухових і отруйних речовин, електроструму, колючих знарядь лову, вогнепальної і пневматичної зброї (за винятком гарпунних рушниць для підводного полювання), промислових та інших знарядь лову, виготовлених із сіткоснастевих матеріалів усіх видів і найменувань, лов раків у темну пору доби із застосуванням підсвічування. Забороняється промислове рибальство способом багріння, за допомогою брязкал і бовтання. Під час підводного полювання на риб за допомогою гарпунних рушниць не дозволяється застосовувати акваланги та інші автономні дихальні пристрої.

*Вироком Бердянського міськрайонного суду Запорізької області С. було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 249 КК. Встановлено, що С. разом з іншими членами риболовецької бригади на маломірному судні СМБ-40 із використанням забороненого знаряддя вилову – бичкової напіvmеханізованої драги, розмір ячеї якої у приводах і крилах становив 16 мм, а у кутці – 14 мм (це суперечило вимогам п. 11 Режиму промислового рибальства у басейні Азовського моря у 2006 р.), незаконно здобув 2813 кг бичка, унаслідок чого рибним запасам Азовського моря було заподіяно матеріальну шкоду на суму 145 тис. 43, 91 грн.**

Вирішуючи питання, чи є шкода, заподіяна незаконним водним добувним промислом, істотною, потрібно у кожному конкретному випадку враховувати кількість, вартість та екологічну цінність здобутих або знищених водних біоресурсів. Істотною шкодою потрібно визнава-

* Архів Бердянського міськрайонного суду Запорізької області. Справа № 1-560 за 2007 р.

ти, наприклад, вилов або відстріл хоча б одного морського ссавця, загибель великої кількості мальків, риб і водних безхребетних тих видів, які занесені до Червоної книги України, знищення нерестовищ риби, вилов риби тих видів, у відтворенні яких є труднощі, знищення популяції водних організмів, спустошення або забруднення водойми, велику кількість добутих, знищених або непоправно ушкоджених водних тварин порівняно з їх популяцією у конкретній водоймі.

Місцем вчинення розглядуваного к.пр. є водоймища в межах території України, її континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони.

Суб'єкт к.пр. – загальний. Це можуть бути, зокрема, представники юридичної особи, що діє без спеціального дозволу, особи, які виконують певну роботу, пов'язану з використанням (обслуговуванням) транспортних засобів, на яких здійснюється незаконний водний промисел, і які беруть безпосередню участь у такому промислі. Дії службових осіб, які незаконно використовували з метою зайняття водним промислом транспортні засоби, що перебували в їх розпорядженні, мають кваліфікуватися додатково як зловживання службовим становищем, якщо цими діями заподіяно істотної шкоди або тяжких наслідків (ст.ст. 364, 364-1 КК). Якщо у злочинні угоди з бракон'єрами вступають службові особи природоохоронних органів, або останні самостійно вчиняють незаконне зайняття водним добувним промислом, вони повинні нести відповідальність не лише за ст. 249 КК, а і за відповідне к.пр. у сфері службової діяльності.

Література

- Злочини проти довкілля: кримінально-правова характеристика: Практич. посібн. / За ред. О.О. Дудорова. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2014. – 616 с.
- Митрофанов І.І. Кримінально-правове забезпечення охорони довкілля: Монографія. – Кременчук: ПП Щербатих О.В., 2010. – 272 с.

Запитання і завдання

1. Здійсніть відмежування к.пр. проти довкілля від к.пр. проти власності та адміністративних правопорушень.
2. Проаналізуйте склади к.пр., що посягають на встановлений порядок використання землі.
3. Проаналізуйте склад к.пр. «Незаконна порубка лісу».
4. Дайте кримінально-правову характеристику незаконного полювання та незаконного зайняття водним добувним промислом.

Радимо подивитись

- Ерін Брокович (США, 2000, режисер Стівен Содерберг).
- Дом (Франція, 2009, режисери Ян Арт'юс-Бертран, Люк Бессон).

- Барака (США, 1992, режисер Рон Фріке).
- Планета Земля (Велика Британія, Німеччина, Канада, Японія, США, 2006, режисер Аластер Фовергілл).
- Земля 2100 (США, 2009, режисер Руді Беднар).
- Надлишки: Тероризм споживання (Швеція, 2003, режисер Ерік Гандіні).

5.4. Кримінальні правопорушення проти громадської безпеки

5.4.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти громадської безпеки

5.4.1.1. Кримінальні правопорушення, норми про які розміщені у розділі IX Особливої частини КК, посягають на громадську безпеку, тобто на стан захищеності суспільства від різноманітних факторів і джерел підвищеної небезпеки – злочинних об'єднань, проявів тероризму, зброї, вибухових пристроїв і речовин, радіоактивних і хімічних матеріалів тощо. Зазначені к.пр., порушуючи безпечні умови життєдіяльності суспільства, спричиняють загибель людей чи інші тяжкі наслідки або створюють загрозу настання таких наслідків для невизначеного кола людей, усього суспільства. У цьому полягає відмінність розглядуваних діянь, зокрема, від к.пр. проти життя та здоров'я особи, а також проти власності.

Норми про відповідальність за к.пр. проти безпеки виробництва і безпеки руху та експлуатації транспорту як спеціальних різновидів громадської безпеки утворюють самостійні розділи КК. Якщо у розділах X і XI Особливої частини КК йдеться про кримінально карані порушення, відповідно, виробничої і транспортної безпеки, то у розділі IX – про кримінально карані посягання на загальну громадську безпеку (безпеку для всіх).

Загальнонебезпечний характер злочинів проти громадської безпеки обумовлений як їх об'єктом, так і тим, що їх предметом та/або засобом (знаряддям) виступають зброя або інші, за своєю природою потенційно смертоносні, джерела, які використовуються або можуть бути використані як зброя, як засоби руйнування чи ураження*.

Проблематика к.пр. проти громадської безпеки, частина з яких є злочинами міжнародного характеру, знаходить відображення і в міжнародних договорах. Маються на увазі, зокрема: Європейська кон-

* Тихий В.П. Сучасні проблеми застосування і вдосконалення кримінально-правових норм про відповідальність за злочини проти громадської безпеки // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2008. – № 3. – С. 40.

венція про боротьбу з тероризмом від 27 січня 1977 р.; Європейська конвенція про контроль за придбанням і зберіганням вогнепальної зброї приватними особами від 28 червня 1978 р.; Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р.; Протокол проти незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності, від 31 травня 2001 р.; Конвенція РЄ про відмивання, виявлення, вилучення, конфіскацію доходів від злочинної діяльності та фінансування тероризму від 3 травня 2005 р.; Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу від 3 березня 1980 р.; Шанхайська конвенція про боротьбу з тероризмом, сепаратизмом і екстремізмом 2001 р.

Можна виділити такі **види** к.пр., передбачених розділом IX Особливої частини КК:

1) пов'язані зі створенням та діяльністю злочинних об'єднань. Це: створення злочинної організації (ст. 255), сприяння учасникам злочинних організацій та укріптя їх злочинної діяльності (ст. 256), бандитизм (ст. 257), створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань (ст. 260);

2) терористичний акт і пов'язані з ним к.пр.: терористичний акт (ст. 258), стягнення у вчинення терористичного акту (ст. 258-1), публічні заклики до вчинення терористичного акту (ст. 258-2), створення терористичної групи чи терористичної організації (ст. 258-3), сприяння вчиненню терористичного акту (ст. 258-4), фінансування тероризму (ст. 258-5).

Аналогом ст. 258-3 КК України може вважатись § 129а КК ФРН, який встановлює відповідальність за створення терористичного товариства, участь в його діяльності, підтримку у будь-якій формі діяльності такого товариства і вербування осіб для участі у цій діяльності. Товариство визнається терористичним, якщо метою його діяльності є вчинення одного чи кількох злочинів, перелічених у вказаній кримінально-правовій нормі (вбивство, геноцид, злочини проти людства, воєнні злочини, злочини проти особливої волі тощо). Норми про відповідальність за створення терористичної організації, керівництво нею та/або участь у ній як спеціальний склад терористичного злочину передбачені кримінальним законодавством багатьох держав, у т.ч. Грузії, Ізраїлю, Італії, Македонії, Нідерландів, Португалії, Словенії. Слід також враховувати, що за ст. 258-3 КК України не можуть бути кваліфіковані дії, пов'язані зі створенням і функціонуванням груп та організацій, які спрямовані на вчинення відмінних від ст. 258 КК злочинів, що з огляду на ст. 1 Конвенції РЄ про запобігання тероризму можуть розглядатись як прояви тероризму (зокрема, ст.ст. 112, 147, 278, 443, 444 КК);

3) проти порядку обігу небезпечних предметів і речовин: напад на об'єкти, на яких є предмети, що становлять підвищену небезпеку для оточення (ст. 261), викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням

службовим становищем (ст. 262), незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами (ст. 263), незаконне виготовлення, переробка чи ремонт вогнепальної зброї або незаконне виготовлення бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв (ст. 263-1), недбале зберігання вогнепальної зброї або бойових припасів (ст. 264), незаконне поводження з радіоактивними матеріалами (ст. 265), незаконне виготовлення ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію (ст. 265-1), погроза вчинити викрадення або використати радіоактивні матеріали (ст. 266), порушення правил поводження з вибуховими, легкозаймистими та їдкими речовинами або радіоактивними матеріалами (ст. 267), незаконне ввезення на територію України відходів і вторинної сировини (ст. 268), незаконне перевезення на повітряному судні вибухових або легкозаймистих речовин (ст. 269);

4) інші: завідомо неправдиве повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності (ст. 259), порушення вимог режиму радіаційної безпеки (ст. 267-1), порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки (ст. 270), умисне знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства (ст. 270-1).

Предмети, перелічені у примітці до ст. 270-1 КК, самі по собі не є потенційно небезпечними. На відміну від предметів інших к.пр., передбачених розділом IX Особливої частини КК, об'єкти ЖКГ не входять до переліку джерел підвищеної небезпеки, визначеного у ст. 1187 ЦК. Об'єкти ЖКГ не просто не містять потенційної небезпеки, а навпаки, покликані задовольняти повсякденні потреби їх власників, держави, суспільства. Крім того, схожі за змістом кримінально-правові заборони містяться у розділі VI Особливої частини КК «Злочини проти власності» (ст.ст. 194, 194-1). Знищуючи або пошкоджуючи об'єкти ЖКГ, винна особа передусім спричиняє шкоду власності на такі об'єкти. З урахуванням цього розміщення норми, присвяченої умисному знищенню або пошкодженню об'єктів ЖКГ, у розділі IX Особливої частини КК України навряд чи може бути визнане виправданим. Нічого, крім непотрібної казуїстики, ця новела у кримінальний закон не вносить.

Як свідчать дані ДСА, найбільш поширеними серед цих к.пр. є лише кілька видів. Так, із 4175 осіб, засуджених за злочини проти громадської безпеки у 2013 р., засуджено за: ст. 263 – 3285 осіб; ст. 259 – 74; ст. 267-1 – 33; ст. 262 – 16; ст. 257 – 8; ст. 255 – 6 осіб.

5.4.2. Кримінальні правопорушення, пов'язані зі створенням та діяльністю злочинних об'єднань

5.4.2.1. У ст. 255 КК, яка передбачає відповідальність за **створення злочинної організації**, вид останньої не конкретизовано. Відповідно, це може бути будь-яка організація, ознаки якої визначені у ч. 4 ст. 28 КК. Йдеться про такі ознаки: 1) наявність п'яти і більше осіб; 2) стійкість та ієрархічність об'єднання; 3) організованість членів або структурних

частин об'єднання для спільної діяльності; 4) мету цієї діяльності, якою є безпосереднє вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів, керівництво чи координація злочинної діяльності інших осіб або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп. Але слід враховувати, що ст. 255 КК підлягає застосуванню лише у тому разі, коли вчинене не охоплюється нормами КК, присвяченими окремим видам злочинних організацій (ст.ст. 257, 258-3, 260 КК).

Будучи спрямованою на боротьбу з таким небезпечним явищем, як організована злочинність, ст. 255 КК визнає закінченим злочином поведінку, яка за своїм загальним кримінально-правовим змістом означає готування до вчинення злочинів. Аналізована норма передбачає кримінальну відповідальність у т.ч. за суто створення злочинної організації і вступ до неї незалежно від того, чи розпочали учасники вказаної організації вчиняти конкретні злочини, заради чого і створювалась така організація.

Внаслідок неузгодженості формулювань, наведених у ч. 4 ст. 28 і ч. 1 ст. 255 КК, з точки зору кваліфікації за другою з названих норм постає питання про кількість злочинів, що їх має на меті вчинити злочинна організація. Надаючи пріоритет у розгляданій ситуації ч. 4 ст. 28 КК, вважаємо, що ст. 255 КК може застосовуватись лише у разі, коли встановлено мету вчинення злочинною організацією щонайменше двох злочинів вказаної у законі тяжкості.

Злочинна організація, про яку йдеться у ст. 255 КК, може складатися з відповідних структурних частин, бути утвореною на базі кількох організованих груп, бути об'єднанням таких груп. У свою чергу такі структурні частини можуть виступати як групи (за попередньою змовою чи організовані) чи окремі особи, діяльність яких полягає у вчиненні злочинів, а так само як групи чи окремі особи, які здійснюють керівництво чи координацію злочинної діяльності або забезпечують функціонування відповідних структур самої злочинної організації чи інших злочинних груп.

Стабільність складу та організаційної структури не є обов'язковою характеристикою злочинної організації. Її контингент може складатися з постійних учасників (своєрідне ядро угруповання) і непостійних учасників, які беруть участь у вчиненні злочинів епізодично або одноразово. Крім того, декого з числа вказаних осіб може бути притягнуто до кримінальної відповідальності і поміщено до місць позбавлення волі, декого може бути вбито, дехто може перейти до складу іншої групи чи відмовитися від вчинення в майбутньому кримінально караних діянь тощо.

Ієрархічність злочинної організації полягає у підпорядкуванні учасників такої організації її організатору (керівнику), який забезпечує керування таким об'єднанням, а також сприяє збереженню функціональних зв'язків та принципів взаємозалежності його учасників або структурних частин при здійсненні спільної злочинної діяльності (п. 12 постанови ПВС від 23 грудня 2005 р. № 13 «Про практику

розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями»).

З об'єктивної сторони к.пр., передбачене ст. 255 КК, полягає у вчиненні одного з діянь, вказаних альтернативно:

1) створення злочинної організації з метою вчинення тяжких чи особливо тяжких злочинів (підшукування співучасників, розподіл між ними обов'язків, розроблення плану, визначення способів його виконання тощо);

2) керівництво такою організацією (зокрема, забезпечення встановлення правил поведінки, вербування нових учасників організації, удосконалення структури);

3) участь в ній (виконання в інтересах організації потрібних для її функціонування дій);

4) участь у злочинах, вчинюваних злочинною організацією (має місце і в тому разі, коли особа не брала участі у створенні злочинної організації, не вступала до її складу і не була її учасником) [цікаво, що ст. 288 КК Білорусі встановлює відповідальність за примушування особи до участі в організованій злочинній діяльності];

5) організація зустрічі (сходки) представників злочинних організацій або організованих груп;

6) керівництво такою зустріччю (сходкою);

7) сприяння такій зустрічі (сходці).

Отже, лише чотири перші діяння (або форми к.пр., караного за ч. 1 ст. 255 КК) пов'язані зі створенням та функціонуванням злочинної організації. Три форми розглядуваного к.пр. пов'язані з так званою сходкою. Таким чином, назва ст. 255 КК не повністю відображає зміст тих діянь, про які йдеться у ч. 1 цієї статті.

Зустріч або, як називає її законодавець, «сходка» є специфічною формою взаємодії кількох організованих груп або злочинних організацій, під час проведення якої представники злочинного світу можуть розробляти плани та умови спільного вчинення злочинів, розглядати питання матеріального забезпечення злочинної діяльності, координації дій злочинних організацій або організованих груп. Виходячи з самої назви, вказаний захід повинен відбуватися за безпосередньої участі відповідних представників. Зважаючи на розвиток засобів комунікації, постає питання про уточнення формулювання ст. 255 КК з тим, щоб давати кримінально-правову оцінку «он-лайн нарадам» між учасниками організованих злочинних угруповань. Такі заходи дають змогу злочинцям, які перебувають у різних місцях, так само, як і під час безпосередньої зустрічі, розробляти плани та умови вчинення злочинів, розв'язувати різноманітні питання тощо.

Організація зустрічі (сходки) полягає у діях, завдяки яким власне факт такої зустрічі стає можливим. Це може бути пропозиція провести таку зустріч, визначення місця та часу її проведення, складу її учасників і

порядку їх приїзду та від'їзду, визначення результатів і джерел фінансування цього заходу тощо. Керівництво такою зустріччю (сходкою) – це управлінські дії, які мають місце безпосередньо під час проведення такого злочинного заходу. Сприяння зустрічі (сходці) – це будь-яка допомога у її підготовці, проведенні та підбитті підсумків. Вона може діставати вияв у наданні приміщення як для проведення зустрічі, так і для розміщення її учасників, наданні транспортних засобів, комп'ютерної техніки, харчування, забезпеченні охорони учасників заходу тощо.

Оскільки у ч. 1 ст. 255 КК не встановлено самостійну відповідальність за участь у сходці, учасники такого заходу за умови, що вони не керували ним, не сприяли його підготовці чи проведенню, а також за умови відсутності в їх поведінці перших чотирьох форм аналізованого к.пр., не можуть нести відповідальність за цією нормою.

У ч. 2 ст. 255 КК йдеться про звільнення від кримінальної відповідальності деяких учасників злочинної організації. Законодавець прямо передбачає, хто зі складу злочинної організації не може бути звільнений від відповідальності на підставі компромісної норми, – це організатор або керівник злочинної організації. Усі інші (так би мовити, рядові) учасники мають бути звільнені від неї, якщо вони: а) добровільно заявили про створення злочинної організації або участь у ній і б) активно сприяли її розкриттю. Про дії, спрямовані на викриття сходки представників злочинних організацій та організованих груп, у цьому разі не йдеться. У разі виконання всіх вимог, вказаних у ч. 2 ст. 255 КК, учасник злочинної організації звільняється від кримінальної відповідальності тільки за діяння, передбачене ч. 1 цієї статті.

З огляду на це ч. 2 ст. 255 КК не застосовується у випадках: 1) вчинення особою інших злочинів, пов'язаних з діяльністю злочинних організацій, – бандитизму, створення терористичної групи чи терористичної організації, створення не передбаченого законом воєнізованого або збройного формування; 2) добровільної заяви про проведення сходки і сприяння затриманню її учасників; 3) вчинення особою конкретних злочинів у складі злочинної організації (наприклад, якщо особа вчинила у складі злочинної організації розбій, а згодом добровільно заявила про свою участь у цій організації та активно сприяла її розкриттю, вона підлягатиме відповідальності саме і тільки за ст. 187 КК).

5.4.2.2. У ст. 256 КК передбачено відповідальність за заздалегідь не обіцяне **сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності** шляхом надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів, а також за заздалегідь не обіцяне здійснення інших дій зі створення умов, які сприяють їх злочинній діяльності. Наведені формулювання дозволяють зробити висновок про те, що за своєю юридичною природою розглядуване діяння є різновидом причетності до к.пр.,

караного за ст. 255 КК і проаналізованого вище, виділеним в окрему кримінально-правову заборону у зв'язку (треба так розуміти) з підвищеною суспільною небезпекою діяльності злочинних організацій.

Водночас доцільність виокремлення цієї заборони викликає сумнів. «Ст. 256 КК конкурує зі ст. 198 і ст. 396. Це створює невикордані складнощі для кваліфікації злочинів. Якщо ж, на відміну від ст. 198 і ст. 396, ст. 256 КК передбачає, що такі дії вчиняються систематично, постійно, вони мають розглядатись як співучасть у злочині, передбаченому ст. 256 КК, або співучасть в інших подібних злочинах»*.

Сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності – діяння, які є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони к.пр., передбаченого ст. 256 КК. Присутність єдального сполучника «та» наводить на думку про те, що для наявності в діяннях особи складу цього к.пр. необхідно, щоб вона вчинила і заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій, і заздалегідь не обіцяне укриття їх злочинної діяльності. Щоправда, у літературі з цього приводу зустрічається інша точка зору. Так, С.Д. Шапченко і В.О. Навроцький пишуть, що об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 256 КК, включає заздалегідь не обіцяне: 1) сприяння учасникам злочинних організацій; 2) укриття їх злочинної діяльності; 3) здійснення інших дій зі створення умов, які сприяють їх злочинній діяльності**.

На нашу думку, об'єктивна сторона аналізованого к.пр. виявляється у двох формах: 1) заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій (включаючи організаторів і керівників) та укриття їх злочинної діяльності шляхом надання предметів, вичерпний перелік яких міститься у КК; 2) заздалегідь не обіцяне здійснення інших дій зі створення умов, що сприяють злочинній діяльності злочинних організацій. Такої самої точки зору дотримується В.П. Тихий***.

Заздалегідь обіцяне сприяння створенню злочинної організації слід розцінювати як пособництво у вчиненні к.пр., передбаченого ст. 255 КК. Щодо заздалегідь обіцяного сприяння діяльності злочинної організації, то воно, на наш погляд, має кваліфікуватись за ст. 255 КК як участь у такій організації (С.В. Хилюк вважає, що у цьому разі треба говорити про участь особи у злочинах, вчинюваних злочинною організацією****), а за наявності підстав – і як пособництво у тому конкретному

* Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 283.

** Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-е вид. / Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – С. 536; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 786.

*** 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. – Харків: Право, 2013. – Т. 2. – С. 471.

**** Хилюк С. Кваліфікація заздалегідь обіцяного сприяння учасникам злочинних організацій // Підприємство, господарство і право. – 2012. – № 6. – С. 94–95.

к.пр. (вбивство на замовлення, розбій тощо), вчиненню якого злочинною організацією ця особа надавала сприяння.

Укриття злочинної діяльності учасників злочинних організацій з точки зору кваліфікації за ст. 256 КК має місце, наприклад, у випадку, коли винна особа приховує знаряддя вчинення злочинів, допомагає сховатися учасникові злочинної організації, якого переслідують правоохоронні органи. Здійснення інших дій – це, зокрема, переміщення осіб, пов'язаних з діяльністю злочинної організації, організація тренувань учасників такої організації, створення перешкод для правоохоронних органів.

Умислом особи, яка вчиняє к.пр., передбачене ст. 256 КК, охоплюється усвідомлення того, що вчинюване нею діяння вчиняється на користь учасника злочинної організації, а отже, її діяльність загалом. Якщо особа фактично здійснила сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності, проте не усвідомлювала належність цих осіб до складу злочинної організації, вона за наявності підстав повинна нести відповідальність за ст. 396 КК («Приховування злочину»).

5.4.3. Терористичний акт і пов'язані з ним кримінальні правопорушення

5.4.3.1. Події останнього часу засвідчують, що тероризм становить для нашої країни таку саму серйозну загрозу, як, наприклад, для Великобританії, Іспанії, Ізраїлю чи США. Діяння, пов'язані з тероризмом, поширені у світі, мають специфіку готування та безпосереднього вчинення, коли різні етапи відповідної злочинної поведінки можуть мати місце в різних країнах, коли особи, які здійснюють керівництво терористами, а іноді й виконавці, можуть перебувати за тисячі кілометрів від місця, де безпосередньо відбувається терористичний акт. Беручи до уваги названі обставини, український законодавець передбачає у тексті чинного КК відповідальність за низку терористичних злочинів.

У Концепції боротьби з тероризмом, схваленій Указом Президента України від 25 квітня 2013 р. № 230/ 2013, зазначається, що ряд чинників можуть стати підґрунтям для підвищення в Україні рівня терористичної загрози: підвищена заінтересованість до території України як транзитної зони з боку міжнародних злочинних угруповань; активна участь України у врегулюванні збройних конфліктів і міжнародних антитерористичних операціях; поширення ідей тероризму через мережу Інтернет, розповсюдження інструктивних матеріалів щодо технології виготовлення саморобних засобів ураження і тактики вчинення терористичних актів; наявність на території України потенційно небезпечних та уразливих у терористичному аспекті об'єктів; тенденція до збільшення в Україні кількості осіб – вихідців із держав, в яких нестабільними є економіка і політична ситуація та на територіях яких активно діють терористичні організації.

Суть тероризму яскраво демонструє приклад відомої «атаки на Мумбаї».

Терористи 26–29 листопада 2008 р. здійснили напади на об'єкти в індійському місті Мумбаї силами кількох мобільних груп. Одна група відкрила стрілянину з автоматів Калашникова у будівлі вокзалу, дві інші захопили десятки заручників в готелях «Тадж Махал» і «Оберой», четверта атакувала поліцейську ділянку. Усього було зафіксовано сім нападів. Бойовики вимагали звільнення «моджахедів» з індійських в'язниць. Загальне число загиблих досягло 195 людей, серед яких були діти, близько 300 людей отримали вогнепальні поранення.

Згідно зі ст. 3 Закону «Про боротьбу з тероризмом» **тероризм** – це суспільно небезпечна діяльність, яка полягає у свідомому, цілеспрямованому застосуванні насильства шляхом захоплення заручників, підпалів, убивств, тортур, залякування населення та органів влади та органів влади або вчинення інших посягань на життя і здоров'я ні в чому не винних людей або погрози вчинення злочинних дій з метою досягнення злочинних цілей.

Більш вдалим вважаємо доктринальне визначення тероризму, згідно з яким тероризм – це суспільно небезпечні діяння, спрямовані на залякування населення з метою спонукання держави, міжнародної організації, фізичної або юридичної особи чи групи осіб до вчинення або відмови від вчинення якихось дій, а також сприяння таким діянням*.

Терористична діяльність охоплює: планування, організацію, підготовку та реалізацію терористичних актів; підбурювання до вчинення терористичних актів, насильства над фізичними особами або організаціями, знищення матеріальних об'єктів у терористичних цілях; організацію незаконних збройних формувань, злочинних угруповань (злочинних організацій), організованих злочинних груп для вчинення терористичних актів; участь у таких актах; вербування, озброєння, підготовку та використання терористів; пропаганду і поширення ідеології тероризму; фінансування та інше сприяння тероризму (ст. 1 Закону «Про боротьбу з тероризмом»).

Відповідно до ст. 1 Конвенції РЄ про запобігання тероризму від 16 травня 2005 р. термін «терористичний злочин» означає будь-який із злочинів, визначених в одному з договорів, перелік яких наведено у Додатку до цієї Конвенції. У вказаний Додаток входять: Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден від 16 грудня 1970 р.; Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації, від 23 вересня 1971 р.; Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів, від 14 грудня 1973 р.; Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників від 17 грудня 1979 р.; Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу

* Проблеми систематизації та комплексного розвитку антитерористичного законодавства України: Монографія / За заг. ред. В.С. Зеленецького, В.П. Ємельянова. – Харків: Право, 2008. – С. 12.

від 3 березня 1980 р.; Протокол про боротьбу з незаконними актами насильства в аеропортах, які обслуговують міжнародну цивільну авіацію, від 24 лютого 1988 р.; Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства, від 10 березня 1988 р.; Протокол про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки стаціонарних платформ, розташованих на континентальному шельфі, від 10 березня 1988 р.; Міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим тероризмом від 15 грудня 1997 р.; Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 р.

До міжнародних документів, присвячених протидії тероризму, належать також Декларація ООН про заходи з ліквідації міжнародного тероризму від 9 грудня 1994 р., Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму від 13 квітня 2005 р., Глобальна контртерористична стратегія ООН від 8 вересня 2006 р.

У КК встановлено відповідальність за різні прояви тероризму (зокрема, у ст.ст. 147, 259, 261, 277, 278, 279, 444), які, щоправда, віднесено не до к.пр. проти громадської безпеки.

У багатьох державах, як і в Україні, терористичний акт визнається злочином проти громадської безпеки (Білорусь, Угорщина, Киргизстан, КНР, Колумбія, Литва, Монголія, Норвегія, РФ, Таджикистан). До злочинів проти громадського порядку відносить терористичний акт законодавець Іспанії, Португалії, Сальвадору, Туркменістану. В Італії терористичний акт вважається злочином проти внутрішньої безпеки держави, а в Грузії – проти держави. За КК Латвії терористичні злочини також віднесено до злочинів проти держави.

Існують і держави (зокрема, Люксембург, Норвегія, Румунія, Туреччина, Швеція), КК яких не містять спеціальної статті, присвяченої терористичному акту. Терористичними у цих державах визнаються (зі збільшенням розміру санкцій) звичайні («загальнокримінальні») злочини за наявності у винних терористичної мети, яка відіграє роль кваліфікуючої ознаки. Показовим у цьому сенсі є КК Франції, відповідно до ст. 421-1 якого актами тероризму за наявності мети суттєво порушити громадський порядок шляхом залякування або терору є, зокрема: умисні посягання на життя, на особисту недоторканність, викрадення і незаконне позбавлення волі, угон повітряного судна або іншого транспортного засобу; крадіжка, вимагання, знищення або пошкодження майна; злочинні діяння у сфері інформатики; незаконне поводження зі смертоносними чи вибуховими механізмами і зброями, вибуховими речовинами, зброєю і набоями зазначених у законі категорій (у т.ч. з хімічною, біологічною і токсичною зброєю), розповсюдження в атмосфері, ґрунті, надрах або водах, в тому числі територіальних морських водах, будь-якої речовини, здатної поставити у небезпеку здоров'я людини або тварин чи природне середовище. Всього ст. 421-1 КК, диспозицію якої слід визнати відсильною, містить перелік із десяти злочинів і проступків.*

* Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 281–285.

Описавши акти тероризму у 3 статтях КК, французький законодавець передбачає підвищення максимуму покарання у вигляді позбавлення волі, якщо відповідні злочинні діяння утворюють акти тероризму. Наприклад, покарання подвоюється, якщо злочинне діяння карається (за умови, що воно не мало на меті суттєво порушити громадський порядок шляхом залякування або терору) тюремним ув'язненням на строк не більше 3 років.

У законодавстві деяких держав поряд із терористичним актом передбачено самостійну відповідальність за міжнародний тероризм як злочин проти миру та безпеки людства. Так, у ст. 389 КК Вірменії під міжнародним тероризмом розуміється організація або здійснення на території іноземної держави вибуху чи підпалу або інших дій, спрямованих на знищення людей чи спричинення тілесних ушкоджень, знищення чи пошкодження будівель, споруд, шляхів і комунікацій, засобів зв'язку або іншого майна, вчинені з метою розпалювання міжнародних ускладнень або війни чи дестабілізації внутрішньої обстановки іноземної держави. Відповідно до ст. 126 КК Білорусі міжнародний тероризм, який має на меті провокацію міжнародних ускладнень, війни чи дестабілізації внутрішнього становища іноземної держави, охоплює вбивство або спричинення тяжких тілесних ушкоджень державним або громадським діячам іноземної держави, а також спричинення шкоди їх майну з цією самою метою. У КК Словенії також є окрема стаття, присвячена міжнародному тероризму (ст. 388).

Закріплена у КК диференціація кримінальної відповідальності за терористичний акт і пов'язані з ним к.пр. (ст.ст. 258–258-5) сприймається неоднозначно. З одного боку, законодавцю можна закинути казуїстичний виклад нормативного матеріалу, те, що самостійними к.пр. визнаються окремі різновиди підбурювання, організації та пособництва у вчиненні терористичного акту, тобто діяння, які «обслуговують» останній та які й без виокремлення у КК норм про відповідальність за них розцінювались як кримінально карані (за цією логікою КК варто доповнювати статтями, наприклад, про втягнення у крадіжку або за надання допомоги при її вчиненні). Так, існують серйозні сумніви щодо доцільності виокремлення ст. 258-5 КК («Фінансування тероризму»), адже і до моменту включення її в КК відповідні дії, будучи пособництвом, визнавались злочинними. Не витримує критики обґрунтування існування цієї норми вимогами міжнародних нормативно-правових актів, оскільки в більшості з них міститься лише вимога визнання таких дій злочинними без уточнення щодо того, повинні такі дії міститись в окремій кримінально-правовій нормі чи можуть бути складовими кількох кримінально-правових норм. Достатніх підстав для виділення фінансування терористичних злочинів в окрему норму не існувало. Криміналізація фінансування тероризму супроводжувалась численними порушеннями принципів кримінального права*. З іншого боку,

* Данилевський А.О. Кримінальна відповідальність за фінансування тероризму / Протидія злочинності: теорія та практика: Матеріали II міжвузівської науково-практичної конференції, 15 жовтня 2010 р. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – С. 40–43.

зазначена диференціація є виправданою з урахуванням як положень міжнародно-правових документів, ратифікованих Україною, так і досвіду зарубіжного законодавця.

Новітнє кримінальне законодавство зарубіжних держав зазвичай передбачає ряд (комплекс) заборон, присвячених протидії тероризму. У переважній більшості КК європейських держав питанням відповідальності за тероризм присвячено більше однієї статті – від 2 (Молдова, Норвегія, ФРН) до 8 (Фінляндія), 9 (Грузія) і навіть 10 статей (Іспанія).*

5.4.3.2. Основним терористичним (від лат. *terror* – страх, жах) злочином є підстави вважати **терористичний акт**, визначений у ст. 258 КК як застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків, якщо такі дії були вчинені з метою порушення громадської безпеки, залякування населення, провокації воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення, або з метою впливу на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими особами цих органів, об'єднаннями громадян, юридичними особами, або привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного (терориста), а також погроза вчинення зазначених дій з тією самою метою.

Наведене формулювання є громіздким, складним для сприйняття і перевантаженим зайвою інформацією. Так, немає необхідності вказувати як на мету терористичного акту на «привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного (терориста)». Адже будь-яке привернення уваги здійснюється не заради нього самого, а для того, щоб вплинути на кого-небудь, а тому охоплюється використаним у ч. 1 ст. 258 КК зворотом «з метою впливу». Зайвою є також вказівка на мету «провокації воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення», оскільки і така мета – не самоціль для терористів, а лише засіб досягнення мети впливу. Вказівка на мету порушення громадської безпеки є тавтологічною (виходить, що об'єкт к.пр. є одночасно його метою), а отже, непотрібною. Основний недолік законодавчого визначення терористичного акту полягає у тому, що такі ознаки, як залякування населення і здійснення впливу, передбачені не у взаємозв'язку, а альтернативно. Із чинної редакції ст. 258 КК випливає, що можливий терористичний акт із залякуванням населення, але без впливу на кого-небудь, або із таким впливом, але без залякування населення. Для того, щоб склад «терористичний акт» не конкурував з

* Яценко С.С. Кримінально-правові заходи протидії тероризму: порівняльний аналіз кодексів європейських держав // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2005. – № 1. – С. 48.

іншими складами злочинів (вимагання, погроза працівнику правоохоронного органу тощо), він повинен включати єдину вказівку на спрямованість певних насильницьких дій на залякування населення і мету впливу – спонукання певних суб'єктів (в тому числі фізичних осіб) до прийняття рішень, в яких зацікавлений терорист*.

З об'єктивної сторони к.пр., передбачене ст. 258 КК, може набувати таких форм: 1) застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я людини, або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків (матеріальний склад); 2) погроза вчинення зазначених дій (формальний). Дії, що становлять об'єктивну сторону терористичного акту, можна поділити на фізичні та інформаційні.

*Як і в КК України, у КК багатьох європейських держав розглядуваний злочин описується шляхом вказівки не лише на певну терористичну дію, а і на погрозу вчинення такої дії (зокрема, Азербайджан, Вірменія, Молдова, Латвія, Норвегія, РФ, Сербія, Чорногорія). Існують і держави (наприклад, Албанія, Естонія, Литва), у КК яких про караність так званої терористичної погрози не йдеться. А у КК деяких держав кримінальна відповідальність за терористичний акт і за погрозу його вчинення міститься у різних статтях. Так, у КК Білорусі відповідальність за тероризм передбачена у ст. 289, а за погрозу вчинення акту тероризму – у ст. 290. При цьому погроза вчинення акту тероризму визнається, судячи з порівняльного аналізу санкцій названих статей, менш суспільно небезпечним діянням, ніж терористичний акт. «Формулювання підстави кримінальної відповідальності за погрозу вчинення терористичного акту в окремій статті кодексу заслуговує уваги й можливого запозичення, враховуючи значно менший ступінь суспільної небезпечності таких дій порівняно з реальними терористичними актами»**.*

Під застосуванням зброї при вчиненні терористичного акту слід розуміти її використання за цільовим призначенням – це, зокрема, здійснення вибухів, прицільних пострілів чи хаотична стрільба в місцях перебування людей, заподіяння ударів холодною зброєю. Якщо за ст. 258 КК застосування зброї є однією з альтернативних ознак основного складу «терористичний акт», то за КК Азербайджану, Вірменії, Молдови і РФ така дія є однією з кваліфікуючих ознак терористичного акту.

Інші дії, які створювали небезпеку, – це вчинки, внаслідок яких виникла реальна загроза настання наслідків у вигляді смерті чи завдання тілесних ушкоджень, знищення чи пошкодження майна, порушення руху транспортних засобів, роботи підприємств, установ, організацій (наприклад, застосування отруйних, сильнодіючих або інфекційних речовин [доречно пригадати, як у 1995 р. у метрополітені Токіо члени однієї з

* Проблеми систематизації та комплексного розвитку антитерористичного законодавства України: Монографія / За заг. ред. В.С. Зеленецького, В.П. Ємельянова. – Харків: Право, 2008. – С. 29–32.

** Яценко С.С. Вказ. праця. – С. 47.

релігійних сект здійснили розпилення нервово-паралітичного газу, внаслідок чого 12 людей загинуло, а понад 4 тис. осіб отримали ураження різного ступеня тяжкості], затоплення, руйнування висотних споруд, будівель, доріг, нафтових родовищ, гребель та інших гідротехнічних споруд, утворення обвалів, поширення збудників заразних хвороб).

Створення небезпеки для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків (ч. 1 ст. 258 КК) означає такі зміни у навколишньому світі, коли виникає реальна загроза заподіяння шкоди життю чи здоров'ю людей, власності, нормальному функціонуванню транспорту, зв'язку, забезпеченню споживачів водою, енергією, продуктами харчування тощо.

20 січня 2011 р. поблизу будівель торговельного центру «Голден Плаза» і дочірнього підприємства «Макіїввугілля» було здійснено підлив саморобних вибухових пристроїв, у результаті яких пошкоджено фасади і вікна цих будівель. На місці вибухів було знайдено листівки з вимогами передачі грошей і погрозами вчинити серію нових вибухів. За вказані дії двох мешканців Донецької області Центральньо-міським районним судом м. Макіївки Донецької області було засуджено за ч. 2 ст. 258 КК.*

Під погрозою вчинення вказаних у диспозиції ст. 258 КК дій слід розуміти психічний вплив на людей у формі висловлення наміру вчинити з відповідною метою вибух, підпал чи інші подібні дії. Ця погроза спрямована на створення у відповідного адресата враження про реальну готовність вчинити вказані у тексті КК загальнонебезпечні дії незалежно від того, чи мав винний насправді намір реалізувати заявлену ним погрозу. При цьому не має значення, чи була погроза фактично доведена до належного адресата. Водночас вказана погроза, очевидно, має поєднуватись із вчиненням дій, що свідчать про серйозність відповідних намірів (наприклад, придбання вибухових, біологічно небезпечних, радіоактивних речовин або зброї, вчинення «попереджувальних» вибухів або підпалів, виконання підготовчих дій із відключення об'єктів життєзабезпечення або порушення технологічних процесів, блокування транспортних комунікацій). Якщо погроза ні в чому, крім оголошення наміру не виявлялась, вона не повинна розцінюватись як терористичний акт і за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 259 КК.

За формою погроза вчинення терористичного акту може бути будь-якою (усна, письмова, із використанням засобів зв'язку тощо), висловлюватись відкрито або анонімно, одній людині або широкому колу осіб.

Обов'язковою суб'єктивною ознакою терористичного акту є мета, позначена у диспозиції ч. 1 ст. 258 КК альтернативно. Якщо дії, зазначені у цій нормі, вчинені з метою ослаблення держави, вчинене має розцінюватись не як терористичний акт, а як диверсія (ст. 113 КК).

* Служба безпеки України: історія та сучасність: До 20-ї річниці створення. – К.: Видавець Корбуш, 2012. – С. 94–96.

У кримінальному законодавстві деяких держав, на відміну від України, мета вчинення терористичного акту не є обов'язковою ознакою складу цього злочину. Так, у ст. 115 КК КНР зазначається, що підпал, затоплення, вибух, отруєння або спричинення іншими небезпечними способами тяжкого тілесного ушкодження, смерті людині чи спричинення великої шкоди громадській, приватній власності карається як один із злочинів проти громадської безпеки позбавленням волі на строк від 10 років, довічним позбавленням волі або смертною карою. Відповідно до ч. 1 ст. 250 КК Литви (назва статті – «Терористичний акт») карається той, хто, створюючи небезпеку для життя або здоров'я багатьох людей, вчиняє вибух, підпал, поширення радіоактивних, біологічних або хімічних, шкідливих для здоров'я речовин, препаратів чи мікроорганізмів. Такий підхід, хоч і має певний сенс (якщо хтось здійснює вибух автобусу з людьми або отруєє міський водогін, то для чого при кваліфікації подібних діянь брати до уваги мету винного?), ускладнює (щоб не сказати – унеможлиблює) відмежування терористичного акту від суміжних складів к.пр., зокрема диверсії.

5.4.3.3. Стаття 258-5 КК визначає **фінансування тероризму** як дії, вчинені з метою фінансового або матеріального забезпечення окремого терориста чи терористичної групи (організації), організації, підготовки або вчинення терористичного акту, втягнення у вчинення терористичного акту, публічних закликів до вчинення терористичного акту, сприяння вчиненню терористичного акту, створення терористичної групи (організації).

Фінансування тероризму створює умови для ефективної діяльності терористів, полегшує вчинення терористичних актів та інших терористичних злочинів. Тому не випадково, що за останні 5–7 років закони про криміналізацію фінансування тероризму ухвалили понад 50 держав. Поштовхом для такої інтенсивної криміналізації стали події 11 вересня 2001 р. у США.

Проаналізувавши ст. 25 Закону «Про боротьбу з тероризмом», де визначаються форми сприяння терористичній діяльності, можна зробити висновок, що до предметів розглядуваного к.пр. належать: кошти (в тому числі кошти, одержані або придбані з використанням об'єктів власності, що безпосередньо чи опосередковано перебувають у власності чи під контролем осіб, які сприяють тероризму, або пов'язаних із ними юридичних і фізичних осіб); інші фінансові активи; економічні ресурси.

Джерела фінансування тероризму поділяються на легальні (наприклад, отримання доходів від підприємницької або інвестиційної діяльності, допомога однопумців) і нелегальні. Чимало терористичних організацій у своїй історії використовували суто кримінальні джерела свого фінансування, вчиняючи грабежі (США, Північна Ірландія), викрадення людей з метою отримання викупу.

* Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 284.

мання викупу (Чечня), торгівлю наркотиками (Афганістан, Перу). У випадку, коли відповідними предметами виступають наркотичні засоби, зброя чи інші предмети, за передачу (збут) яких передбачена відповідальність за іншими нормами КК, вчинене необхідно кваліфікувати за сукупністю к.пр.*

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 258-5 КК, полягає у вчиненні дій, спрямованих на матеріальне або фінансове забезпечення: окремого терориста; терористичної групи (організації); організації, підготовки або вчинення терористичного акту; втягнення у вчинення терористичного акту; публічних закликів до вчинення терористичного акту; сприяння вчиненню терористичного акту; створення терористичної групи (організації). Для визнання к.пр. закінченим необов'язково, щоб кошти та інше майно фактично використовувалось для вчинення одного з названих терористичних злочинів.

Відповідно до ст. 1 Закону «Про боротьбу з тероризмом» фінансування тероризму – це надання чи збирання активів будь-якого роду з усвідомленням того, що їх буде використано повністю або частково для організації, підготовки і вчинення окремим терористом або терористичною організацією визначеного КК терористичного акту, втягнення у вчинення терористичного акту, публічних закликів до вчинення терористичного акту, створення терористичної групи чи терористичної організації, сприяння вчиненню терористичного акту, будь-якої іншої терористичної діяльності, а також спроба здійснення таких дій.

Визначаючи два способи фінансування – надання активів та збирання таких активів з усвідомленням їх подальшого використання для вчинення терористичного злочину, законодавець фактично переносить момент закінчення цього к.пр. на стадію готування, а також наголошує, що ці два способи фінансування можуть застосовуватись самостійно. Водночас ці способи (акти фінансування) можуть поєднуватись між собою – коли особи збирає кошти, а в подальшому передає їх за призначенням.

Власне фінансування тероризму слід відрізнити від передбаченого цією самою статтею КК матеріального забезпечення терористичної групи (організації), яке означає організацію постачання такій групі чи організації відмінного від коштів та інших фінансових активів майна іншими особами, якщо розмір майна є таким, що за його відсутності було б неможливе існування і функціонування угруповання. Майно може передаватись як повністю, так і частинами. Форма передачі може бути як відкритою, так і завуальованою (під виглядом виграшу у лотереї, повернення боргу тощо). Майно може передаватись як безпосередньо (передача майна учасникам терористичного об'єднання тощо), так і опосередковано (шляхом використання посередників, кур'єрів тощо).

* Устинов В. Конвенция о борьбе с финансированием терроризма // Российская юстиция. – 2002. – № 3. – С. 9.

Каране за ст. 258-5 КК фінансування тероризму слід відмежовувати від сприяння вчиненню терористичного акту, яке може набувати вигляду надання терористам транспортних послуг, надання їм житлової площі або інших приміщень, проведення банківських операцій з коштами осіб, причетних до тероризму, тощо, та яке має кваліфікуватись за ст. 258-4 КК як сприяння вчиненню терористичного акту.

У ст. 6 Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 р. зазначається, що такий злочин, як фінансування тероризму, не підлягає виправдуванню з міркувань політичного, філософського, ідеологічного, расового, етнічного, релігійного або іншого аналогічного характеру. З урахуванням цього припису диспозиція ст. 258-5 КК справедливо не конкретизує мотив передбаченого нею к.пр.

5.4.4. Кримінальні правопорушення проти порядку обігу небезпечних предметів і речовин

5.4.4.1. **Незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами** (ст. 263 КК). Предметом цього к.пр. є: 1) вогнепальна зброя (крім гладкоствольної мисливської); 2) бойові припаси; 3) вибухові речовини; 4) вибухові пристрої (ч. 1 ст. 263); 5) холодна зброя (кинджали, фінські ножі, кастети тощо) (ч. 2 ст. 263).

У законодавстві деяких держав (наприклад, ст. 222 і ст. 223 КК РФ, ст. 252 КК Казахстану) поряд із незаконними діями щодо холодної зброї криміналізовано виготовлення, придбання, передача, збут, зберігання і носіння газової зброї, а у ст. 297 КК Білорусі – і пневматичної зброї.

Досить докладно поняття цих предметів, а також ознаки об'єктивної сторони к.пр. розкриті в постанові ПВС від 26 квітня 2002 р. № 3 «Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями та радіоактивними матеріалами».

До вогнепальної зброї належать усі види бойової, спортивної, різної мисливської зброї (як серійно виготовленої, так і саморобної чи переробленої), для проведення пострілу з якої використовується сила тиску газів, що утворюється при згоранні вибухової речовини (пороху або інших спеціальних горючих сумішей).

Пневматична зброя, сигнальні, стартові, будівельні, газові пістолети (револьвери), пристрої для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами несмертельної дії, ракетниці, а також вибухові пакети й інші імітаційно-піротехнічні та освітлювальні засоби, що не містять у собі вибухових речовин і сумішей, не віднесені до предмета к.пр., передбаченого ст. 262 КК.

Холодна зброя – це предмети і пристрої, які відповідають стандартним зразкам або історично виробленим типам зброї, чи інші предмети, що справляють колючий, колючо-ріжучий, рубаючий, роздроблюючий або

ударний ефект: (багнет, стилет, фінський ніж, кинджал, арбалет, нунчаки, кастет тощо), конструктивно призначені для ураження живої цілі за допомогою м'язової сили людини або дії механічного пристрою. Видом холодної зброї є металеві зброя. Вона призначена для ураження живої та іншої цілі за допомогою механічної енергії металевих елементів, приведеного в дію застосуванням м'язової сили чи механічного пристрою шляхом поштовху або вигину (металеві ножі, дротики, луки, арбалети тощо)*. Холодна зброя поділяється на бойову, мисливську і кримінальну.

Усі вказані предмети можуть бути як саморобними, так і виготовленими промисловим способом. Вони мають бути придатними, тобто у них повинні бути наявними такі якості і стан, завдяки яким вони можуть бути використані за призначенням. Так, придатність вогнепальної зброї означає можливість здійснення з неї хоча б одного пострілу.

Питання про віднесення тих чи інших предметів до певних видів зброї вирішується з урахуванням об'єктивних і суб'єктивних критеріїв. За об'єктивними ознаками зброєю є предмети, що здатні заподіяти шкоду життю та здоров'ю людини, а також навколишньому середовищу з урахуванням їх конструктивних особливостей (чинна методика криміналістичного дослідження класифікує холодну зброю за довжиною клинка, його твердістю, кутом заточування та іншими показниками). Суб'єктивно вони призначені для враження живої та іншої цілі, тобто не повинні мати іншого призначення – господарського, побутового, спортивного, обрядового тощо.

Бойовими припасами визнаються патрони до вогнепальної зброї різних калібрів, артилерійські снаряди, бомби, міни, гранати, бойові частини ракет і торпед та інші вироби в зібраному вигляді, споряджені вибуховою речовиною і призначені для стрільби з вогнепальної зброї чи для вчинення вибуху. Патрони та набойки до гладкоствольної мисливської зброї, а також патрони, споряджені гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами несмертельної дії, не є предметом к.пр., передбаченого ст. 262 КК.

У випадках, коли для вирішення питання, чи є відповідні предмети зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями або радіоактивними матеріалами, а також для з'ясування їх придатності до використання за цільовим призначенням потрібні спеціальні знання, призначається експертиза.

* Бокій О.М. Проблеми обігу холодної зброї в Україні // Форум права. – 2008. – № 3 // www.nbuuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-3/08banzvu.pdf

З приводу поняття холодної зброї див. також: Бондарева К. Проблемні питання поняття «холодна зброя» і використання його в кримінальному законодавстві // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – № 4. – С. 110–114; Лень В.В. Холодна зброя: дискусійні питання кримінальної відповідальності // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2013. – Вип. № 4. – С. 133–138.

Об'єктивна сторона к.пр. полягає у вчиненні одного з вказаних у ст. 263 КК незаконних діянь: у ч. 1 цієї статті говориться про носіння, зберігання, придбання, передачу і збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв, а в ч. 2 – про носіння, виготовлення, ремонт і збут холодної зброї.

У зв'язку з приєднанням України до Протоколу проти незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боеприпасів до неї, який доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності, від 31 травня 2001 р. (Закон від 2 квітня 2013 р.), потребує вирішення питання щодо криміналізації і інших дій. Тому 14 травня 2013 р. ухвалено Закон «Про внесення зміни до статті 263-1 Кримінального кодексу України у зв'язку з приєднанням України до Протоколу проти незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боеприпасів до неї, який доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності». Цим Законом у новій редакції викладено ч. 1 ст. 263-1 КК: останньою встановлено відповідальність не тільки за виготовлення, переробку чи ремонт вогнепальної зброї, а і за фальсифікацію, незаконне видалення або зміну її маркування.

Вироком Ленінського районного суду м. Донецька від 23 квітня 2010 р. Ш. був засуджений за ч. 1 ст. 263 та ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 263 КК за те, що він придбав бойові припаси, приніс їх додому і залишив там на зберігання, а наступного дня намагався збути, однак не довів свій злочинний намір до кінця, оскільки був затриманий працівниками міліції. Рішення районного суду мотивоване тим, що диспозицією ст. 263 КК передбачено різні за своїм змістом діяння – носіння, зберігання, придбання, передача та збут бойових припасів, кожне з яких утворює окремих склад злочину. На думку ВСС, який визнав зазначену кваліфікацію вчиненого Ш. правильною, дії, пов'язані з придбанням та зберіганням бойових припасів, є елементами одного закінченого складу злочину, а дії, спрямовані на їх збут, що не були доведені до кінця з незалежних від волі винного причин, становлять собою замах на злочин, передбачений ч. 1 ст. 263 КК.

Погодитись з такою кваліфікацією дій Ш. не можна. У науковій літературі злочин, передбачений ст. 263 КК, обґрунтовано належить до так званих злочинів з альтернативними діяннями. При цьому в теорії кримінального права усталеним є підхід, згідно з яким злочин з альтернативними діяннями – це різновид ускладненого (складного) одиничного к.пр., відмінного від множинності злочинів. Альтернативні діяння втрачають своє самостійне значення і є лише складовими відповідного одиничного к.пр. Це пояснюється тим, що в реальній дійсності окремі злочинні діяння, наприклад щодо зброї, зустрічаються рідко; частіше вони знаходяться у взаємозв'язку, продовжують та доповнюють одна іншу. Придбання зброї, як правило, супроводжується наступним її зберіганням або носінням; збут предмета однією особою передба-

чає його придбання іншою особою тощо. Альтернативність у випадку зі ст. 263 КК передбачена законодавцем для того, щоб притягати до відповідальності осіб, які вчиняють хоча б одне діяння щодо зброї, а також для випадків, коли різні діяння щодо одного предмета вчиняють різні суб'єкти, і для полегшення розуміння змісту кримінально-правової норми шляхом перерахування найбільш типових способів вчинення розглядуваного к.пр.

Якщо винний послідовно вчиняє кілька діянь, перелічених у диспозиції ст. 263 стосовно одного предмета, вчинене містить склад одного закінченого к.пр. і не утворює множинності. Якщо виходити з позиції, згідно з якою кожне діяння, передбачене у диспозиції ст. 263, утворює самостійний склад злочину, незрозуміло, чому і районний суд, і ВСС визнали дії Ш., пов'язані із придбанням та зберіганням бойових припасів, елементами одного складу к.пр.; за їх логікою, слід було б інкримінувати ч. 1 ст. 263 КК окремо по кожному з перелічених діянь.

Кримінально-правова оцінка послідовного вчинення діянь, альтернативно зазначених у кримінально-правовій нормі (у т.ч. у ст. 263), як сукупності злочинів виключається, адже згідно з ч. 1 ст. 33 КК сукупність злочинів як форму множинності можуть утворювати два або більше к.пр., які передбачені різними статтями або різними частинами однієї статті Особливої частини КК. 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. 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 к.пр. (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК).

Таким чином, інкримінування Ш., крім ч. 1 ст. 263 КК, ще і ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 263 КК означає ніщо інше, як штучне створення сукупності злочинів там, де насправді вона відсутня.

Незаконні виготовлення, переробка чи ремонт вогнепальної зброї (в тому числі гладкоствольної мисливської зброї), а так само незаконне виготовлення бойових припасів, вибухових речовин або пристроїв мають кваліфікуватись не за ст. 263, а за ст. 263-1 КК. Цією статтею КК було доповнено на підставі Закону від 5 липня 2012 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо відповідальності за незаконне поводження зі зброєю та вибухонебезпечними матеріалами».

Певною мірою така законодавча новела була очікуваною з огляду на відсутність (в аспекті забезпечення громадської безпеки) принципової різниці між видами вогнепальної зброї. У літературі висловлювалась думка про помилковість виключення з переліку предметів злочину, передбаченого ст. 263 КК, гладкоствольної мисливської зброї. Річ у тім, що з точки зору технічних характеристик різниця між нарізною та глад-

коствольною мисливською зброєю полягає лише в тому, що нарізній властива більша дальність польоту кулі. Завдяки наявним вражаючим властивостям гладкоствольна мисливська вогнепальна зброя тією самою мірою, що і нарізна мисливська вогнепальна зброя, нерідко стає засобом вирішення конфліктів у повсякденному житті і засобом реалізації злочинних намірів.

Крім цього, законодавство більшості держав СНД відносить гладкоствольну мисливську зброю та боєприпаси до неї до предметів злочинів, пов'язаних із незаконними діями щодо зброї. Патрони до гладкоствольної мисливської зброї майже не відрізняються від патронів до бойової зброї. Більш того, широке розповсюдження отримали мисливські патрони, призначені для полювання на великих тварин: вони вирізняються неймовірною потужністю, яка у кілька разів перевищує потужність боєприпасів до автоматів та гвинтівок військових зразків.*

Але законодавчі зміни від 5 липня 2012 р. не можуть вважатись до кінця продуманими. Адже на сьогодні, наприклад, навіть самостійний ремонт власної законно придбаної гладкоствольної мисливської зброї і виготовлення до неї патронів (із таких компонентів, як пижі, гільзи, капсулі, дріб) визнаються к.пр. і караються позбавленням волі**.

При вирішенні питання, чи є незаконними дії з предметами, вказаними у ст. 263 КК, потрібно керуватись спеціальними нормативно-правовими актами, зокрема Положенням про дозвільну систему, затв. постановою КМ від 12 жовтня 1992 р. № 576, та Інструкцією про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної і холодної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами несмертельної дії, та зазначених патронів, а також боєприпасів до зброї та вибухових матеріалів, затв. наказом МВС від 21 серпня 1998 р. № 622. Щодо осіб, які користуються зброєю у зв'язку зі своєю службовою діяльністю, питання про законність їх дій має вирішуватись з урахуванням положень спеціальних нормативно-правових актів.

На сьогодні пересічний громадянин на законних підставах може отримати дозвіл на придбання, зберігання, носіння чи збут лише мисливської зброї (як гладкоствольної, так і нарізної) та боєприпасів до неї.

* Сарнавський О.М. Кримінально-правова характеристика викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 53; Корецький Д. Проблема правової і експертної оцінки боєприпасів // Законність. – 2003. – № 8. – С. 27.

** Докладніше див.: Ручко А. Шконка вооружений // Юридическая практика. – 2012. – № 48. Про критичну оцінку змін до КК, пов'язаних зі зброєю, див. також: Балобанова Д.О. Щодо новел кримінально-правового регулювання безпеки поведінки з вогнепальною зброєю / 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. – Харків: Право, 2013. – С. 419–422.

Останніми роками, після реєстрації кількох законопроектів, спрямованих на закріплення права громадян володіти короткоствольною нарізною вогнепальною зброєю, в юридичній літературі активізувалась дискусія з цього приводу*. Згадані вище зміни до КК від 5 липня 2012 р. зайвий раз вказують на нагальну потребу регламентації обігу зброї у межах спеціального закону.

Вироком одного з районних судів м. Києва А. був виправданий за відсутністю складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 263 КК. А. був затриманий співробітниками міліції за носіння при собі незаконно придбаних і придатних до стрільби боєприпасів – патронів калібру 5,6 мм до нарізної спортивно-мисливської вогнепальної зброї. Виходячи з того, що згідно з диспозицією ч. 1 ст. 263 КК для її інкримінування нібито потрібен такий документ, як дозвіл на боєприпаси, суд не знайшов у діях А. незаконного придбання, зберігання і носіння бойових припасів.

Як правильно зазначає В.С. Ковальський, таке рішення суду створює негативний прецедент хибного тлумачення норм КК. Відповідно до згаданих вище нормативно-правових актів отримання дозволу на носіння і використання зброї є свідченням права придбання боєприпасів відповідного калібру. Тобто законність набуття, носіння і зберігання боєприпасів до зброї передбачає передусім наявність дозволу на саму зброю, а якщо такого дозволу немає, то законність таких дій виключається. Особа може придбати боєприпаси до різних видів зброї лише на підставі дозволу на носіння і зберігання зброї відповідного калібру, а кожен випадок придбання боєприпасів у закладах торгівлі, які мають відповідну ліцензію, фіксується у книзі обліку. Якщо брати до уваги підстави виправдання А., то жодну фізичну особу буде неможливо притягнути до кримінальної відповідальності за ст. 263 КК у частині незаконного поводження з боєприпасами, а особи можуть вільно придбавати, носити і зберігати бойові припаси до зброї без будь-яких обмежень**.

У ч. 3 ст. 263 КК передбачене звільнення від кримінальної відповідальності за незаконні дії зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами чи пристроями, вказані у ч. 1 або 2 ст. 263 КК. Єдиною умовою такого звільнення названо добровільне здавання органам влади відповідних предметів. [Видається однак, що з точки зору вдосконалення законодавства у ч. 3 ст. 263 КК має фігурувати обов'язок особи правдиво повідомити про всі обставини вчиненого нею к.пр. – дже-

* Див., наприклад: Фріс П. До нової ідеології зброї // Юридичний вісник України. – 2009. – № 11; Гришук В.К. Вибрані наукові праці. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – С. 359–361; Кофанов А. Сучасне тлумачення виникнення, становлення, розвитку й обігу вогнепальної зброї // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 10. – С. 169–172; Майстренко М.М. Кримінологічна характеристика та попередження органами внутрішніх справ злочинів проти громадської безпеки, предметами яких є зброя, бойові припаси та вибухові речовини: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – С. 11–12.

** Ковальський В. Кому потрібні такі судові прецеденти? // Юридичний вісник України. – 2010. – № 31.

рело отримання зброї, місця зберігання, співучасників тощо]. Добровільним є таке здавання, яке здійснюється особою за власною волею незалежно від мотивів, якщо вона має можливість і надалі зберігати будь-який із предметів к.пр. Для застосування заохочувальної норми потрібно, щоб особа добровільно здала всю наявну у неї зброю та інші предмети, щодо яких вчинялися незаконні дії. Нелогічною слід визнати відсутність подібної заохочувальної норми у новій статті – ст. 263-1 КК.

5.4.5. Інші кримінальні правопорушення проти громадської безпеки

5.4.5.1. Випадки **завідомо неправдивого повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності** (ст. 259 КК) створюють обстановку побоювання і невпевненості, підривають довіру населення до органів влади, порушують нормальну діяльність підприємств, установ, організацій, можуть породити паніку і порушення життєдіяльності цілих населених пунктів, а в деяких випадках – спричинити шкоду життю та здоров'ю людей. На перевірку неправдивих повідомлень відволікаються спеціальні підрозділи правоохоронних органів, які покликані боротися зі справжнім тероризмом, витрачаються значні людські і матеріальні ресурси.

Стаття 259 КК України має аналоги у зарубіжному кримінальному законодавстві. Наприклад, ст. 322-14 КК Франції визнає злочином повідомлення або поширення неправдивої інформації з метою змусити повірити, що знищення, пошкодження або псування, що становлять небезпеку для людей, будуть зроблені найближчим часом або були зроблені. Стаття 561 КК Іспанії передбачає відповідальність для того, хто з умислом вчинити посягання на громадський спокій дасть неправдиве повідомлення про існування вибухових та інших пристроїв, що можуть спричинити такий самий ефект. У § 276 КК Австрії говориться про поширення неправдивих чуток, здатних викликати у населення занепокоєння. Стаття 258 КК Швейцарії передбачає відповідальність за залякування населення шляхом використання погроз або перекручування фактів про нібито наявну небезпеку для життя, здоров'я або власності.

З об'єктивної сторони аналізоване к.пр. полягає у завідомо неправдивому повідомленні про підготовку вибуху, підпалу або інших дій, які загрожують загибеллю людей чи іншими тяжкими наслідками.

Незважаючи на таку деталізацію змісту інформації, у науці існує точка зору, згідно з якою у цьому випадку йдеться про вчинення терористичного акту*. Справді, вчинення вибуху, підпалу або інших дій, які загрожують загибеллю людей чи іншими тяжкими наслідками, становить одну з

* Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид, переробл. та допов. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 799; 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. – Харків: Право, 2013. – Т. 2. – С. 490.

форм об'єктивної сторони терористичного акту (ст. 258 КК). Невипадково у ЗМІ випадки завідомо неправдивих повідомлень про загрозу безпеці громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності нерідко називають «псевдотероризмом» або «телефонним тероризмом».

До речі, в законодавстві деяких держав норма, подібна до ст. 259 КК України, носить назву «Завідоме неправдиве повідомлення про акт тероризму» (наприклад, ст. 207 КК РФ, ст. 216 КК Азербайджану, ст. 242 КК Казахстану) або «Неправдиве повідомлення про тероризм» (ст. 331 КК Грузії).

Така конкретизація видається зайвою. У диспозиції ст. 259 КК України йдеться про дії, які лише із зовнішнього боку схожі з терористичним актом; мета вказаних дій не конкретизується. Звідси випливає, що повідомлення може стосуватись підготовки і інших к.пр., що за об'єктивними ознаками збігаються з терористичним актом, – диверсії, умисного убивства загальнонебезпечним способом тощо.

З точки зору кваліфікації за ст. 259 КК повідомлення – це доведення певної інформації до відповідних осіб. Способи такого доведення можуть бути різноманітними: повідомлення можуть передаватись усно, письмово, через посередника, найчастіше – телефоном.

26 листопада 2008 р. приблизно о 8 год. 25 хв., перебуваючи в приміщенні навчального класу Ермолівської середньої загальноосвітньої школи, А. зателефонував зі свого мобільного телефону в чергову частину Новобузького РВ УМВС в Миколаївській області і повідомив черговому про те, що заміновано Баштанську ЗОШ № 1, достовірно знаючи, що поширювана ним інформація є неправдивою і розуміючи, що таке повідомлення викличе обстановку страху в закладі освіти. При цьому він назвався «терористом».*

Інформація, викладена у повідомленні, повинна бути завідомо неправдивою. Ця інформація не відповідає дійсності, і суб'єкт знає про те, що вона є брехливою. Повідомлення також має характеризуватись правдоподібністю, тобто може сприйматися тими, кому воно адресовано, як реальна загроза безпеці. У протилежному випадку (якщо адресат не сприйме серйозно повідомлення) навряд чи буде заподіяно шкода громадській безпеці.

У ст. 259 КК не зазначаються адресати неправдивих повідомлень. Відповідно, ними можуть бути як організації та установи, які за родом своєї діяльності зобов'язані реагувати на відповідні повідомлення (зокрема, правоохоронні органи), так і інші організації (у т.ч. ті, у приміщеннях яких нібито вчинюватиметься відповідна небезпечна дія) чи окремі фізичні особи, які вимушені реагувати на інформацію (пасажир транспорту засобу, мешканці будинків, у місці знаходження яких нібито планується вчинення вибуху, підпалу чи іншої подібної дії).

* Єдиний державний реєстр судових рішень // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/5091367>

Якщо повідомлення було направлено, але не сприйнято адресатом (наприклад, суб'єкт надсилає повідомлення поштою, але воно не надходить до адресата або надходить із запізненням), вчинене необхідно кваліфікувати як замах на к.пр., передбачене у ст. 259 КК.

Склад к.пр., передбаченого ст. 259 КК, має чимало спільних ознак із таким складом к.пр., як завідомо неправдиве повідомлення про вчинення к.пр. (ст. 383 КК). Якщо завідомо неправдиве повідомлення про вказані загрози посягає на громадську безпеку, то завідомо неправдиве повідомлення – на правосуддя у частині забезпечення процесуального порядку отримання доказів у кримінальному провадженні. Якщо адресатами завідомо неправдивого повідомлення про вчинення злочину є правоохоронні органи і суд, то при завідомо неправдивому повідомленні про загрозу громадській безпеці ними можуть виступати, як вже зазначалось, і юридичні та фізичні особи. Існує різниця і в характері інформації, що повідомляється. Так, у неправдивому повідомленні про вчинення злочину інформація стосується подій, що відбулись у минулому (причому це може бути інформація про будь-який злочин), а при неправдивому повідомленні про загрозу громадській безпеці – таких дій, що нібито відбудуться у майбутньому та які обов'язково пов'язані із загрозою громадській безпеці*.

Мотиви завідомо неправдивого повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності можуть бути різними і на кваліфікацію за ст. 259 КК не впливають. Частіше за все такі дії вчиняють з хуліганських спонукань, помсти, щоб зірвати навчальні заняття або розважитись, для утвердження авторитету серед однолітків, для боротьби з конкурентами.

Однією з кваліфікуючих ознак розглядуваного к.пр. (ч. 2 ст. 259 КК) є тяжкі наслідки. Питання про наявність цієї оціночної ознаки вирішується з урахуванням кількості осіб, спокій яких було порушено, матеріальних витрат на відвернення можливої загрози, майнової та іншої шкоди від перерви в роботі підприємств, установ, організацій та інших аналогічних обставин**.

Вироком Великобагачанського районного суду Полтавської обл. було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 259 КК, Л., який 13 липня 2010 р. зателефонував зі свого мобільного телефону на номер екстреного виклику швидкої медичної допомоги «103» і повідомив завідомо неправдиву інформацію про те, що у приміщенні Великобагачанської центральної районної лікарні закладено вибуховий пристрій. Внаслідок цього повідомлен-

* Куц В.М., Кириченко О.В. Неправдиве повідомлення про загрозу громадській безпеці (кримінально-правова характеристика та заходи протидії): Монографія. – Харків: Харків юридичний, 2006. – С. 68–69.

** Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 799.

ня відбулися зупинка роботи медичного закладу на три години та евакуація з приміщення лікарні всього медичного персоналу та усіх пацієнтів, у т.ч. тяжко хворих. Не було проведено дві планові операції, із затримкою на три години проведена екстрена операція дитині*.

Література

- Демидова Л.М. Кримінальна відповідальність за створення злочинної організації. – Харків: СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2005. – 256 с.
- Ємельянов В.П., Новікова Л.В., Семикін М.В. Терористичні злочини: кримінально-правова характеристика та питання вдосконалення анти-терористичного законодавства: Монографія / За заг. ред. В.П. Ємельянова. – Харків: Кроссруд, 2007. – 216 с.

Запитання і завдання

1. Проаналізуйте склад к.пр. «Створення злочинної організації» та розкрийте його співвідношення зі складами інших к.пр., пов'язаних зі створенням та діяльністю злочинних об'єднань.

2. Підготуйте аналітичний огляд міжнародно-правових конвенцій, присвячених протидії тероризму.

3. З'ясуйте притаманні КК України вади регламентації відповідальності за терористичні злочини і запропонуйте шляхи їх усунення.

4. Здійсніть порівняльно-правовий аналіз КК України та інших держав про відповідальність за терористичні злочини.

5. Із залученням відповідних нормативно-правових актів розкрийте зміст бланкетної ознаки «незаконність» у складі к.пр., передбаченого ст. 263 КК України.

6. Проаналізуйте склад к.пр. «Завідомо неправдиве повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності».

7. Розкрийте кримінально-правову характеристику умисного знищення або пошкодження об'єктів ЖКГ. З'ясуйте, наскільки вдалим є розміщення цієї кримінально-правової заборони у розділі Особливої частини КК, присвяченому к.пр. проти громадської безпеки.

Рекомендуємо прочитати

Тарас Шевченко «Варнак».

Маруся Вольвачівна (Марія Вольвач) «На великім шляху».

Радимо подивитись

- Хресний батько (США, 1972, режисер Френсіс Форд Коппола).
- Одного разу в Америці (Італія, США, 1983, режисер Серджіо Леоне).

* Єдиний державний реєстр судових рішень: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/13164694>.

- В ім'я батька (Велика Британія, Ірландія, 1993, режисер Джим Шерідан).
- Казино (Франція, США, 1995, режисер Мартин Скорзесе).
- Звичайні підозрювані (Німеччина, США, 1995, режисер Браян Сінгер).
- Визнайте мене винним (Німеччина, США, 2006, режисер Сідні Люмет).

5.5. Кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту

5.5.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти безпеки руху та експлуатації транспорту

5.5.1.1. Безпека дорожнього руху є однією з глобальних проблем соціально-економічного характеру, що стоїть перед більшістю держав. Щорічно у світі в дорожніх аваріях гине 1,2 млн осіб і близько 50 млн отримують травми. Прогнози свідчать, що ці цифри зростуть приблизно на 65% протягом наступних 20 років, якщо не будуть здійснюватися належні запобіжні заходи*.

Транспорт є невід'ємною частиною суспільного життя. Згідно з тлумачним словником сучасної української мови **транспорт** – це галузь, що обслуговує різні види й ділянки перевезень і має в своєму розпорядженні всі види перевізних засобів**. Але в кримінально-правовому розумінні транспорт – це не тільки перевезення когось або чогось, а і транспортування нафти і газу за допомогою трубопроводів. Тому розділ XI Особливої частини КК 2001 р. передбачає захист безпечного переміщення на залізничному, водному, повітряному, автомобільному, міському електричному транспорті та трубопровідному транспорті.

КК 1960 р. не виділяв норми про транспортні злочини у самостійну структурну частину Особливої частини; відповідні кримінально-правові заборони розміщувались у главах, присвячених злочинам проти держави, проти порядку управління, проти громадського порядку, громадської безпеки і народного здоров'я. Чимало вітчизняних науковців висловлювались за об'єднання в одне ціле норм про кримінальну відповідальність за розглядувані злочини з урахуванням спільності їх ро-

* Всемирный доклад о предупреждении дорожно-транспортного травматизма: резюме. – Женева: ВОЗ, 2004. – С. 1.

** Тлумачний словник сучасної української мови: Близько 50000 сл. / Уклад. І.М. Забіяка. – К.: Арія, 2007. – С. 451.

дового об'єкта – відносин, пов'язаних із забезпеченням безпеки руху та експлуатації транспортних засобів як джерел підвищеної небезпеки, що виконують однакові завдання (перевезення людей і вантажів). У КК 2001 р. ця ідея реалізована.

У багатьох державах норми про відповідальність за транспортні злочини також зосереджені в окремих главах (розділах) КК. Так, у КК Болгарії – це глава під назвою «Злочини на транспорті та інших шляхах сполучення», у КК Голландії – глава «Злочини, пов'язані із судноплаванням та авіацією», у КК Іспанії – глава «Про злочини проти безпеки на транспорті», у КК Латвії – глава «Злочинні діяння проти безпеки руху», у КК Польщі – глава «Злочини проти безпеки руху», у КК Білорусі – глава «Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту», у КК Швейцарії – розділ «Злочини або проступки проти громадського транспорту». У КК Грузії, Молдови, Казахстану, Угорщини та Фінляндії відповідні глави мають назву «Транспортні злочини». У КК інших держав (Австрія, Албанія, Вірменія, Данія, Сан-Марино, ФРН тощо) норми про розглядувані злочини розміщені в інших главах (здебільшого у главах про злочини проти громадської безпеки). Існують також держави, в яких кримінальна відповідальність за посягання на безпеку руху та експлуатації транспорту встановлена у відмінних від КК законодавчих актах (наприклад, дорожні кодекси Греції і Франції, Закон Швеції про дорожньо-транспортні злочини).

При визначенні кола та ознак транспортних злочинів законодавець як України, так і інших держав керується окремими актами міжнародного законодавства. До таких документів можуть бути віднесені, зокрема: Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил про кримінальну юрисдикцію у справах про зіткнення суден та інші події, пов'язані із судноплаванням, від 10 травня 1952 р.; Конвенція про відкрите море від 29 квітня 1958 р.; Конвенція про злочини та деякі інші акти, що вчиняються на борту повітряних суден, від 14 вересня 1963 р.; Європейська конвенція про покарання за дорожньо-транспортні злочинні діяння від 30 листопада 1964 р.; Конвенція про дорожній рух від 8 листопада 1968 р.; Європейська угода, що доповнює Конвенцію про дорожній рух, 1971 р.; Європейська конвенція про міжнародні наслідки позбавлення права керування автомобототранспортними засобами 1976 р.; Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден від 16 грудня 1970 р.; Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації від 23 вересня 1971 р.; Конвенція ООН з морського права від 10 грудня 1982 р.; Протокол про боротьбу з незаконними актами насильства в аеропортах, що обслуговують міжнародну цивільну авіацію, який доповнює Конвенцію про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації, від 24 лютого 1988 р.

Цікаво, наприклад, що у КК Норвегії злочинам у сфері морського судноплавання присвячено окрему главу під назвою «Морські злочини». Однак національний законодавець не завжди визнає зазначені злочини транспортними. Наприклад, у КК Хорватії норми про конвенційні морські злочини включені у главу «Злочини проти цінностей, охоронюваних міжнародним правом».

Передбачені КК України **кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту** можуть бути визначені як умисні та необережні суспільно небезпечні діяння, що посягають на безпеку руху та експлуатації, порядок роботи залізничного, повітряного, водного, автомобільного і міського електричного, трубопровідного транспорту через загрози або заподіяння шкоди здоров'ю, життю людини, власності або довкіллю*.

Родовим об'єктом аналізованих діянь є безпека руху та експлуатації транспорту. Цей висновок впливає з назви відповідного розділу КК, в якій йдеться не про транспортні злочини взагалі, а лише про ті діяння, які пов'язані з безпекою руху та експлуатацією транспорту. Безпечне функціонування транспорту покликане унеможливити заподіяння шкоди особі, майну, довкіллю, громадській безпеці тощо. Безпека руху та експлуатації транспорту як родовий об'єкт к.пр., відповідальність за вчинення яких передбачена у статтях розділу XI Особливої частини КК, – це такий нормативно визначений стан функціонування транспорту, за якого життю, здоров'ю, безпеці, волі людини, власності, екологічній безпеці, громадській безпеці, правам і законним інтересам громадян, підприємств, установ, організацій ніщо не загрожує, створюються умови відсутності будь-яких небезпек**.

З огляду на це постає питання про виправданість включення у розділ XI Особливої частини КК ст. 289, присвяченої незаконному заволодінню транспортним засобом. Існує точка зору, згідно з якою це кримінально каране діяння як таке, що не пов'язане з безпекою дорожнього руху, має бути віднесене до злочинів проти власності***.

*До речі, у КК РФ неправомірне заволодіння автомобілем або іншим транспортним засобом без мети викрадення (ст. 166) віднесено до злочинів проти власності на тій підставі, що внаслідок вчинення цього к.пр. власник або законний володілець транспортного засобу позбавляється можливості використовувати цей засіб на свій розсуд. Подібним чином вирішується питання про місцезнаходження заборони про угон автотранспортних засобів у кримінальному законодавстві Австрії, Норвегії, Польщі, Франції, ФРН****.*

Водночас на цю проблему можна поглянути і з іншого боку, вбачаючи суспільну небезпеку к.пр., передбаченого ст. 289 КК, передусім у

* Мисливий В.А. Злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук, 2005. – С. 11.

** Осадчий В.І. Злочини проти безпеки та експлуатації транспорту: Монографія. – К.: Вид-во Європейського ун-ту, 2011. – С. 17.

*** Мисливий В.А. Злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту: Монографія. – Дніпропетровськ: Юрид. акад. Мін-ва внутр. справ, 2004. – С. 147, 148; Мисливий В.А. Злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук, 2005. – С. 15.

**** Докладніше див.: Колесников Р.В. Сравнительное исследование российского и зарубежного уголовного законодательства об ответственности за угон автотранспорта // Научный портал МВД России. – 2009. – № 3. – С. 131–134.

створенні неконтрольованого використання транспортних засобів. Незаконні заволодіння транспортними засобами нерідко здійснюються особами, які перебувають у стані сп'яніння, не знають особливостей того чи іншого транспортного засобу, в екстремальних ситуаціях, коли злочинцю явно не до дотримання ПДР, тощо. Як наслідок, значна кількість дорожньо-транспортних пригод трапляється саме на тих транспортних засобах, якими незаконно заволоділи.

Очевидно, подібними міркуваннями керувався законодавець Болгарії, який відніс до транспортних злочинів протизаконне проникнення у чужий механічний транспортний засіб без згоди власника (ст. 346а КК). Так само вирішуються це питання у Молдові, Монголії та Узбекистані.

У літературі також висловлено пропозицію про перенесення кримінально-правової норми про відповідальність за знищення, підроблення або заміну номерів вузлів та агрегатів транспортного засобу як такої, що безпосередньо не стосується кримінально-правової охорони відносин у сфері безпеки руху та експлуатації транспорту, до розділу XV Особливої частини КК «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян». Основним безпосереднім об'єктом к.п.р., передбаченого ст. 290 КК, названо порядок відносин між органами державного управління, фізичними та юридичними особами з приводу державної реєстрації та обліку транспортних засобів, їх митного оформлення, забезпечення офіційного інформаційного обігу у процесі використання транспортного засобу та вчинення цивільних правочинів. Відносини із приводу безпеки руху та експлуатації транспортних засобів є лише одним із додаткових об'єктів зазначеного злочину*. Якщо у КК Болгарії і Латвії знищення, підроблення або заміну ідентифікаційних номерів транспортних засобів віднесено, як і в Україні, до транспортних злочинів, то згідно з КК РФ цей делікт (ст. 326 КК) визнається посяганням на порядок управління.

Не виключається і інший варіант вирішення проблеми невідповідності суті кримінально-правових заборон і назви розділу XI Особливої частини КК – уточнення назви цього розділу (можлива назва – «Злочини проти безпеки руху, експлуатації, порядку користування та реєстрації транспорту»).

Поза межами розділу XI Особливої частини КК залишилися деякі норми про відповідальність за такі транспортні злочини, які мають інший родовий об'єкт. Це, зокрема, ст. 269 КК, в якій говориться про незаконне перевезення на повітряному судні вибухових або легкозаймистих речовин, і ст. 243 КК, в якій перелічуються різні випадки злочинного забруднення морського середовища з різних джерел, до яких належать і транспортні засоби.

* Віскунов В.В. Кримінальна відповідальність за знищення, підробку або заміну номерів вузлів або агрегатів транспортного засобу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – С. 6.

Проблема оптимізації складу розділу XI Особливої частини КК пов'язана також із доктринальними пропозиціями* як декриміналізувати деякі транспортні делікти (наприклад, передбачені ст.ст. 281, 283 і 285 КК), так і запровадити кримінальну відповідальність за окремі діяння, в тому числі залишення в небезпеці потерпілого від дорожньо-транспортної пригоди і порушення правил безпеки руху та експлуатації маломірних суден.

5.5.1.2. З об'єктивної сторони к.пр., передбачені розділом XI Особливої частини КК, бувають як з матеріальними, так і з формальними складами. Так, для настання відповідальності за ч. 1 ст. 286 КК необхідно встановити як порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, так і щонайменше заподіяння потерпілому тілесного ушкодження середньої тяжкості. Кримінальну відповідальність за переважну більшість транспортних злочинів диференційовано залежно від тяжкості спричинених наслідків.

Діяння в цих злочинах виражається в дії або бездіяльності особи. Деякі к.пр. можуть бути вчинені тільки шляхом дії (зокрема незаконне заволодіння транспортним засобом) або бездіяльності (ненадання допомоги судну та особам, які зазнали лиха, з боку капітана судна). За загальним правилом, діяння у к.пр. проти безпеки руху та експлуатації транспорту полягають у порушенні встановлених правил, а тому диспозиції кримінально-правових норм про ці злочини здебільшого носять бланкетний характер.

Суб'єктом розглядуваних к.пр. є фізична осудна особа, яка досягла 16-річного віку. Однак за пошкодження шляхів сполучення та транспортних засобів (ст. 277 КК) і вчинення деяких інших злочинів, указаних у ч. 2 ст. 22 КК, відповідальність настає з 14-річного віку. Деякі к.пр. може вчиняти тільки спеціальний суб'єкт; наприклад, це стосується особи, яка керує транспортним засобом і вчиняє злочин, передбачений ст. 286 КК.

В юридичній літературі існують різні підходи щодо **класифікації** к.пр. проти безпеки руху та експлуатації транспорту. У цьому посібнику вказані к.пр. залежно від виду транспорту поділяються на к.пр. проти:

1) безпеки руху та експлуатації транспорту взагалі: пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів (ст. 277); блокування транспортних комунікацій, а також захоплення транспортного підприємства (ст. 279); примушування працівника транспорту до невиконання своїх службових обов'язків (ст. 280); порушення чинних на транспорті правил (ст. 291);

* Балабанов О.О. Відповідальність за порушення, які пов'язані з ненаданням допомоги на морі (кримінально-правові аспекти): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1996. – С. 9; Гуславський В.С. Кримінальна відповідальність за порушення правил експлуатації транспорту: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1997. – С. 16; Мисливий В.А. Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2005. – С. 30–31.

2) безпеки руху або експлуатації залізничного, водного, повітряного і трубопровідного транспорту: порушення правил безпеки руху або експлуатації залізничного, водного чи повітряного транспорту (ст. 276); здійснення професійної діяльності членом екіпажу або обслуговування повітряного руху диспетчером управління повітряним рухом у стані алкогольного сп'яніння або під впливом наркотичних чи психотропних речовин (ст. 276-1)*; угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна (ст. 278); порушення правил повітряних польотів (ст. 281); порушення правил використання повітряного простору (ст. 282); самовільне без нагальної потреби зупинення поїзда (ст. 283); ненадання допомоги судну та особам, що зазнали лиха (ст. 284); неповідомлення капітаном назви свого судна при зіткненні суден (ст. 285); пошкодження об'єктів магістральних або промислових нафто-, газо-, конденсатопроводів та нафтопродуктопроводів (ст. 292);

3) безпеки руху або експлуатації автотранспорту і міського електротранспорту: порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами (ст. 286); випуск в експлуатацію технічно несправних транспортних засобів або інше порушення правил їх експлуатації (ст. 287); порушення правил, норм і стандартів, що стосуються убезпечення дорожнього руху (ст. 288); знищення, підробка або заміна номерів вузлів та агрегатів транспортного засобу (ст. 290);

4) незаконне заволодіння транспортним засобом (ст. 289 КК).

Поділ аналізованих к.пр. на групи залежно від того, на якому виді транспорту ці злочини вчиняються, є традиційним і знаходить відображення у кримінальному законодавстві більшості держав світу. Разом з тим існують держави (це, зокрема, Болгарія, Естонія, Польща, Швейцарія), кримінальне законодавство яких містить універсальні норми, що не диференціюють відповідальність залежно від виду транспорту.

У 2013 р. за к.пр., передбачені розділом XI Особливої частини КК, було засуджено усього 5933 особи, із них переважна більшість – за ст. 286 (3258 осіб) і ст. 289 (2561 особа).

5.5.2. Кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту взагалі

5.5.2.1. Блокування транспортних комунікацій, а також захоплення транспортного підприємства (ст. 279 КК). Предметом к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 279 КК, є транспортні комунікації (шляхи сполу-

* З приводу цієї заборони див.: Лихова С.Я. Вплив людського фактору на вчинення авіатранспортних злочинів // 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. – Харків: Право, 2013. – С. 365–370.

чення, засоби зв'язку, сигналізації тощо), що забезпечують нормальну роботу залізничного, водного, повітряного, автомобільного, міського електротранспорту або трубопровідного транспорту, а предметом к.пр., передбаченого ч. 2 ст. 279 КК, – вокзал, аеродром (відповідно до ПК аеродром є складовою аеропорту), порт, станція або інше транспортне підприємство, установа чи організація. Це можуть бути і частини зазначених об'єктів – диспетчерські, причали, депо тощо. Разом з тим не визнаються предметом розглядуваного к.пр. ті організації (їх частини), які, хоч і віднесені до транспорту, проте не забезпечують рух та експлуатацію транспорту (навчальні заклади, заклади охорони здоров'я тощо), і відповідно їх захоплення не впливає на безпеку руху або експлуатації транспорту.

Об'єктивна сторона к.пр., караного за ч. 1 ст. 279 КК, полягає у блокуванні транспортних комунікацій, яке порушило нормальну роботу транспорту або створювало небезпеку для життя людей. Блокування може бути вчинено шляхом влаштування перешкод, відключення енергопостачання, іншим способом (наприклад, відключення сигналізації, влаштування перешкод для радіозв'язку, встановлення знаків, що забороняють рух транспортних засобів).

28 вересня 2005 р. близько 19.00 в смт. Клевань Рівненського району Рівненської області, беручи участь у мітингу, який відбувся на залізничному вокзалі вказаного селища, за допомогою щита прямокутної форми червоного кольору та із написом «Стой» особи блокували транспортну комунікацію, порушили нормальну роботу на транспорті, припинивши рух пасажирських поїздів «Київ – Варшава» та «Луцьк – Київ» на 34 хв. і 30 хв., відповідно.*

Стаття 240 КК Сан-Марино, яка передбачає відповідальність за діяння, подібне до описаного у ч. 1 ст. 279 КК України, – за створення перешкод вуличному руху, містить застереження, гідне для наслідування: за винятком випадків, коли не йдеться про здійснення права на проведення громадських зібрань. Ще у жовтні 2004 р. ВР за основу було прийнято законопроект, яким пропонувалось доповнити ст. 279 КК приміткою такого змісту: «Чинність цієї статті не поширюється на випадки блокування транспортних комунікацій, пов'язані із здійсненням громадянами гарантованого Конституцією України права збиратися мирно і без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про які завчасно були сповіщені органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування і щодо яких судом відповідно до закону не було встановлено обмежень**».

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ч. 2 ст. 279 КК, характеризується захопленням вокзалу, аеродрому, порту, станції або іншого транспортного підприємства, установи чи організації. Кримінальне правопо-

* Архів Рівненського районного суду Рівненської області. Справа № 1-9 за 2007 р.

** Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – С. 807.

рушення є закінченим з моменту захоплення одного із названих об'єктів. Під захопленням слід розуміти встановлення контролю над відповідним об'єктом шляхом застосування насильства (фізичного або психічного).

У ч. 3 ст. 279 КК йдеться про блокування транспортних комунікацій або захоплення транспортних підприємств, що спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки (наприклад, смерть однієї особи, заподіяння тяжких тілесних ушкоджень потерпілому або пошкодження чи знищення майна, яке завдало особливо великої майнової шкоди). Вбивство через необережність при блокуванні транспортних комунікацій, а також при захопленні транспортного підприємства охоплюється ч. 3 ст. 279 і додаткової кваліфікації за ст. 119 КК не потребує. Якщо стосовно смерті встановлено умисел, вчинене має додатково кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 115 КК.

5.5.3. Кримінальні правопорушення проти безпеки руху або експлуатації різних видів транспорту

5.5.3.1. *Порушення правил безпеки руху або експлуатації залізничного, водного чи повітряного транспорту* (ст. 276 КК)*. Об'єктивна сторона цього к.пр. характеризується діянням особи, яка порушила правила безпеки або експлуатації залізничного, водного чи повітряного транспорту, провела недоброякісний ремонт транспортних засобів, колій або засобів сигналізації та зв'язку. Для кваліфікації за ч. 1 ст. 276 КК необхідно встановити, що вказане діяння створило небезпеку для життя людей або настання інших тяжких наслідків. Про створення вказаної небезпеки можуть свідчити такі обставини, як зіткнення локомотивів, сходження вагонів з колій, перевертання вагонів тощо.

Аналогом ст. 276 нашого КК є § 315а КК ФРН «Порушення правил безпеки руху залізничного, водного або повітряного транспорту». Згідно з цією нормою відповідальність має нести водій залізничного або підвісного транспортного засобу, водного або повітряного судна, який своїми діями, що грубо суперечать його обов'язкам, порушує правові приписи щодо забезпечення надійності залізничного, підвісного, водного або повітряного руху і тим самим створює небезпеку для фізичної цілісності або життя іншої людини чи чужої речі, яка має значну цінність.

У більшості випадків застосування ч. 1 ст. 276 КК тяжкі наслідки не настають не у зв'язку з втручанням інших осіб (наприклад, працівників транспорту), а в результаті обставин, які мають характер випадковості. З цього приводу у літературі зазначається, що встановити, що з потерпілим можуть трапитися реальні нещасні випадки, можна тільки гіпотетично. Практика застосування норм про кримінальну відповідальність

* Див. також: Узагальнення судової практики «Практика розгляду судами кримінальних справ про порушення правил безпеки руху та експлуатації залізничного, водного або повітряного транспорту» // Вісник Верховного Суду України. – 1999. – № 4. – С. 24–34.

за транспортні злочини засвідчує, що суди на факти створення деліктів небезпеки реагують м'яко. У зв'язку з цим висувається пропозиція декриміналізувати такі делікти*.

Разом з тим хотіли б зауважити, що конструювання транспортних злочинів саме як деліктів створення небезпеки є досить розповсюдженим прийомом у законодавчій практиці багатьох держав (див., наприклад, ст. 237 і ст. 238 КК Швейцарії, ст. 381 і ст. 382 КК Іспанії, ст. 174 КК Польщі).

Порушення правил з точки зору кваліфікації за ст. 276 КК України може набувати вигляду, скажімо, перевищення встановленої швидкості руху, проїзду на заборонений сигнал семафору, недотримання техніки пілотування або правил проходження шлюзів, неправильного розходження із зустрічними суднами, невиконання вказівок диспетчерів, недотримання маршрутів або висоти польоту, неправильного розміщення вантажу.

Для інкримінування ч. 2 ст. 276 КК обов'язковим є те, що вказані і подібні їм діяння заподіяли потерпілому середньої тяжкості або тяжкі тілесні ушкодження або завдали великої матеріальної шкоди. Встановлення у ч. 2 ст. 276 КК відповідальності за необережне знищення або пошкодження майна суперечить концепції побудови КК, а тому вказівку на завдання великої матеріальної шкоди із ст. 276 КК треба виключити**. Відповідальність за ч. 3 ст. 276 КК настає, якщо перелічені вище діяння заподіяли загибель людей.

Суб'єктом к.пр. може бути тільки працівник залізничного, водного або повітряного транспорту (спеціальний суб'єкт).

Службові особи зазначених видів транспорту, які не порушили правил безпеки руху або експлуатації транспорту, але давали (не давали) розпорядження, накази, вказівки щодо такої діяльності, унаслідок чого порушення допустили інші працівники транспорту, за наявності підстав можуть нести відповідальність за службову недбалість (ст. 367 КК)***.

5.5.3.2. Угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна (ст. 278 КК). Предметом к.пр. є залізничний рухомий склад, повітряні судна, морські чи річкові судна. Не можуть бути предметом цього к.пр. транспортні засоби, які вказані в примітці до ст. 286 КК. Відповідальність за незаконне заволодіння такими транспортними засобами настає за ст. 289 КК.

* Осадчий В.І. Проблемні питання відповідальності за транспортні злочини / Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань: Тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозиуму, 23–24 вересня 2011 р. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 304; Осадчий В.І. Злочини проти безпеки та експлуатації транспорту: Монографія. – К.: Вид-во Європейського ун-ту, 2011. – С. 34.

** Осадчий В.І. Злочини проти безпеки та експлуатації транспорту: Монографія. – К.: Вид-во Європейського ун-ту, 2011. – С. 123.

*** Мисливий В.А. Злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту: Монографія. – Дніпропетровськ: Юрид. акад. Мін-ва внутр. справ, 2004. – С. 50.

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого за ст. 278 КК, характеризується угоном або захопленням залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна. Угон відрізняється від захоплення тим, що він може вчинятись як таємним, так і відкритим способом, а захоплення відбувається тільки відкрито, набуваючи вигляду протиправного впливу на того, хто керує транспортним засобом. Також у випадку угону особа бажає негайно незаконно пересуватися залізничним рухомим складом, повітряним, морським чи річковим судном, а при захопленні цих транспортних засобів пересування можливе згодом. Угон відповідного транспортного засобу є закінченим злочином з моменту початку руху на транспортному засобі, а захоплення – з моменту встановлення контролю над транспортним засобом.

Невдала спроба угону чи захоплення транспортного засобу, коли винний не зміг довести до кінця свій злочинний намір із причин, що не залежать від нього, має розцінюватись як замах на розглядуване к.пр.

Угон або захоплення транспортних засобів, пов'язані з незаконним переправленням осіб через державний кордон України чи порушенням правил міжнародних польотів, необхідно кваліфікувати за сукупністю к.пр. – за відповідними частинами ст. 278 і ст. 332 або ст. 334 КК.

Вчинення працівником транспорту угону або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна не виключає інкримінування ст. 278 КК.

Захоплення повітряного судна віднесено, як і в Україні, до транспортних злочинів, зокрема, у Білорусі, Болгарії, Латвії, Македонії, Молдові, Португалії, Словенії, Федерації Боснії та Герцеговини. Водночас існують чимало держав (наприклад, Азербайджан, Вірменія, Грузія, Данія, Казахстан, Литва, Польща), в яких зазначене діяння розглядається як злочин проти громадської безпеки.

5.5.4. Кримінальні правопорушення проти безпеки руху або експлуатації автотранспорту і міського електротранспорту

5.5.4.1. Порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами (ст. 286 КК). Це – найбільш поширений на сьогодні транспортний злочин. Періодично оприлюднювані дані про показники аварійності на дорогах, про кількість загиблих і поранених у транспортних катастрофах засвідчують підвищену криміногенність сфери дорожнього руху взагалі і сфери функціонування автомобільного транспорту зокрема. Загальний ризик загибелі особи найбільш виражений при пересуванні саме автомобільним транспортом. Останній у 12 разів небезпечніший за морський і річковий, у 3 рази – за залізничний і в 1,5 рази – за повітряний транспорт*.

* Коробеев А.И. Транспортные преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 9.

У законодавстві багатьох зарубіжних держав (наприклад, Австрії, Голландії, Данії, Швеції) норми, подібні до ст. 286 КК України, відсутні, і відповідальність за порушення правил безпеки руху з боку водіїв автотранспорту тягне кримінальну відповідальність за наявності шкідливих наслідків на підставі норм про заподіяння таких наслідків. Інакше кажучи, необережне заподіяння смерті або тілесного ушкодження внаслідок порушення ПДР розглядається як різновид відповідного необережного злочину проти особи. У вітчизняній літературі також зустрічається пропозиція про скасування ст. 286 КК України і кваліфікацію передбачених нею діянь за ст.ст. 115, 119 і 121 КК.*

Тут доречно нагадати, що до прийняття КК УРСР 1960 р. діяння, пов'язані з порушенням правил безпеки руху або експлуатації автомобільного транспорту, що потягли суспільно небезпечні наслідки, кваліфікувались як злочини проти особи, як порушення обов'язкових постанов про охорону порядку на транспорті або як злочинно-недбале виконання водієм своїх службових обов'язків.

З урахуванням примітки до ст. 286 КК і Правил дорожнього руху (ПДР), затв. постановою КМ від 10 жовтня 2001 р. № 1306, під транспортними засобами, про які йдеться у ст. 286, а також у ст.ст. 287, 289, 290 КК, слід розуміти всі види автомобілів, трактори, інші самохідні машини (дорожні, будівельні, сільськогосподарські тощо), трамваї та тролейбуси, а також мотоцикли та інші механічні транспортні засоби (зокрема, всюдиходи, аеросани, амфібії), що приводяться в рух за допомогою двигуна з робочим об'ємом 50 куб. см і більше або електродвигуна потужністю понад 3 кВт. Не є такими транспортними засобами мопеди, велосипеди з двигуном із робочим об'ємом до 50 куб. см, рухомий склад пасажирських і вантажних поїздів, локомотивів, дрезин тощо. Порушення правил безпеки руху та експлуатації вказаних видів транспорту тягне відповідальність за ст. 276 або ст. 291 КК.

Рухомий склад метрополітену не визнається транспортним засобом у розумінні ст. 286 КК, незважаючи на те, що метрополітен може бути віднесений до міського електротранспорту. За технічними характеристиками метрополітен належить до залізничного транспорту, а його технічна регламентація здійснюється центральним органом виконавчої влади у галузі транспорту, у зв'язку з чим порушення правил безпеки руху або експлуатації метрополітену треба кваліфікувати за ст. 276 КК.

Перелік транспортних засобів, який наведено у КК Латвії, Литви, України та у Законі Естонії «Про дорожній рух», є майже однаковим. До них належать всі види автомобілів, трактори та інші самохідні машини,

* Полянський Є. Про деякі питання кваліфікації спричинення смерті в результаті грубого порушення правил безпеки дорожнього руху // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2009. – № 2. – С. 42–46. Ця сумнівна пропозиція уже зазнала справедливої критики в літературі (див.: Кримінальне право: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 2. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 123).

трамваї і тролейбуси, а також мотоцикли та інші механічні транспортні засоби. Винятком є КК Литви, який до механічних транспортних засобів не відносить трамвай (в цій країні взагалі немає інфраструктури трамвайного руху)*.

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 286 КК, характеризується порушенням (дія або бездіяльність) правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, що заподіяло потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження. Кримінальне правопорушення може бути вчинене шляхом дії або бездіяльності (проїзд на заборонений сигнал світлофора, перевищення встановленої швидкості руху, неправильний обгін, неправильне користування світловими приладами, невиконання вимог дорожніх знаків, порушення порядку перевезення пасажирів або вантажів, експлуатація технічно несправного транспортного засобу, керування транспортним засобом у стані стомлення або сп'яніння тощо).

*Існують держави, в яких керування транспортним засобом у стані сп'яніння незалежно від того, чи настали певні суспільно небезпечні наслідки, визнається злочином (Албанія, Данія, Естонія, Польща, США, Фінляндія, Швейцарія та ін.). Наприклад, § 316 КК ФРН передбачає відповідальність за керування транспортним засобом особою, яка в результаті вживання у тому числі алкогольних напоїв або інших одурманюючих речовин не була здатна безпечно ним керувати**. Стаття 379 КК Іспанії визнає злочином керування автомобілем або мотоциклом особою, яка знаходиться під впливом токсичних, наркотичних або психотропних речовин, а так само алкогольних напоїв, а ст. 380 – відмову водія піддатися законно встановленому огляду для перевірки перебування його під впливом зазначених речовин або напоїв. Згідно зі ст. 262 КК Латвії кримінальна відповідальність за керування транспортним засобом під впливом алкогольних напоїв, наркотичних, психотропних або інших одурманюючих речовин настає за таке порушення, яке вчинено повторно протягом року. Відповідно до ст. 281 КК Литви керування транспортним засобом у стані сп'яніння навіть за відсутності суспільно небезпечних наслідків визнається кримінальним проступком***.*

* Матвійчук Я.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил дорожнього руху або експлуатації транспорту (порівняльно-правове дослідження): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 9.

** У ФРН вміст алкоголю у крові водія не повинен перевищувати 0,5 проміле. 1 проміле – це така концентрація крові, яка відповідає вмісту 1 г чистого алкоголю на 1000 г крові. До 1 січня 1998 р. дозволений рівень алкоголю у ФРН становив 0,8 проміле, що приблизно відповідало двом кухлям пива або 75 г горілки (Доненко В.В. Відповідальність водіїв за керування транспортними засобами у стані сп'яніння (зарубіжний досвід) // Науковий вісник Дніпропетровського юридичного інституту МВС України. – 2000. – № 3. – С. 274–276).

*** Мінімальний рівень допустимого вмісту алкоголю в крові у країнах Балтії становить: в Естонії – 0,2 проміле, в Латвії – 0,5 проміле (для водіїв зі стажем керування більше двох років) або 0,2 проміле (для водіїв зі стажем керування менше двох років), в Литві – 0,4 проміле (Матвійчук Я.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил дорожнього руху або експлуатації транспорту (порівняльно-правове дослідження): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 10).

Можна констатувати невідповідність вітчизняного законодавства європейському досвіду щодо допустимого рівня алкоголю в крові для водія під час керування транспортним засобом.

На відміну від ст. 286 КК, яка містить позбавлене конкретики формулювання «порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту», § 315с КК ФРН чітко називає ті грубі порушення ПДР, які за умови створення небезпеки для фізичної цілісності або життя іншої людини чи чужої речі, що має значну цінність, визнаються злочинним порушенням правил безпеки дорожнього руху.

Це: неврахування права переваги у дорожньому русі; порушення правил обгону; порушення правил руху при перетинанні пішохідних переходів; перевищення швидкості на погано видимих ділянках дороги, на перехрестях, на в'їздах на дорогу, на залізничних переїздах; недотримання правої смуги руху на погано видимих ділянках дороги; розвертання на автострадах або транспортних шосе, рух зворотним ходом або у протилежному напрямі або спроба такого руху; непозначення на достатній відстані засобів пересування, що не рухаються або перебувають в аварійному стані, хоч цього вимагає безпека руху.

Відповідальність за ст. 286 КК настає незалежно від місця, де було допущено порушення правил безпеки дорожнього руху чи експлуатації транспорту (на магістралі, шосе, вулиці, у полі, на території підприємства, на залізничному переїзді, у дворі тощо). Якщо під час виконання певних робіт (сільськогосподарських, будівельних, вантажно-розвантажувальних тощо), пов'язаних із рухом транспортних засобів (комбайнів, грейдерів, бульдозерів, екскаваторів, кранів тощо), було порушено інші правила (зокрема, охорони праці), вчинене як таке, що не посягає на безпеку руху або експлуатації транспорту, має кваліфікуватись не за ст. 286 КК, а за нормами КК про відповідальність за недодержання саме цих інших правил, а у відповідних випадках – за злочини проти життя та здоров'я особи або за знищення чи пошкодження майна (наприклад, як необережне вбивство слід кваліфікувати дії комбайнера, який під час збирання врожаю смертельно травмував особу, яка знаходилась на полі).

У ч. 2 ст. 286 КК передбачено відповідальність за порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, якщо це спричинило смерть потерпілого або заподіяло тяжке тілесне ушкодження, а в ч. 3 ст. 286 КК – якщо відповідне діяння спричинило загибель кількох осіб (мається на увазі смерть хоча б двох потерпілих). Слід звернути увагу на те, що ч. 3 ст. 286 КК може бути інкримінована порушнику правил, якщо смерть двох або більше осіб стала результатом однієї дорожньо-транспортної події (не обов'язково одночасної). У випадку загибелі двох чи більше осіб під час різних дорожньо-транспортних подій винний має відповідати за ч. 2 ст. 286 КК.

Поняттям смерті потерпілого (загибелі кількох осіб) з точки зору застосування ст. 286 КК охоплюється позбавлення життя відповідних осіб незалежно від того, померли вони відразу після вчиненого діяння або через який-небудь час – за умови встановлення причинового зв'язку смерті з порушенням правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту.

Якщо порушення особою правил безпеки дорожнього руху чи експлуатації транспорту спричинило наслідки, передбачені різними частинами ст. 286 КК, діяння слід кваліфікувати як одне к.пр. за тією частиною, яка передбачає більш тяжкі наслідки (конкуренція кримінально-правових норм). Якщо наслідки, зазначені в різних частинах ст. 286 КК, спричинені двома або більше порушеннями, винна особа має нести відповідальність за сукупністю к.пр., передбачених цими нормами (множинність к.пр.).

Однією з найбільш поширених помилок в судовій практиці під час застосування аналізованої кримінально-правової заборони є неправильне встановлення причинового зв'язку. Не в останню чергу це зумовлено численністю факторів, які породжують дорожньо-транспортні пригоди (за деякими даними, нараховується 250 таких факторів).

Не виключені ситуації, коли з боку особи, яка керує транспортним засобом, має місце порушення ПДР, яке не перебуває у причиновому зв'язку з наслідками, що настали; ці наслідки стали результатом дії сил природи, неправомірної поведінки потерпілого чи інших учасників дорожнього руху, прихованих дефектів транспортних засобів тощо. В юридичній літературі з цього приводу наводиться такий приклад.

Водій на автомобілі швидкої медичної допомоги з несправними гальмами виїхав за викликом до хворого. Проїжджаючи вулицею, він побачив велосипедиста, подав звуковий сигнал та почав об'їжджати велосипедиста з лівої сторони у напрямку руху з дотриманням правил обгону. В цей момент велосипедист несподівано повернув уліво, вдарився в передню частину автомобіля та від отриманої травми загинув. Водія швидкої було притягнуто до відповідальності за порушення правил безпеки руху, яке спричинило смерть потерпілого. Однак суд виправдав його, вказавши, що порушення ПДР (їзда з несправними гальмами) не є причиною наслідку; смерть велосипедиста настала, оскільки потерпілий сам порушив відповідні правила. У цьому випадку був відсутній причиновий зв'язок між порушенням і наслідком.*

Наведемо ще один, не менш наочний приклад.

К., який керував автомобілем «ЗІЛ-130» та який встановив, що закінчилось пальне, зупинив автомобіль на проїжджій частині дороги, не виставивши на порушення ПДР знак аварійної зупинки. К-в, який рухався у попутному напрямі на автомобілі «ЗІЛ-131» із перевищенням встановленої швидкості, об'їжджаючи «ЗІЛ-130», виїхав на зустрічну смугу, де зіткнувся з легковим автомобілем, водій якого внаслідок аварії загинув. Винуватцем аварії був визнаний К-в, який, як було встановлено, завчасно побачив автомобіль «ЗІЛ-130», що стояв, однак виїхав на смугу зустрічного руху і не вжив заходів щодо зниження швидкості і зупинки керованого ним автомобіля. Врешті-решт суд вирішив, що порушення ПДР, допущене першим водієм – К. (невстановлення

* Тяжкова І.М. Неосторожние преступления с использованием источников повышенной опасности: Монография. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 79–80.

знаку аварійної зупинки), не перебуває у причиновому зв'язку з аварією, оскільки встановлення цього знаку у ситуації, що склалась, не запобігло б аварії».

Якщо суспільно небезпечні наслідки перебувають у причиновому зв'язку з порушеннями ПДР, допущеними двома або більше водіями, всі порушники за наявності в їх поведінці ознак складу аналізованого к.пр. мають відповідати за ст. 286 КК.

*Водій автомобіля «ГАЗ-51» зупинив його таким чином, що ліві колеса знаходились на проїжджій частині дороги. Габаритні вогні включені не були. Водій автобуса з пасажирами, який їхав у попутному напрямі, за умов обмеженої видимості неправильно обрав швидкість руху, не помітив вантажного автомобіль, що стояв, і вчинив на нього наїзд. У результаті аварії, зокрема, один пасажир загинув, а іншому були заподіяні тяжкі тілесні ушкодження. Оскільки і водій вантажного автомобіля, і водій автобуса допустили порушення ПДР, які перебували у причиновому зв'язку із вказаними суспільно небезпечними наслідками, вони обидва були правильно засуджені за злочинне порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту**.*

*Ф., керуючи автобусом, порушив ПДР і допустив зіткнення з мотоциклом під керуванням П., унаслідок чого останньому були спричинені тілесні ушкодження середньої тяжкості. Ф. перед виконанням розвороту ліворуч на своїй смузі руху не зайняв крайнього лівого положення, а знаходився в положенні, за якого перед виконанням розвороту він мав пересвідчитися у безпечності свого маневру і надати перевагу в русі транспортному засобу, який рухався в попутному напрямі за ним. Однак Ф. цих вимог ПДР не виконав, що і стало причиною настання ДТП. Вироком Вишгородського районного суду Ф. був засуджений за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК***.*

Вважаючи, що суд неправильно розв'язав щодо нього питання про причинний зв'язок як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 286 КК, Ф. звернувся до ВС із заявою про перегляд винесеної щодо нього ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВСС.

Усі винесені судові рішення містять чітку вказівку на порушення Ф. конкретних пунктів ПДР, на тяжкість отриманих потерпілим тілесних ушкоджень, а так само констатують наявність прямого причиново-наслідкового зв'язку між порушенням винним ПДР і отриманням тілесних ушкоджень потерпілим. Щоправда, жодна судова інстанція не висловила з приводу особливостей встановлення причинового зв'язку, стверджуючи, що цей зв'язок є прямим.

Наявність останнього викликала заперечення з боку захисту Ф. на тій підставі, що негативні для П. наслідки настали унаслідок його неправомірної поведінки, а не діяння Ф. Як засвідчило ознайомлення з судовими рішеннями, на які посилається Ф. як на такі, що винесені у кримінальних справах, подібних до його справи, за аналогічних обставин суди визнавали причиною настання суспільно небезпечних наслідків порушення, схожі з констатую-

* Коробеев А.И. Транспортные преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 134–135.

** Касынюк В.И., Корчева З.Г. Вопросы квалификации транспортных преступлений: Учебн. пособ. – К.: УМК ВО при Минвузе УССР, 1988. – С. 21–22.

*** Архів Вишгородського районного суду Київської області. Справа № 1-152 за 2011 р.

ваними в діях водія мотоцикла П. Автотехнічна експертиза і суди визнали встановленим факт порушення потерпілим ПДР (п. 12.3), оскільки він мав можливість відвернути зіткнення з автобусом.

У судовій практиці поширені випадки, коли суспільно небезпечні наслідки стають результатом спільних (проте неузгоджених між собою) дій різних учасників дорожнього руху – коли порушення правил безпеки з боку однієї особи, викликаючи порушення правил іншою особою, перебуває у причиновому зв'язку із злочинним результатом. Такий причиновий зв'язок носить чітко виражений опосередкований характер, однак і його достатньо для обґрунтування кримінальної відповідальності за транспортний злочин.

В аналізованій ситуації кожен з водіїв транспортних засобів (автобуса і мотоцикла) допустив порушення ПДР, що врешті-решт призвело до спричинення тілесних ушкоджень одному з них. Подумки виключивши з розглядуваного ланцюга подій діяння Ф. у вигляді порушення ним ПДР, переконуємось у тому, що без нього наслідок у вигляді тілесних ушкоджень П. не настав би. Ураховуючи, що порушення ПДР Ф. призвели до спричинення тілесних ушкоджень П. (породили цей наслідок), кримінальній відповідальності має підлягати лише Ф. Адже тільки в його діянні містяться всі ознаки складу к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 286 КК.

У поведінці П., якій, на нашу думку, слід було дати адміністративно-правову оцінку, немає складу к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 286 КК, через відсутність відповідних суспільно небезпечних наслідків – через те, що шкода здоров'ю була заподіяна лише порушнику – тому, хто керував транспортним засобом, а не іншій особі.

Ф. мав рацію, коли в заяві про перегляд ухвали ВСС вказував на неправильність твердження судів про прямий характер причинового зв'язку між порушенням ним ПДР і заподіянням шкоди здоров'ю П. Проте на остаточний висновок про те, що Ф. вчинено необережний злочин, караний за ч. 1 ст. 286 КК, ця допущена судами неточність вплинути не може. Адже в доктрині загальноновизнаним є той факт, що кримінально-правове значення має і опосередкований причиновий зв'язок, коли в заподіяння злочинного результату втручається поведінка третіх осіб або інших зовнішніх сил. Так, особливістю причинового зв'язку у злочинах проти безпеки руху або експлуатації транспорту є поширена ускладненість цього зв'язку поведінкою самого потерпілого. При цьому, як зазначається в літературі, у якій спеціально досліджується специфіка причинового зв'язку при вчиненні транспортних злочинів, вина потерпілого не усуває наявність причинового зв'язку; заподіяна шкода перебуває у причиновому зв'язку як з порушенням правил, допущеним одним водієм транспортного засобу (тобто Ф.), так і з необачною поведінкою самого потерпілого*. У нашому випадку – це П., який також порушив ПДР.

* Малинин В.Б. Причинная связь в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2000. – С. 288.

Отже, у випадках обопільного порушення ПДР, кожне з яких призводить до спричинення суспільно небезпечних наслідків, кримінальній відповідальності мають підлягати ті особи, у діяннях яких вбачаються всі ознаки складу злочину, передбаченого відповідною частиною ст. 286 КК. Такою особою в розглянутій ситуації є засуджений Ф. Інші учасники дорожнього руху за наявності підстав могли бути притягнені до адміністративної або цивільно-правової відповідальності.

Судова палата у кримінальних справах ВС постановою від 24 січня 2013 р. відмовила в задоволенні заяви Ф. про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВСС щодо нього, але з міркувань, відмінних від наведених вище. Мотивуючи свою позицію, ВС зазначив, що в судових рішеннях, наданих для порівняння, встановлено, що винні під час керування транспортними засобами, рухаючись попереду, не займали на проїзній частині того положення, яке займав Ф. Відповідно, причинами настання цих дорожньо-транспортних пригод були порушення інших ПДР.

Погоджуємось із висновком ВС про те, що ВСС як суд касаційної інстанції норму кримінального закону (ч. 1 ст. 286 КК) щодо дій Ф. застосував правильно. Щоправда, наведене обґрунтування видається не зовсім вдалим і переконливим. Адже у самій постанові Судової палати у кримінальних справах ВС відзначається подібність суспільно небезпечних діянь, щодо яких касаційними інстанціями ухвалювались порівнювані судові рішення. Як встановив ВС, ця подібність простежується за кількістю транспортних засобів, їх розташуванням на проїзній частині, схожістю напрямку руху і маневру, який мав виконувати транспортний засіб, що рухався попереду.

Але у разі, коли суспільно небезпечні наслідки настали через порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту двома або більше водіями транспортних засобів, необхідно з'ясувати характер порушень, які допустив кожен із них, а також чи не було причиною порушення зазначених правил одним водієм їх недотримання іншим, і чи мав перший можливість уникнути дорожньо-транспортної події та її наслідків. При цьому треба мати на увазі, що за певних умов виключається кримінальна відповідальність особи, яка порушила ПДР вимушено, через створення аварійної ситуації іншою особою, яка керувала транспортним засобом (п. 7 постанови ПВС від 23 грудня 2005 р. № 14 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні порушення на транспорті»).

У підготовленому ВС Узагальненні практики розгляду судами кримінальних справ про злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту подібні ситуації пов'язуються з особливостями суб'єктивної сторони вчиненого. Якщо учасник руху, який створив аварійну ситуацію, позбавив водія, який потрапив у таку ситуацію, можливості одно-

значно прогнозувати розвиток подій, це свідчить про те, що дії такого водія є вимушеними і не можуть вважатись суспільно небезпечними*. Йдеться, треба так розуміти, про казус, хоч, на нашу думку, у цьому разі доречніше вести мову про відсутність як такого суспільно небезпечно-го діяння – ознаки об'єктивної сторони к.пр.

Суб'єктом к.пр., передбаченого ст. 286 КК, є фізична осудна особа, якій виповнилося 16 років та яка керувала транспортним засобом (так званий фактичний водій). Не має значення, чи мала особа посвідчення водія, чи зміла вона керувати транспортним засобом, вчинила вона порушення на власному, чужому або службовому транспортному засобі.

Суб'єктом к.пр. може бути також особа, яка навчає водінню іншу особу (наприклад, інструктор), якщо нею не було вжито відповідних заходів для відвернення суспільно небезпечних наслідків. Але якщо особа, яка навчається водінню, всупереч указівкам майстра, інструктора чи іншої особи, яка навчає водінню, вчиняє порушення ПДР, якому не було реальної можливості запобігти, вона підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах**.

Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 286 КК, є необережним. Якщо особа, порушуючи правила безпеки руху або експлуатації транспорту, передбачала суспільно небезпечні наслідки і бажала або свідомо допускала їх настання, вчинене має кваліфікуватись не за ст. 286 КК, а за нормами про відповідальність за певне умисне к.пр. (наприклад, умисне вбивство).

К., керуючи легковим автомобілем в районі Центрального ринку м. Суми, у результаті порушення ПДР здійснив наїзд на пішохода К-н, яка від отриманих тілесних ушкоджень померла. Після наїзду на пішохода К. не зупинив свій транспортний засіб і зник з місця події. На підставі ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах ВСС від 17 січня 2013 р. К., засуджений Ковпаківським районним судом м. Суми за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 286 КК, був виправданий за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 135 КК.

Таке рішення ВСС вважаємо неправильним, оскільки вчинене К. діяння містить ознаки складу к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 135 КК. Останнє за своєю законодавчою конструкцією є формальним і вважається закінченим з моменту ухилення від надання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані, незалежно від того, наскільки ефективною могла бути така допомога. Відповідно до встановлених усіма судовими інстанціями обставин справи К. після наїзду на пішохо-

* Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах: Офіційне видання / Відп. ред. П.П. Пилипчук. – К.: Ін Юре, 2006. – С. 165.

** Мисливий В.А. Практика кваліфікації злочинів проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2006. – № 2 (27). – С. 271.

да, порушивши вимоги п. 2.10 ПДР, не зупинив свій транспортний засіб, не вжив можливих заходів для надання першої медичної допомоги потерпілій, не викликав карету швидкої медичної допомоги. З цього випливає, що засуджений, здійснивши наїзд на потерпілу, відразу вирішив залишити її без допомоги і зник з місця злочину, фактично ухилившись у такий спосіб від надання допомоги. З огляду на це, слід критично поставитися до доводів ВСС стосовно відсутності у винного умислу на залишення потерпілої в небезпеці. Так, ВСС посилається на те, що К. за кілька хвилин повернувся на місце події, зрозумівши, що своїми діями міг завдати шкоду здоров'ю потерпілій, а також на той факт, що злочин був учинений в людному місці в денний час. Для нас безспірним є той факт, що К. міг і зобов'язаний був зупинитися та зробити все від нього залежне для надання допомоги потерпілому пішоходу. Винний усвідомлював, що збитий ним пішохід опинився в небезпечному для життя стані, а також свої обов'язок та можливість надати йому допомогу, але цього не зробив. Тому у поведінці К. вбачається умисел на вчинення к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 135 КК. Такі обставини, як повернення на місце ДТП, допомога, надана потерпілому іншими особами, тощо, на кваліфікацію не впливають і можуть розглядатись лише в контексті індивідуалізації покарання*.

5.5.5. Незаконне заволодіння транспортним засобом

5.5.5.1. Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 289 КК, полягає у **незаконному заволодінні транспортним засобом**, під яким згідно з приміткою до цієї статті КК слід розуміти вчинене умисно, з будь-якою метою вилучення будь-яким способом транспортного засобу у власника чи користувача всупереч їх волі. Спосіб незаконного заволодіння транспортним засобом може бути таємний або відкритий, діяння може бути вчинене шляхом обману чи зловживання довірою (ч. 1 ст. 289), із застосуванням насильства або погроз (ч. 2 або ч. 3 ст. 289). Незаконне заволодіння транспортним засобом може набувати вигляду запуску двигуна, буксирування, завантаження на інший транспортний засіб, примусового відсторонення осіб від керування, примушування їх до початку або продовження руху тощо.

Кримінальне правопорушення є закінченим з моменту, коли транспортний засіб почав рухатись, при цьому не має значення відстань, на яку транспортний засіб було відігнано, перетягнуто, відбуксовано тощо. Проникнення в кабінку та спроба запустити двигун або буксирувати транспортний засіб з метою заволодіння ним треба кваліфікувати

* Див. також з приводу цієї проблеми: Кабанець О.О. Залишення в небезпеці або ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному стані внаслідок ДТП: правовий та медичний аспекти / Азовські правові читання: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Бердянськ, 18–19 квітня 2014 р. – Бердянськ: ТОВ «Модем-1», 2014. – С. 190–193.

як замах на вчинення к.пр. (відповідні частини ст. 15 і ст. 289). Якщо незаконне заволодіння транспортним засобом відбувається під час його руху, к.пр. визнається закінченим із моменту встановлення контролю над транспортним засобом.

Не вважається незаконним заволодіння транспортним засобом у стані крайньої необхідності, наприклад для того, щоб терміново доставити тяжкохвору людину до лікарні, приборкати стихійне лихо, усунути іншу небезпеку (п. 15 постанови ПВС від 23 грудня 2005 р. № 14 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні порушення на транспорті»).

У ч. 2 ст. 289 КК йдеться про незаконне заволодіння транспортним засобом, яке вчинене повторно, за попередньою змовою групою осіб, поєднане з насильством, що не є небезпечним для життя або здоров'я потерпілого, з погрозою застосування такого насильства, вчинене з проникненням у приміщення чи інше сховище, або якщо воно завдало значної матеріальної шкоди.

Вироком Уманського міськрайонного суду Черкаської області К. засуджено за ч. 2 ст. 289 КК. К. визнано винним у тому, що він у стані алкогольного сп'яніння 10 червня 2006 р. в м. Умань незаконно заволодів автомобілем «ГАЗ-3110», який належав ВАТ «Уманьгаз», вартістю 27 тис. 724 грн., що завдало значної матеріальної шкоди зазначеному підприємству. У касаційному поданні прокурор, посилаючись на неправильну кваліфікацію дій К. за ч. 2 ст. 289 КК, просив змінити вирок й перекваліфікувати дії К. за ч. 1 ст. 289 КК. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС вирішила, що якщо транспортний засіб не зазнав ніяких пошкоджень унаслідок незаконного заволодіння, його технічний стан не погіршився і відновлення він не потребує, або сума відповідних витрат менша від зазначеної в п. 3 примітки до ст. 289 КК, така кваліфікуюча ознака, як заподіяння значної шкоди, відсутня. З матеріалів справи вбачається, що автомобіль, яким К. незаконно заволодів та пошкодив внаслідок порушення ПДР, повернуто підприємству. Реальні збитки, завдані ВАТ «Уманьгаз» через пошкодження автомобіля, відповідно до висновку експертизи становлять 9 тис. 450 грн. 45 коп., які К. частково відшкодував. Оскільки на час вчинення злочину сума реальних витрат на відновлення автомобіля є значно меншою, ніж 100 нмдг, що у 2006 р. становило 17 тис. 500 грн., в діях К. відсутня кваліфікуюча ознака злочину – завдання значної матеріальної шкоди, а тому вони підлягають перекваліфікації з ч. 2 на ч. 1 ст. 289 КК.*

Суб'єктом к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 289 КК, є фізична осудна особа, яка досягла 16 років, а к.пр., передбачених ч. 2 або ч. 3 ст. 289 КК, – особа, яка досягла 14-річного віку. Не підлягають кримінальній відповідальності за ст. 289 КК особи, які не брали участі у вилученні транспортного засобу, але після заволодіння ним винною особою здійснили поїздку на

* Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах: Офіційне видання / Відп. ред. П.П. Пилипчук. – К.: Ін Юре, 2008. – С. 396–399.

ньому. Суб'єктом к.пр., передбаченого ст. 289 КК, не можна визнавати: осіб, які є співвласниками або законними користувачами транспортно-го засобу; працівників підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, які без належного дозволу здійснили поїздку на закріпленому за ними транспортному засобі; службових осіб, наділених повноваженнями щодо використання чи експлуатації транспортних засобів.

Згідно з ч. 4 ст. 289 КК суд звільняє від кримінальної відповідальності особу, яка вперше вчинила дії, передбачені цією статтею (за винятком випадків незаконного заволодіння транспортним засобом із застосуванням насильства до потерпілого чи погрозою застосування такого насильства), але добровільно заявила про це правоохоронним органам, повернула транспортний засіб власнику і повністю відшкодувала завдані збитки.

Своєрідна заохочувальна норма міститься у ст. 244 КК Іспанії. Тут зазначається, що викрадення чужого автомобіля або мотоцикла вартістю понад 400 євро без наміру їх привласнити, якщо вони протягом 48 годин повернуті у тому самому стані, карається арештом або штрафом. Якщо транспортний засіб у вказаний строк не повернутий, призначається покарання вже у вигляді позбавлення волі.

Література

- Мисливий В.А. Злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту: Монографія. – Дніпропетровськ: Юрид. акад. Мін-ва внутр. справ, 2004. – 380 с.
- Щупаківський Р.В. Кримінальна відповідальність за незаконне заволодіння чужим транспортним засобом: Монографія. – К.: Атіка, 2007. – 160 с.

Запитання і завдання

1. Проаналізуйте склад к.пр. «Порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами» та здійсніть його відмежування від суміжних складів к.пр.

2. Розкрийте кримінально-правову характеристику незаконного заволодіння транспортним засобом, з'ясуйте співвідношення цього складу к.пр. і складів к.пр. проти власності і розгляньте питання про оптимальне розміщення цієї кримінально-правової заборони в системі Особливої частини КК України.

3. Здійсніть аналіз міжнародно-правових документів, присвячених забезпеченню безпеки експлуатації різних видів транспорту, і з'ясуйте рівень виконання Україною взятих на себе зобов'язань у цій сфері.

Радимо подивитись

- Три кольори. Червоний (Франція, Швейцарія, Польща, 1994, режисер Кшиштоф Кесльовський).
- Бережись автомобіля (СРСР, 1966, режисер Ельдар Рязанов).

5.6. Кримінальні правопорушення проти громадського порядку та моральності

5.6.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти громадського порядку та моральності

5.6.1.1. **Громадський порядок** – це стан і результат дотримання невизначеною кількістю осіб – членів суспільства загально визнаних правил і норм поведінки переважно правового, а також неправового (етичного) характеру, що забезпечують нормальні умови життєдіяльності людини, діяльність підприємств, установ і організацій.

Моральність передбачає стан і результат дотримання невизначеною кількістю осіб – членів суспільства правил переважно етичного, а також правового характеру, які визначають вимоги до поведінки людей у суспільстві, їх духовних і душевних якостей та стосуються взаємної поваги, сором'язливості, поваги до культурних та інших цінностей суспільства.

Громадський порядок і моральність становлять собою дві відносно відокремлені групи суспільних відносин, які перетинаються лише в незначній частині, а саме в тій, де одночасно з посяганням на моральність має місце порушення громадського порядку. Наприклад, такий злочин, як жорстоке поводження з тваринами, посягає одночасно і на громадський порядок, і на моральність, якщо йдеться про знуцання над тваринами з хуліганських мотивів, або тільки на моральність, якщо йдеться про закриті від сторонньої публіки «собачі бої». Так само і хуліганство, яке зазвичай є злочином проти громадського порядку, посягає на моральність, коли воно виявляється, скажімо, в ексгібіціонізмі, іншому винятково цинічному прояві безсоромності або в знуцанні над вагітною жінкою чи особою похилого віку тощо.

Отже, говорячи про систему к.пр., передбачених розділом XII Особливої частини КК, можна виділити ті з них, що посягають:

- 1) переважно на громадський порядок (ст.ст. 293–296);
- 2) переважно на моральність (ст.ст. 297–304).

Про структуру різних видів к.пр. в цій системі можна дізнатися із даних МВС і ДСА (див. табл. 24).

Таблиця 24. **Статистика зареєстрованих злочинів проти громадського порядку і моральності та осіб, засуджених за них у 2011–2013 рр.**

Вид злочину	Кількість засуджених осіб (у 2011 р. – для порівняння кількість зареєстрованих органами МВС злочинів, передбачених ст.ст. 293–304 КК)		
	2011 р.	2012 р.	2013 р.
Хуліганство (ст. 296)	4309 (8866)	4085	2913
Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність (ст. 304)	696 (1946)	665	358

Наруга над могилою (ст. 297)	570 (3340)	511	315
Створення або утримання місць розпусти і звідництва (ст. 302)	247 (655)	341	182
Заборонені дії з порнографічними предметами (ст. 301)	242 (688)	262	658
Сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією (ст. 303)	128 (266)	79	106
Заборонені дії з творами, що пропагують культ насильства і жорстокості (ст. 300)	38 (149)	34	24
Жорстоке поводження з тваринами (ст. 299)	6 (26)	14	6
Незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини (ст. 298)	3 (37)	5	0
Злочини, передбачені ст.ст. 293, 294, 295, 298-1 КК	0 (7)	5	0
Усього	6239 засуджених осіб (15198 зареєстрованих злочинів*)	6001	4233

Серед особливостей злочинів, передбачених розділом XII Особливої частини КК, слід назвати те, що суб'єкт їх – загальний. При цьому відповідальність за хуліганство настає з 14-річного віку, за решту злочинів – з 16-річного.

Водночас в судовій практиці усталеною є думка, що за злочини щодо неповнолітніх (див. частини 2 і 3 ст. 300, частини 2 і 3 ст. 301, ч. 3 ст. 303, ст. 304) слід притягати до відповідальності лише дорослих осіб. Це стосується і деяких інших статей КК. Адже відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність встановлена не лише у ст. 304, а й у інших статтях КК (ч. 2 ст. 181, ч. 3 ст. 300, ч. 3 ст. 301, ч. 3 ст. 303, ч. 2 і ч. 3 ст. 307, ч. 3 ст. 309, ч. 2 ст. 317), які є щодо ст. 304 КК спеціальними нормами.

Спеціальний суб'єкт (службова особа) прямо передбачений лише в ч. 4 ст. 298 і ч. 3 ст. 298-1 КК.

5.6.1.2. Згідно із ст. 477 КПК хуліганство без обтяжуючих обставин (ч. 1 ст. 296 КК), якщо воно вчинене чоловіком (дружиною) потерпілого, є «злочином приватного обвинувачення», тобто кримінальне провадження щодо такого хуліганства не може бути порушене без спеціальної заяви потерпілого. Як правило, йдеться про так звані випадки «сімейного насильства».

* Кузнецов В.В. Кримінально-правова охорона громадського порядку та моральності в українському вимірі: Монографія. – К.: ТОВ НВП «Інтерсервіс», 2012. – С. 789.

5.6.2. Проблеми криміналізації діянь проти громадського порядку

5.6.2.1. Статті 293–296 КК, що встановлюють відповідальність за злочини проти громадського порядку, містять ряд повторів і суперечливих положень, що суттєво ускладнює їх застосування. Останнє є особливо важливим з огляду на необхідність дотримання правильного балансу між правом громадян на політичний протест і необхідністю захисту національної безпеки та громадського порядку.

У 2010–2013 рр. в Україні відбувались масові порушення свободи мирних зібрань. Отже, влада сама провокувала громадян на «порушення громадського порядку».

За даними Центру політико-правових реформ, кількість судових справ про заборону мирних зібрань, розглянутих у 2012 р. окружними адміністративними судами, зростає більш як на третину порівняно з попереднім роком – 355 постанов у 2012 р. проти 227 постанов у 2011 р. (з них 313 заборон проти 203). Відсоток заборон залишився майже без змін – у 88% справ суди ухвалювали рішення на користь органів влади (попереднього року – 89%). Порівняно з 2009 р. кількість таких справ у 2012 р. зростає понад утричі, а кількість заборон – у 4,5 рази.*

*Кількість притягнутих до адміністративної відповідальності громадян за порушення порядку організації та проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій щороку вимірюється сотнями. З боку представників органів внутрішніх справ почастишали випадки втручання з метою перешкодити участі у мирних зібраннях, безпідставних припинень мирних зібрань та затримання їх учасників, надмірного застосування сили. Однією з причин цих порушень є відсутність належного законодавчого регулювання. Саме законом мають бути встановлені чіткий та вичерпний перелік підстав для судового обмеження свободи мирних зібрань, заборона органам виконавчої влади й органам місцевого самоврядування встановлювати власні порядки проведення мирних зібрань та визначати місця їх проведення тощо**.*

Відповідно до ст. 39 Конституції України громадяни мають право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації за умови завчасного сповіщення про це органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування; обмеження щодо реалізації цього права може встановлюватися виключно судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку, якщо це необхідно для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей.

Очевидно, що з цих конституційних положень не зовсім зрозуміло, яке саме сповіщення можна вважати «завчасним», а також в яких саме

* <http://pravo.org.ua/152-holovne/2010-03-02-15-16-48/1262-kilkist-sudovykh-zaboron-myrnykh-zibran-u-2012-rotsi-znachno-zroslo.html>

** Про несвободу мирних зібрань // Дзеркало тижня. Україна. – 2012. – № 31.

випадках мирні зібрання можуть бути причиною заворушень чи злочинів, створюють небезпеку здоров'ю населення або посягають на права і свободи інших людей.

Частково на ці питання дав відповідь КС, а на решту питань він порекомендував відповідати законодавцю.

Отже, згідно з Рішенням КС у справі щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання від 19 квітня 2001 р. № 4-рп/2001 прийнятні строки, в які організатори мирних зібрань мають сповістити відповідні органи про проведення мирних заходів, не повинні обмежувати передбачене ст. 39 Конституції України право громадян, а «мають служити його гарантією і водночас надавати можливість відповідним органам виконавчої влади чи органам місцевого самоврядування вжити заходів щодо безперешкодного проведення громадянами зборів, мітингів, походів і демонстрацій, забезпечення громадського порядку, прав і свобод інших людей.

«Визначення конкретних строків завчасного сповіщення з урахуванням особливостей форм мирних зібрань, їх масовості, місця, часу проведення тощо є предметом законодавчого регулювання».

15 березня 2012 р. ВР постановила направити на повторне друге читання проект Закону про порядок організації і проведення мирних заходів. Згідно з ним організатор мирного зібрання письмово повідомляє про намір його провести не пізніше як за два робочі дні до його початку. Законопроектом також пропонується встановити, що обмеження свободи мирного зібрання можливе лише тоді, коли воно, зокрема:

– може бути причиною заворушень чи злочинів (зокрема, має на меті ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом або пропаганду війни, насильства, розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі);

– створює небезпеку здоров'ю населення (зокрема, може сприяти епідемії (спалаху) особливо небезпечної інфекційної хвороби);

– посягає на права і свободи інших людей (зокрема, створює реальну небезпеку застосування з боку організаторів та учасників зібрання фізичної сили, зброї та інших небезпечних для життя, здоров'я або майна інших осіб засобів) або має на меті перешкоджання реалізації прав та свобод інших осіб.

Отже, з прийняттям Закону про порядок організації і проведення мирних заходів децю більш зрозумілими мають стати і положення ст.ст. 293–296 КК.

5.6.2.2. Що стосується конкретних недоліків ст.ст. 293–296 КК, то вони полягають в такому.

У ст. 296 хуліганство визначається як «грубе порушення громадського порядку». Отже, слова у диспозиції ст. 293 про «організацію групових дій, що призвели до грубого порушення громадського порядку», можна зрозуміти так, що ці дії призвели до хуліганства. Тобто у ст. 293 йдеться фактично про готування до хуліганства.

Крім того, неясно, чим звичайне порушення громадського порядку відрізняється від грубого. Вказівки лише на те, що порушення за сво-

їм характером повинно бути грубим, явно недостатньо для криміналізації цих діянь.

До того ж ознаки «грубе порушення громадського порядку» і «суттєве порушення роботи» є оціночними. Але оціночні ознаки в законі про кримінальну відповідальність можуть використовуватися лише у виняткових випадках. Адже в одному випадку, наприклад, порушення руху трамваїв на одну годину може бути визнане суттєвим порушенням роботи транспорту, а в іншому не буде визнане суттєвим навіть порушення роботи підприємств, установ і організацій в межах усієї держави.

Словосполучення «що призвели», вжите у диспозиції ст. 293, вказує на те, що передбачені цією статтею наслідки можуть носити об'єктивний характер, тобто не усвідомлюватися особою, яка притягнута до відповідальності. Це може статися, наприклад, коли звичайне весілля чи похорони випадково, незалежно від волі організатора, призвели до грубого порушення громадського порядку або суттєвого порушення роботи транспорту, підприємств, установ і організацій (внаслідок стихійних дій натовпу, через складні метеорологічні умови тощо). Так само незалежно від волі особи мирна демонстрація чи мітинг можуть призвести до грубого порушення громадського порядку іншими особами (ст. 293) або перерости у масові заворушення (ст. 294). Інкримінування особі цих наслідків було б об'єктивним ставленням у вину, що суперечить загальним засадам кримінальної відповідальності.

Надзвичайно важко відмежувати між собою «організацію групових дій, що призвели до грубого порушення громадського порядку» та активну участь в таких діях (ст. 293) від «організації масових заворушень, що супроводжувались погромами, підпалами» тощо та активної участі в них (ст. 294). Але перший із цих злочинів є злочином невеликої тяжкості, і за нього передбачено покарання у вигляді штрафу чи арешту, а другий – тяжким і передбачає позбавлення волі на строк від 5 до 15 років. Де проходить межа між «групою» і «масою» осіб? У чому відмінність між «грубим порушенням громадського порядку» і «погромами та захопленням будівель», а також між «погромами», «підпалами» і «знищенням майна»? Крім того, звичайні хуліганські дії також можуть бути вчинені групою осіб (ч. 2 ст. 296), а за захоплення будівель чи споруд з метою перешкоджання нормальній роботі підприємств, установ, організацій відповідальність передбачає також ст. 341 КК.

Нарешті, ст. 293 КК конкурує з рядом статей КАП, згідно з якими караються: порушення правил зупинки, стоянки, що створюють перешкоди або загрозу безпеці руху (ч. 3 ст. 122), створення перешкод для руху та невжиття необхідних заходів щодо їх усунення (ст. 139), порушення тиші у громадських місцях (ст. 182), порушення встановленого порядку організації або проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій (ст. 185-1).

5.6.2.3. Стаття 296 КК є однією із тих статей, за якими суди найчастіше засуджують до реального позбавлення волі. Наприклад, саме до такого покарання у 2012 р. засуджено 15,0%, а у 2013 р. – 13,2% хуліганів. Судячи із суворості покарання, що призначається судами від імені держави, **хуліганство** є більш небезпечним для держави і суспільства злочином, ніж, скажімо, злочини у сфері службової діяльності і злочини проти довілля (для порівняння: в 2012/2013 р. до реального позбавлення волі засуджено 6,5/2,4% службових осіб, які вчинили службове підроблення, і лише 1,5/1,0% осіб, які вчинили злочини проти довілля).

Найбільша проблема криміналізації хуліганства полягає у тому, що ст. 296 КК перевантажена оціночними ознаками, які слідчі, прокурори і суди застосовують практично кожен на свій розсуд.

Кілька десятків українських ЗМІ повідомили на початку березня 2012 р., що в Херсоні міліція затримала двох студентів місцевого університету за розклеювання «антипрезидентських» листівок, які, на думку правоохоронців, «в грубій і образливій формі висміюють главу держави». Проти студентів було порушено кримінальну справу за ч. 2 ст. 296 КК. Якби не втручання громадськості, студентів могли й засудити. Адже, як показує практика, насправді нескладно довести в суді сукупність таких «резинових» за своїми властивостями ознак, як «грубе порушення громадського порядку», «явна неповага до суспільства», а також «особлива зухвалість» і «винятковий цинізм».

Оскільки ці ознаки є оціночними, то їхній зміст можна з'ясувати лише за допомогою доктринального й судового тлумачення. Заслуга вчених, які коментували й роз'яснювали кримінальний закон, а також суддів як раз і полягає в тому, щоб дати логічне і якомога більш вузьке і точне тлумачення зазначених ознак. Слід також враховувати дані судової статистики, згідно з якими кожний сьомий випадок хуліганства вчинюється групою осіб, кожний п'ятнадцятий – неповнолітнім, кожний четвертий – раніше судимою особою і майже кожен третій – у стані сп'яніння*.

Судове тлумачення на основі вивчення судової практики та аналізу судової статистики хуліганства здійснив ВС. Він у постанові Пленуму від 22 грудня 2006 р. № 10 «Про судову практику у справах про хуліганство» (п. 5) відзначив, зокрема, що «за ознакою особливої зухвалості хуліганством може бути визнано таке грубе порушення громадського порядку, яке супроводжувалось, наприклад, насильством із завданням потерпілій особі побоїв або заподіянням тілесних ушкоджень, знущанням над нею, знищенням чи пошкодженням майна, зривом масового заходу, тимчасовим припиненням нормальної діяльності установи, підприємства чи організації, руху громадського транспорту тощо, або таке, яке особа тривалий час уперто не припиняла.

* Кузнецов В.В. Кримінально-правова охорона громадського порядку та моральності в українському вимірі: Монографія. – К.: ТОВ НВП «Інтерсервіс», 2012. – С. 793.

Хуліганством, яке супроводжувалось винятковим цинізмом, можуть бути визнані дії, поєднані з демонстративною зневагою до загально-прийнятих норм моралі, наприклад, проявом безсоромності чи грубої непристойності, знуцанням над хворим, дитиною, особою похилого віку та ін.».

Серед вчених загально визнано, що порушення громадського порядку слід визнавати грубим тоді, коли хуліганство зачіпає важливі інтереси чи інтереси багатьох осіб, порушує спокійну життєдіяльність громадян, а відновлення порядку вимагає значних зусиль; явна неповага до суспільства як мотив цього злочину передбачає прагнення показати свою зневагу до існуючих правил і норм поведінки в суспільстві, самоутвердитися внаслідок приниження інших осіб, протиставити себе іншим громадянам, суспільству, державі.

При цьому не можна ототожнювати будь-яку особу, у т.ч. політика чи представника влади, із суспільством. Тому самі по собі висміювання або інший прояв особистої неприязні та явної неповаги до тієї чи іншої особи, навіть до глави держави, без порушення спокою інших громадян, без хуліганського мотиву ніким не можуть бути розцінені як неповага до суспільства в аспекті ст. 296 КК. Стаття 34 Конституції України гарантує кожному право на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Тому здійснюване владою обмеження цих прав, зокрема права висміювати окремих представників влади, висловлювати своє невдоволення політикою, що ними проводиться, є неконституційним, оскільки названі дії не загрожують національній безпеці, територіальній цілісності чи громадському порядку – вони є проявом вільної і рівної у своїй гідності й правах людини в демократичній і правовій державі.

Якщо законодавець, керуючись принципом юридичної визначеності, вважатиме за необхідне прямо встановити кримінальну відповідальність за образу державного діяча, то це питання необхідно буде вирішувати з урахуванням балансу між зазначеними правами людини та інтересами авторитету держави.

Згідно з чинною конструкцією складу злочину, передбаченого ст. 296 КК, хуліганський мотив загалом є основною ознакою, за якою злочин, передбачений ст. 296 КК, слід відмежовувати від суміжних злочинів:

- якщо хуліганство виявляється в насильстві чи погрозах – від побоїв і мордування, умисного заподіяння тілесних ушкоджень, погрози вбивством чи знищенням майна (зокрема, ст.ст. 122, 125, 126, 129, 195, 345);

- якщо в образливому чіплянні до громадян – від примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154), порушення недоторканності житла (ст. 162) і перешкоджання здійсненню релігійного обряду (ст. 180);

- якщо в ексгібіціоністських діях – від розбещення неповнолітніх (ст. 156);

– якщо у підпалі чи вибуху – від диверсії (ст. 113) і терористичного акту (ст. 258), а якщо у погрозі ними – від завідомо неправдивого повідомлення про загрозу безпеці громадян (ст. 259);

– якщо у вандалізмі – від осквернення чи знищення релігійних святинь (ст. 179), умисного знищення чи пошкодження чужого майна (ст. 194) або об'єктів житлово-комунального господарства (ст. 270-1), наружи над державними символами (ст. 338) тощо.

Злочини, які можуть бути вчинені з хуліганських мотивів (а це злочини, передбачені ст.ст. 115, 297, 299 КК), треба відмежовувати від злочину, передбаченого ст. 296, насамперед за ознаками об'єктивної сторони.

5.6.2.4. З метою конкретизації підстав кримінальної відповідальності за хуліганство у майбутньому необхідно було б безпосередньо в законі визначити його без використання оціночних ознак. Для цього потрібно уважно вивчити судову практику щодо засудження за конкретні випадки хуліганських дій та суміжні злочинні діяння, а також судову та іншу статистику і на цій основі виокремити ті із них, що дійсно потребують криміналізації. Доцільно визначити хуліганство:

1) як злочин – вчинене без будь-якої причини чи з використанням малозначного приводу порушення громадського порядку і спокою людей, що супроводжується зухвалим влаштуванням бійки або тривалим і впертим знущанням над особою, яка перебуває у безпорадному стані, або над дитиною, вагітною жінкою чи особою похилого віку, або знищенням чи пошкодженням чужого майна, або порушенням нормальної роботи транспорту, підприємства, установи чи організації, або винятково цинічним проявом безсоромності;

2) як кримінальний проступок (дрібне хуліганство) – грубе порушення громадського порядку чи спокою людей, зокрема шляхом: голосної нецензурної лайки чи співання непристойних пісень в громадському місці чи в присутності дітей чи жінок, або гучного співу, вигуків чи користування звуковідтворювальною апаратурою, незаконного проведення салютів, феєрверків, використання піротехнічних засобів у нічний час, або тривалих вигуків, свисту або створення іншого шуму під час демонстрації кінофільмів чи спектаклів, або образливого чіпляння до людини, що зневажає честь і гідність потерпілого чи утискає його волю, або вторгнення в громадське місце всупереч забороні осіб, які слідкують за порядком, або справляння природних потреб в населеному пункті у невідведеному для цього місці, або появи в повністю оголеному вигляді у громадському місці (ексгібіціонізм), крім спеціально визначених місць для відпочинку нудистів, або самовільного без потреби зупинення чи спроби зупинення громадського транспорту, що створило небезпеку аварії, або осквернення об'єктів культурної спадщини чи іншого громадського майна (вандалізм), або нанесення непристойних

малюнків на тротуари, стіни, паркани, двері, інші предмети, або вчинення на них написів нецензурного змісту.

Подальша судова практика застосування положень кримінального закону щодо хуліганства дасть можливість більш точно визначити напрямки їх удосконалення.

5.6.2.5. В контексті відповідальності за к.пр. проти громадського порядку варто згадати також про прийнятий 8 липня 2011 р. Закон «Про особливості забезпечення громадського порядку та громадської безпеки у зв'язку з підготовкою та проведенням футбольних матчів».

Відповідно до його ст. 17 глядачі зобов'язані не лише дотримуватися правил поведінки на території спортивної споруди, а й з метою дотримання громадського порядку виконувати законні вимоги стюардів, волонтерів, працівників служби безпеки спортивної споруди (футбольного клубу), правоохоронних органів, а також інформувати зазначених осіб про виявлені загрози громадському порядку та громадській безпеці. Глядачам забороняється: проносити та/або вживати на території спортивної споруди алкогольні, слабоалкогольні напої або пиво у скляній тарі; перебувати у стані алкогольного або наркотичного сп'яніння; користуватися джерелами відкритого вогню; проносити на її територію та/або використовувати вогнепальну, холодну чи іншу зброю, колючо-ріжучі предмети та предмети, що можуть бути використані для заподіяння тілесних ушкоджень, боєприпаси, вибухові речовини, піротехнічні вироби, легкозаймисті речовини, їдкі речовини, інші подібні предмети, засоби і речовини.

Крім фізичних осіб, за певні порушення несуть відповідальність і юридичні особи – суб'єкти забезпечення громадського порядку та громадської безпеки. Фінансові санкції у вигляді штрафу від 100 до 200 нмдг накладаються на них, наприклад, за неповідомлення футбольним клубом встановлених законом осіб про організований виїзд глядачів.

Таким чином, враховано, що забезпечення громадського порядку одними лише засобами кримінального права неможливо.

5.6.3. Проблеми криміналізації деяких діянь проти моральності

5.6.3.1. В Єдиному державному реєстрі судових рішень іноді можна зустріти надто неочікувані вирoki.

Одним з таких є вирок у справі двох осіб – сина і матері, який 22 серпня 2012 р. виніс Пологівський районний суд Запорізької області, засудивши їх за ч. 2 ст. 297 КК України до трьох років обмеження волі кожному зі звільненням від відбування покарання з випробуванням.

За обставинами справи А. на ґрунті таких, що раптово виникли, особистих неприязних відносин наніс один удар долонею руки по потилиці Б., від чого вона упала на підлогу і згодом цього самого дня померла. Зневажаючи суспільною мораллю в сфері поважного ставлення до померлих, не вживши

заходів до поховання трупа згідно з традиціями суспільства, не виконавши вимоги ст. 6 Закону «Про поховання та похоронну справу», порушуючи право людини на поховання її трупа і належне ставлення до тіла після смерті, опоганюючи тим самим пам'ять про померлу людину, А. та його мати не поховали померлу людину. Мати А. вивезла труп за межі домоволодіння і викинула в занедбаний колодязь. За кілька місяців труп розклався, і за висновком судово-медичної експертизи встановити причину смерті потерпілої не було можливим через виразність пізніх трупних явищ. Підсудним було інкриміновано поругу над тілом (останками) померлого.*

Загалом об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 297 КК, полягає у:

1) **нарузі** над могилою, іншим місцем поховання, над тілом (останками, прахом) померлого або урною з прахом померлого (ч. 1 ст. 297). Способи вчинення наруги в законі не визначені і можуть бути будь-якими: руйнування надмогильних споруд чи осквернення їх шляхом вчинення непристойних малюнків, надписів; розкопування місця поховання; оголення, розчленування трупа чи його знищення;

2) **незаконному заволодінні** тілом (останками, прахом) померлого, урною з прахом померлого, предметами, що знаходяться на (в) могилі, іншому місці поховання, на тілі (останкові, прахові) померлого (ч. 1 ст. 297). Воно передбачає протиправне вилучення і привласнення тіла (останків, праху) чи вказаних предметів. Це може бути заволодіння тілом (останками, прахом) задля отримання викупу за нього (них) або органами померлого для їх використання з метою трансплантації, демонтаж могильних плит, пам'ятників, загорож, вінків, які знаходяться на могилі, звернення на свою користь коштовностей, які є на тілі, тощо;

3) **оскверненні або руйнуванні** братської могили чи могили Невідомого солдата, пам'ятника, спорудженого в пам'ять тих, хто боровся проти нацизму в роки Другої світової війни – радянських воїнів-визволителів, учасників партизанського руху, підпільників, жертв нацистських переслідувань, а також воїнів-інтернаціоналістів та миротворців (ч. 2 ст. 297).

При кваліфікації цього злочину слід мати на увазі деякі нюанси суб'єктивної сторони. Так, у випадках, коли наруга над могилою, над трупом тощо вчинена через необережність, складу злочину немає. Якщо його вчинено умисно та з корисливих чи хуліганських мотивів, відповідальність настає за ч. 3 ст. 297 (при цьому додаткової кваліфікації за ст. 296 або статтями про корисливі злочини проти власності не потрібно), а у разі його умисного вчинення з інших мотивів (національна, релігійна чи політична нетерпимість, помста померлому чи його близьким, заздрість тощо) – за частинами 1 чи 2 ст. 297 КК.

Через помилку законодавця зміст положень частин 2 і 3 цієї статті частково збігається. Тому відповідні діяння слід кваліфікувати так:

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 25713611 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

- наругу над пам'ятником, який водночас є місцем поховання тих, хто боровся проти нацизму в роки Другої світової війни, жертв нацистських переслідувань, воїнів-інтернаціоналістів та миротворців, – за ч. 3 ст. 297;
- незаконне заволодіння тілом (останками, прахом) осіб, які боролись проти нацизму в роки Другої світової війни, жертв нацистських переслідувань, воїнів-інтернаціоналістів та миротворців, урною з їхнім прахом, предметами, що знаходяться у такому місці поховання, на тілі (останкові, прахові) похованого, – за ч. 3 ст. 297;
- осквернення або руйнування братської могили чи могили Невідомого солдата – за ч. 2 ст. 297;
- осквернення або руйнування пам'ятника, спорудженого в пам'ять тих, хто боровся проти нацизму в роки Другої світової війни, жертв нацистських переслідувань, а також воїнів-інтернаціоналістів та миротворців, – за ч. 2 ст. 297 КК.

5.6.3.2. Основним безпосереднім об'єктом **сутенерства і втягнення особи в заняття проституцією** (від лат. *prostituo* – ганьблю, осоромлюю), передбаченого ст. 303 КК, вважають моральні засади суспільства. Ніби суспільна мораль вимагає, щоб зв'язки між людьми для задоволення статевих потреб встановлювалися на основі особистої симпатії, не допускає ведення статевого життя за винагороду та виникнення аморальних джерел доходів. Напевно, це так і є. Водночас не можна заперечувати і того факту, що у багатьох вельми цивілізованих державах світу проституція і сутенерство є легалізованими, відтак – правомірними явищами.

Загалом з приводу легалізації проституції (а отже, і сутенерства) існують дві протилежні точки зору*, які необхідно знати і брати до уваги при вирішенні цього складного питання (**див. табл. 25**).

Таблиця 25. **Деякі аргументи «pro» і «contra» легалізації проституції**

Аргументи дозвільної точки зору	Аргументи аболіціоністської точки зору
Проституція легалізована в Бельгії, Нідерландах, Німеччині, Бразилії, Англії, Угорщині, Швейцарії, Франції, Туреччині, Камбоджі та ін.	У більшості країн світу проституція є незаконною діяльністю
Проститутки в публічних будинках регулярно тестуються на венеричні захворювання і ВІЛ/СНІД. Легалізація проституції дозволить знизити ризик захворюваності на венеричні хвороби і ВІЛ/СНІД як самих проститутток, так і їх клієнтів. Якщо клієнти будуть офіційно реєструватися, то можна буде знайти сліди багатьох цих хвороб, що наразі неможливо	Проститутки є основними розповсюджувачами венеричних захворювань і ВІЛ/СНІД. Обов'язкова реєстрація і перевірка здоров'я, що випливають з легалізації проституції, є формою дискримінації як проститутки, так і її клієнта

* Буряк М.Ю., Ерохіна Л.Д. Торговля жінками і дітьми в цілях сексуальної експлуатації в соціальної і кримінологічної перспективі. – М.: Профобразование, 2003. – 432 с. (С. 172–182).

Легалізація проституції забезпечує контроль над діяльністю власників публічних домов і над організованою злочинністю у цій сфері та її тіньовими доходами. Проститутки зможуть звертатися за правовим захистом у випадках шантажу, насильства або зґвалтування. Наразі багато з них не можуть звернутися зі скаргами на жорстоке поводження з ними з боку клієнтів чи сутенерів, тому що будуть обвинувачені в проституції	Легалізація не знизить рівень проституції і навпаки призведе до значного її збільшення та криміналізації, ускладнить можливість доведення фактів примушування і насильства щодо проститутток
Заборона на легалізацію проституції не розв'язує проблему її існування. Сутенери успішно обходять закон, рекрутуючи жінок для роботи в ескорті, масажних кабінетах, нічних клубах та інших місцях, що маскують проституцію	Проститутки і сутенери однаково не будуть платити податків. Є тисяча способів від них ухилитися, як це і робить значна частина населення
Незважаючи на всі заборони і заходи протидії, дотепер не вдалося знайти дієвих способів знищення проституції	У православній країні, де блуд – це гріх, легалізація проституції створить ілюзію допустимості гріха
Лицемірством є заборона проституції при її популяризації в ЗМІ, кіно, театрах тощо та її фактичному використанні навіть відомими політиками	Відкрите визнання існування проституції, оприлюднення доходів проститутток викличе приплив молодих дівчат у цю сферу бізнесу і знищить залишки суспільної моральності
Аморальною можна оголосити державу і за те, що вона не вирішує економічні проблеми жінок. Тому більш морально дозволити жінкам заробляти своєю працею	Аморальним є перетворення жіночого тіла й жіночої сексуальності в офіційно узаконений товар для продажу та здобуття прибутку

Треба згадати, що у 2001–2005 рр. в Україні існувала кримінальна відповідальність за проституцію. Законом від 12 січня 2006 р., яким внесені зміни до ст. 303 КК, її скасовано.

При цьому було враховано, зокрема, і вкрай невдале визначення проституції, яке містив КК, – «надання сексуальних послуг з метою отримання доходу». Виникали каверзні запитання: а чи є доходом у цьому контексті вручення одягу, прикрас, дорогої косметики, пригощання вечерею або оплата туристичної путівки? а чи може визнаватися угодою про оплату угода, коли точна ціна не була названа? а що саме вважати сексуальними послугами?..

Загалом на практиці надто важко дати чітке визначення проституції і відмежувати її від так званої легкої поведінки та інших схожих діянь, навіть від шлюбу за розрахунком. У різні часи законодавство і доктрина різних держав пропонували такі визначення проституції: «продаж жінкою своїх сексуальних пещень різним особам»; «статеві зносини з різними партнерами за винагороду чи обіцянку винагороду»; «здійснення, згода чи пропозиція здійснити статеві зносини з іншою особою за винагороду»; «звичне спілкування жінки з різними чоловіками з метою статевого задоволення за винагороду»; «діяння, спрямоване на вилучення матеріальної вигоди, вчинюване у вигляді промислу шляхом вступу у статеві зв'язки»; «систематичний (у вигляді промислу) вступ у статевий зв'язок за винагороду, яка служить основним або істотним додатковим джерелом засобів для обраного способу життя»; «пропонування жінкою свого тіла для безладного розпутства за плату»; «професійне задоволення сексуальних потреб клієнтів за плату» тощо.

5.6.3.3. Наразі відповідальність за заняття проституцією передбачена у ст. 181-1 КАП. Отже, проституція в Україні є нелегальною діяльністю.

Кримінально караними діяннями у сфері секс-бізнесу в Україні визнаються:

- здійснення незаконної угоди щодо людини або вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини з метою її сексуальної експлуатації чи використання в порнобізнесі (ст. 149);
- примушування до створення творів, зображень або інших предметів порнографічного характеру (ст. 301), у т.ч. щодо неповнолітніх (ч. 4 ст. 301);
- створення або утримання місць розпусти (ст. 302). Такими місцями і є, зокрема, підпільні публічні будинки, замасковані лазнями, масажними кабінетами, нічними клубами тощо;
- звідництво для розпусти (ст. 302);
- втягнення особи в заняття проституцією (ст. 303);
- примушування до заняття проституцією (ст. 303);
- сутенерство (ст. 303).

Усі ці злочини необхідно розмежовувати між собою. Однак здійснення незаконної угоди щодо людини або вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини з метою її сексуальної експлуатації чи використання в порнобізнесі, поєднані з подальшим втягненням особи в заняття проституцією чи з примушуванням її до заняття проституцією, треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ст. 149 і ст. 303, оскільки перший із цих злочинів є злочином з формальним складом і вважається закінченим ще до того, як може бути почато вчинення другого. Те саме стосується і випадків, коли після незаконної угоди щодо людини тощо має місце примушування її до створення творів, зображень або інших предметів порнографічного характеру (ст. 301).

У частині звідництва для розпусти склад злочину, передбаченого ст. 302, є загальним щодо втягнення особи в заняття проституцією та сутенерства (якщо останнє полягає в діях, що зовні нагадують звідництво). Тому, якщо йдеться про вплив на свідомість жінки шляхом умовляння, розпалювання низьких спонукань, переконування в доцільності, вигідності певної поведінки тощо з метою її залучення в проституцію, діяння слід кваліфікувати за ст. 303; якщо воно здійснюється з метою організації групових сексуальних дій, безладних статевих стосунків поза межами проституції – за ст. 302 КК.

5.6.3.4. Що стосується досвіду інших держав в контексті криміналізації проституції і сутенерства, то можна навести такі приклади.

Винними діяннями у КК Естонії визнаються, зокрема: схилення неповнолітнього до заняття проституцією; посередництво, надання приміщення чи інше сприяння заняттю неповнолітнім проституцією (ст.ст. 175–179).

КК Болгарії схилення жінки до зайняття проституцією, схилення чи примушування до вживання наркотичних засобів з метою втягнення у

проституцію, у статеві зносини, гомосексуальні чи розпусні дії (ст. 155) поряд з іншими злочинами сексуального характеру охоплює поняттям «розпуса». Караними є також зведення інших осіб для вчинення гомосексуальних дій та схиляння до них (ч. 5 ст. 157).

За КК Польщі караються схиляння до проституції чи полегшення її з метою одержання майнової вигоди, одержання майнової вигоди від зайняття проституцією іншою особою, вивезення іншої особи за кордон з метою заняття проституцією (ст. 204).

КК Швейцарії передбачає відповідальність за сприяння заняттю проституцією (ст. 195) і за порушення приписів про місце, час чи вид заняття проституцією (ст. 199).

Згідно з КК Австрії караними є схиляння до професійній проституції, сутенерство, торгівля людьми з метою заняття професійною проституцією (§ 213–217). Раніше цей КК передбачав відповідальність за «професійне мужолозтво» (§ 220), але наразі цей параграф скасовано.

КК Данії відносить до статевого злочинів вступ у сексуальні зносини з особою, яка не досягла 18 років і заробляє собі на життя повністю чи частково проституцією (§ 223-а). Положення цього параграфу застосовуються аналогічно і у зв'язку з сексуальними зносинами з особою тієї самої статі (§ 225).

Згідно з КК ФРН сприяння проституції (§ 180-а) може полягати в: утриманні закладу чи професійному керуванні закладом, в якому люди займаються проституцією і при цьому перебувають в особистій чи матеріальній залежності, та їм надається відповідне сприяння; наданні дитині квартири для заняття проституцією. Сутенерство у § 181-а вельми детально і оригінально визначене як дії особи, яка: експлуатує у своїх цілях іншу особу, яка займається проституцією або слідує за виконанням сексуальних дій іншої особи з метою отримання майнової вигоди, визначає місце, час, тривалість чи інші обставини заняття проституцією або вживає заходів, які мають утримати особу від того, щоб припинити заняття проституцією і, беручи це до уваги, підтримує з нею такі відносини, які виходять за рамки одиничного випадку. У цій статті спеціально наголошується, що карається за сутенерство і особа, яка вчинила відповідні дії стосовно другого з подружжя. Власне заняття проституцією карається тільки тоді, коли особа: умисно порушує заборону щодо заняття проституцією у певних місцях чи у певний час доби (§ 184-а), а так само займається проституцією неподалік від школи чи іншого місця, призначеного для дітей, у будинку, де проживають діти, таким чином, що заподіює їм моральну шкоду.

КК Італії у 1998 р. було доповнено кількома новими статтями, які встановили відповідальність за: спонукання дитини до проституції, експлуатацію дитячої проституції, вчинення сексуальних дій з дитиною за плату, крім випадків, коли це діяння становить більш серйозний злочин (ст. 600-bis). Згідно з ст. 600-sexies відповідальність за ці діяння диференціюється залежно від віку дитини, факту застосування насиль-

ства чи погроз, а також від ознак суб'єкта злочину (якщо він є батьком, родичем, опікуном, іншою особою, яка зобов'язана турбуватися про дитину, покарання суттєво збільшується).

У КК Іспанії (розділ VIII «Злочини проти статевої волі» Книги 2) є спеціальна глава IV «Злочини, пов'язані із заняттям проституцією». Згідно з нею караються: примушування, спонукання чи сприяння проституції особи, яка не досягла 18 років або страждає на психічне захворювання (ст. 187); примушування особи старшої за 18 років, із застосуванням сили, скрутного стану потерпілого чи свого становища, до заняття проституцією; експлуатація проституції, навіть за згодою особи (обтяжують цей злочин вчинення його: державним службовцем з використанням влади; щодо неповнолітньої чи психічно неповноцінної особи) (ст. 188).

КК Норвегії до злочинів сексуального характеру відносить примушування займатися проституцією або продовжувати займатися проституцією, заохочення занять проституцією або використання проституції іншої особи, надання в оренду приміщень для заняття проституцією або демонстрація «грубої недбалості» стосовно занять проституцією у наданому в оренду приміщенні (§ 202); сексуальний контакт чи статевий акт за плату з особою у віці до 18 років (§ 203).

КК Сан-Марино передбачена відповідальність за торгівлю живим товаром для зайняття проституцією за кордоном (ст. 268); спонукання до заняття проституцією (ст. 269); утримання чи керування будинком для заняття проституцією (ст. 270); експлуатацію проституції (ст. 271); сприяння проституції (ст. 272). Відповідно до ст. 149 проституцією у цьому КК визнається торгівля власним тілом з метою збагачення. Обставинами, що обтяжують злочин, передбачений ст. 269, визнаються насильство, погроза чи обман, вчинення його щодо неповнолітньої особи, особи, яка перебуває у хворобливому стані, або особи, яка є родичем по спадній, висхідній чи прямій лінії, усиновлювачем чи усиновленим, чоловіком (дружиною), братом чи сестрою. Якщо злочини, передбачені ст.ст. 268, 269, 272 і 274, вчинені батьком, усиновлювачем чи піклувальником, обов'язковим додатковим покаранням є позбавлення права на батьківство і опіку (ст. 277). Водночас кримінальними проступками цей КК визнає: вчинену у громадському місці пропозицію іншій особі вчинити статевий акт; пропозицію послуг щодо проституції у ЗМІ; виставлення себе напоказ у громадському місці з метою підібрати собі клієнтів (ст. 278); терпимість до присутності проститутток з боку власників клубів, дискотек, кафе (ст. 279).

Література

- Кузнецов В.В. Кримінально-правова охорона громадського порядку та моральності в українському вимірі: Монографія. – К.: Інтерсервіс, 2012. – 908 с.
- Налуцишин В.В. Кримінальна відповідальність за хуліганство (ст. 296 КК України): Монографія. – Харків: Харків юридичний, 2009. – 252 с.

- Олійничук Р.П. Кримінально-правова характеристика групового порушення громадського порядку: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 19 с.
- Плотнікова А.В. Кримінальна відповідальність за організацію заняття проституцією: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 20 с.
- Хавронюк Н. Что такое хорошо и что такое плохо? Верховный Совет Украины принял Закон Украины «О защите общественной морали» // Юридическая практика. – 2003. – № 52.

Запитання та завдання

1. Поясніть, які вади ст.ст. 293–296 КК України заважають точному й однаковому застосуванню норм, що в них містяться?
2. Проаналізуйте дані Єдиного державного реєстру судових рішень з точки зору того, які прояви, як правило, має хуліганство, передбачене ст. 296 КК України.
3. Чи потрібна і чи можлива в Україні легалізація або, навпаки, криміналізація зайняття проституцією і сутенерством? Обґрунтуйте свою позицію.

Рекомендуємо прочитати

- Максим Горький «Місто Окурів».
- Василь Шукшин «Материнське серце».
- Федеріко Моччіа «Три метри над небом».
- Всеволод Крестовський «Петербурзькі нетрі».

Радимо подивитись

- Один день в суді (Італія, 1954, режисер Стено (Карло Ванцино)).
- Хулігани (США, Велика Британія, 2004, режисер Лексі Александр).

5.7. Кримінальні правопорушення проти здоров'я населення

5.7.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти здоров'я населення

5.7.1.1. У сучасних умовах, мабуть, немає такого іншого злочинного феномену, який за тяжкістю наслідків для людства, темпом зростання масштабів і географічною поширеністю можна було б порівняти з незаконним обігом наркотиків. У преамбулі Конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 20 грудня 1988 р., ратифікованої Україною 25 квітня 1991 р., зазначається, що незаконний обіг наркотиків забезпечує надходження зло-

чинцям значних фінансів, що дозволяє їм справляти негативний вплив на діяльність урядових механізмів, торговельну і фінансову діяльність, суспільство загалом.

Виокремлення норм про відповідальність за злочини у сфері обігу наркотиків та вчинення інших злочинів, що посягають на здоров'я населення, у самостійний розділ Особливої частини відбулося з прийняттям КК України 2001 р. Водночас існує чимало держав, в яких кримінально-правові норми про відповідальність за вказані злочини містяться не у КК, а у спеціальних законах (наприклад, Австрія, Ізраїль, Італія, Канада, Нідерланди, Польща, ФРН, Швеція).

Назва розділу XIII Особливої частини КК є показовою у тому сенсі, що основний його зміст становлять норми про відповідальність за злочини, пов'язані з наркотизмом. Частка норм, присвячена іншим злочинам проти здоров'я населення, є відносно незначною. Але не всі к.пр., які є елементами незаконного обігу наркотиків, посягають на народне здоров'я. У зв'язку з цим на етапі опрацювання проекту чинного наразі КК України у літературі обґрунтовувалась доцільність виділення в його структурі спеціального розділу «Злочини у сфері обігу наркотичних засобів» поряд із самостійним розділом «Злочини проти здоров'я населення»*.

Всього у КК України містяться 16 складів «наркотичних» злочинів. Така кількість видається надмірною, у т.ч. з огляду на відповідний зарубіжний досвід.

Серед держав СНД і Балтії найменша кількість складів «наркотичних» злочинів (вісім) має місце у КК Литви та Узбекистану. Щодо інших європейських та азійських держав, то найбільша кількість відповідних складів злочинів зосереджена у КК Болгарії (вісім) і КНР (дев'ять), а найменша – у КК Данії і Норвегії (три). Водночас у КК штату Нью-Йорк нараховується 33 статті, що описують такі склади злочинів.

Взагалі з урахуванням міжнародних документів, законодавчого досвіду інших держав, слідчої та судової практики, здобутків доктрини у КК України мали б бути залишені тільки ст.ст. 307, 308, 309, 310, 311, 315, 317, 320; інші норми про відповідальність за «наркотичні» злочини доцільно або вилучити, або об'єднати з подібними за своєю спрямованістю**.

5.7.1.2. **Суспільна небезпека** аналізованих к.пр. визначається насамперед поширенням і згубним впливом наркоманії і токсикоманії на не-

* Музика А.А. Незаконний обіг наркотичних засобів в Україні: (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 1998. – С. 6–7, 20.

** Музика А.А., Горюх О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення: Монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2012. – С. 334–335.

визначене коло людей, їх свідомість, мораль, спосіб життя. Залучення до наркотиків врешті-решт тягне знищення людини як біологічного організму, а на ранніх стадіях – деградацію всіх життєво важливих інтересів (фізичних, психічних, духовних тощо). Наркотицизм є родючим ґрунтом існування як організованої, так і «звичайної» злочинності. Щороку особами, які перебувають у стані наркотичного сп'яніння, вчинюється 10–14 тис. злочинів, серед яких превалюють убивства, тілесні ушкодження, розбої, грабежі і крадіжки.

За оцінкою ВООЗ, якщо частка наркоманів у структурі суспільства перевищує 7%, це свідчить про початок незворотних процесів деградації населення країни. Беручи до уваги те, що споживачами наркотиків переважно є особи у віці від 15 до 44 років, фактично близько 7,5% нашого населення зазначеного віку зловживають наркотиками, тобто кризову межу Україна вже «переступила». Якщо врахувати також стійку тенденцію до погіршення демографічної ситуації, зростання кількості алкоголіків, хворих на СНІД і туберкульоз, онко- і психічнохворих, можна зробити невтішний висновок про те, що генетична безпека Українського народу вже перебуває на стадії самознищення. Ситуація у деяких наших сусідів є не кращою. Наприклад, у РФ приблизно 18 млн осіб (тобто 12,5% населення країни) хоча б раз у житті вживали наркотик. Регулярно відповідні речовини вживають 8 млн людей, тобто 5,6% населення. Лише «героїнових» наркоманів у РФ нараховується 1,5 млн осіб**.*

5.7.1.3. Кримінально карані посягання на здоров'я населення можуть бути поділені на к.пр., пов'язані з незаконним: 1) обігом наркотичних засобів та інших предметів, небезпечних для здоров'я населення; 2) заволодінням наркотичними засобами та іншими небезпечними предметами; 3) вживанням наркотичних та інших небезпечних предметів, а також на 4) інші к.пр. проти здоров'я населення***.

Переважна більшість їх належить до числа предметних. Відповідними предметами є: наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги або прекурсори (ст.ст. 305, 307–310, 311, 312, 314–316, 320); лікарські засоби (ст. 321-2); фальсифіковані лікарські засоби (ст.ст. 305, 321-1); обладнання, призначене для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 313); підроблені чи незаконно одержані документи, які дають право на отримання наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів (ст. 318); рецепт на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин (ст. 319); от-

* Музика А.А., Горюх О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення: Монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2012. – С. 7–8.

** Как был побежден «крокодил» // Юридичний вісник України. – 2013. – № 45.

*** Про інші можливі класифікації розглядуваних діянь див.: Фесенко Є.В. Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – С. 94–101.

руйні та сильнодіючі речовини, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, а також отруйні і сильнодіючі лікарські засоби (ст. 321); обладнання, призначене для виробництва чи виготовлення отруйних або сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів (ст. 321); допінг (ст. 323); одурманюючі засоби, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами (ст. 324); мікробіологічні та біологічні агенти чи токсини (ст. 326); продукти харчування або інша продукція, радіоактивно забруднена понад допустимі норми (ст. 327); кошти, здобуті від незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, а також доходи (кошти і майно), здобуті від вказаного обігу (ст. 306). У складі к.пр., передбаченого ст. 314 КК («Незаконне введення в організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів»), відповідні засоби і речовини виступають не предметом, а знаряддям вчинення к.пр.

При з'ясуванні ознак предметів «наркотичних» к.пр. слід звертатися передусім до законів «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори» і «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними», а також постанови КМ від 6 травня 2000 р. № 770 «Про затвердження Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів».

Перелік постійно зазнає змін. Значною мірою процес удосконалення Переліку зумовлений прагненням правопорушників уникнути кримінальної відповідальності шляхом винаходу нових засобів, відсутніх у Переліку. Потрапляючи на ринки збуту, нові речовини стають відомі не лише наркозалежним особам, а і (при їх вилученні) правоохоронним органам, які найчастіше і виступають ініціаторами розширення Переліку*.

*До речі, згідно із Законом ФРН про обіг наркотичних засобів у редакції від 1 березня 1994 р. уряд Німеччини після ознайомлення з експертним висновком і отримання згоди бундесрату має право змінювати нормативно визначений перелік речовин і сполук, що визнаються наркотичними засобами. Зокрема, цей перелік може бути змінений у випадках, якщо: на підставі наукових досліджень встановлено, що певна речовина може викликати залежність; існує можливість того, що безпосередньо з відповідної речовини або при її використанні може бути отриманий наркотичний засіб; це потрібно для підтримання громадської безпеки або для контролю за обігом наркотичних засобів чи інших речовин або сполук, якщо мають місце зловживання при їх використанні або існує безпосередня чи можлива загроза здоров'ю людей**.*

* Торгоненко А. Урядовці проти підпільних науковців: чи переможе інтелект винахідливість? // Ім'я Закону. – 2011. – № 12.

** Серебренникова А.В. Закон об обороте наркотических средств Германии: общая характеристика // Вестник Московского ун-та: Серия 11. Право. – 2004. – № 3. – С. 62–63.

Відповідно до українського законодавства наркотичні засоби – це речовини природні чи синтетичні, препарати, рослини, включені до Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів. Так, особливо небезпечними наркотичними засобами, обіг яких заборонено, визнані героїн, канабіс, кокаїновий кущ та кока лист, макова солома, опій та опій ацетильований, а наркотичними засобами, обіг яких обмежено, зокрема, кодеїн, кокаїн, метадон, морфін і трамадол.

З 1987 р. вітчизняний законодавець замість терміна «наркотична речовина» цілком виправдано послуговується поняттям «наркотичний засіб», адже наркотиками можуть бути не лише речовини, тобто однорідні подільні маси (пасти, плитки, кульки, таблетки тощо), а і різноманітні рідини (відвари, настоянки, екстракти тощо), наркотиковмісні рослини та їх частини. Наркотичними визнаються різні за походженням засоби, які специфічним чином впливають на людський організм – викликають наркотичне сп'яніння, ейфорію, психічну і фізичну залежність, звикання (толерантність) до все зростаючих доз, а за умов позбавлення наркотиків – абстинентний синдром (так звана «ломка»). Звичною причиною немедичного вживання наркотичних засобів є їх здатність певним чином впливати на центральну нервову систему людини – стимулювати, заспокоювати, викликати радість, галюцинації тощо.

Найбільш поширеним у сьогоденній Україні є нелегальний обіг опійного маку і конопель. Україна займає друге місце після Росії серед східноєвропейських держав за обсягами нелегального ринку опіатів*. До останніх належать опій, ацетильований опій, макова солома (кокнар), героїн, морфін, кодеїн, метадон тощо.

Прекурсори наркотичних засобів і психотропних речовин (далі – прекурсори) – це речовини, які використовуються для виробництва, виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин, включені до Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів. До прекурсорів, обіг яких обмежено і стосовно яких встановлюються заходи контролю, віднесено, зокрема, ефедрин, лізергінову кислоту, ангідрид оцтової кислоти; прекурсорами, стосовно яких встановлено заходи контролю, є ацетон, етиловий ефір, калію перманганат, сірчана та соляна кислоти, толуол, а також солі перелічених речовин. Цікаво, що законодавець деяких держав (Іспанія, Перу тощо), не вживаючи термін «прекурсори», говорить про сировину для виробництва наркотиків.

Психотропні речовини – це речовини природні чи синтетичні, препарати, природні матеріали, включені до Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів. Так, особливо небезпечними психотропними речовинами, обіг яких заборонено, визнані ЛСД, мескалін,

* Доклад міжнародного комітета по контролю над наркотиками за 2009 год. – Нью-Йорк, 2010. – С. 139; Всемирный доклад о наркотиках за 2010 год. – Нью-Йорк, 2010. – С. 155.

псилоцин; психотропними речовинами, обіг яких обмежено, є амфетамін, метамфетамін, сибутрамін; до психотропних речовин, обіг яких обмежено і стосовно яких допускається виключення деяких заходів контролю, віднесено барбітал, феназепам, а також солі перелічених речовин.

До 1995 р. кримінальне і адміністративне законодавство не знало поняття «психотропна речовина», появою якого людство «завдячує» розвитку фармацевтичної промисловості. Частина психотропних речовин розглядалася у судовій практиці як сильнодіючі речовини, іншу частину психотропних речовин Постійним комітетом з контролю за наркотиками при МОЗ колишнього СРСР було включено до переліку наркотичних речовин, тобто за своїм правовим режимом вони прирівнювались до власне наркотиків. На міжнародному рівні проблема таких речовин знайшла комплексне відображення у Конвенції ООН 1971 р. про психотропні речовини, ратифікованій Президією Верховної Ради УРСР 27 жовтня 1978 р. У цій Конвенції зазначається, що за своїми властивостями психотропні речовини справляють стимулюючий або депресивний вплив на центральну нервову систему, викликають галюцинації, порушення моторної функції, мислення, поведінки, сприйняття або настрою, формують залежність. Від наркотичних засобів психотропні речовини відрізняються тим, що зловживання останніми не супроводжується абстинентним синдромом («ломкою»).

Аналоги наркотичних засобів і психотропних речовин – це заборонені на території України до обігу (за загальним правилом, оскільки обіг аналогів наркотичних засобів і психотропних речовин забороняється, за винятком їх використання в експертній і оперативно-розшукової діяльності, а також у наукових і навчальних цілях – ст. 13 Закону «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори») синтетичні чи природні речовини, не включені до Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, хімічна структура та властивості яких подібні до хімічної структури та властивостей наркотичних засобів і психотропних речовин, психоактивну дію яких вони відтворюють. Фактично аналоги виготовляються шляхом незначної зміни молекулярної структури існуючих засобів і речовин з метою уникнення встановлених державою заходів контролю за наркотиками.

Отруйні та сильнодіючі речовини відрізняються від наркотичних засобів і психотропних речовин тим, що вони не викликають захворювання на наркоманію чи токсикоманію. Тому вони не підлягають включенню до класифікаційних таблиць наркотичних засобів та психотропних речовин, і відповідно на них не поширюється правовий режим, установлений Законом «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори». Відповідно до Закону «Про лікарські засоби» отруйні та сильнодіючі лікарські засоби – це лікарські засоби, віднесені МОЗ, відповідно, до отруйних та сильнодіючих. До отруйних лікарських засобів віднесено, наприклад, атропін та його солі (порошок), кетамін, а до сильнодіючих лікарських засобів – зокрема, димедрол (тверді форми) і клофелін (наказ МОЗ від 17 серпня 2007 р. № 490 «Про затвердження Переліків отруйних та сильнодіючих лікарських засобів»).

У регулятивному законодавстві існують певні прогалини щодо характеристики предметів аналізованих к.пр. Так, крім зазначеної у Законі «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори» подібності до хімічної структури та властивостей наркотичних засобів і психотропних речовин, відсутні критерії, за якими можна було б віднести той чи інший засіб до аналогів, – жодних нормативно визначених списків аналогів і таблиць їхніх розмірів немає. Оскільки наука поки що не сформулювала критеріїв для віднесення тих чи інших сполук до аналогів наркотичних засобів та психотропних речовин, у літературі висувається слушна пропозиція розробити спеціальний нормативно-правовий акт, який би містив критерії віднесення невідомих речовин до аналогів. Стверджується, що за відсутності юридичного критерію засобів і речовин, що належать до категорії заборонених для вільного обігу, притягнення особи до кримінальної відповідальності за незаконний обіг аналогів наркотичних засобів і психотропних речовин фактично є неможливим*.

Додатковою ознакою предмета відповідних к.пр. є розмір наркотичних засобів, психотропних речовин, прекурсорів, отруйних та сильнодіючих речовин, отруйних й сильнодіючих лікарських засобів, а так само фальсифікованих лікарських засобів. Наприклад, великий та особливо великий розміри наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів зазначені як кваліфікуюча та особливо кваліфікуюча ознаки незаконних виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання з метою збуту, а також збуту зазначених засобів і речовин (частини 2 і 3 ст. 307 КК).

Питання великого та особливо великого розмірів вказаних предметів врегульовано у наказах МОЗ від 1 серпня 2000 р. № 188 «Про затвердження Таблиць невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу» і від 31 серпня 2007 р. № 511 «Про затвердження Великих та особливо великих розмірів отруйних та сильнодіючих лікарських засобів, які знаходяться у незаконному обігу». Наприклад, атропін у кількості від 0,3 г до 3 г становить великі розміри, а 3 г і більше – особливо великі; клофелін від 0,15 г до 1,5 г – великі розміри, а 1,5 г і більше – особливо великі. Великим розміром визнається, зокрема, кількість героїну – від 1 до 10 г, кокаїну – від 1 до 15 г, трамадолу – від 5 до 50 г.

Таблиці, затверджені наказом МОЗ від 1 серпня 2000 р. № 188, розроблені з урахуванням даних про небезпечність для життя і здоров'я відповідних доз наркотичних засобів і психотропних речовин, про максимально допустимі дози вживання лікарських наркотичних засобів і

* Бублейник В.А. Боротьба з незаконним обігом наркотичних засобів: кримінально-правові та кримінологічні аспекти: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 6, 7, 10.

психотропних речовин, про частоту їх застосування у лікувальній практиці, про можливості втягнення у вживання інших засобів за допомогою відповідної кількості наркотичних засобів і психотропних речовин.

Розміри психотропних речовин розраховані згідно з існуючою міжнародною практикою, що базується на «визначеній добовій дозі» за даними Міжнародного комітету ООН з контролю за наркотиками. Показником розмірів засобів і речовин у таблицях обрано не вартість, а вагу та об'єм: розміри для наркотичних засобів і психотропних речовин затверджено у грамах, а для прекурсорів – у кілограмах і літрах. Працівники правоохоронних органів, які вилучають наркотики, інколи змушені звертатись до інших, невагових одиниць кількості засобів і речовин. Розміри виготовлених наркотичних засобів і психотропних речовин у вигляді екстрактів, витяжок, відварів, інших речовин згідно з існуючими методиками криміналістичних досліджень визначаються експертами в перерахунку на суху речовину.

Деякі наркотичні засоби та психотропні речовини не використовуються у медичній практиці, викликають швидку залежність від них, у зв'язку з чим їх невеликі розміри не можуть бути визначені (наприклад, героїн, ефедрон).

Окремі «наркотичні» злочини слід відмежовувати від адміністративних правопорушень саме за предметом. Так, незаконні виробництво, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту у невеликих розмірах утворюють склад адміністративного проступку, передбаченого ст. 44 КАП. Коли розмір наркотичних засобів або психотропних речовин перевищує невеликий розмір, відповідальність за вказані дії без мети збуту настає за ст. 309 КК.

Для порівняння: у ФРН суд має право відмовитись від призначення покарання, а органи прокуратури мають право припинити кримінальне переслідування, якщо виконавець виключно для власного споживання у незначному розмірі вирощує наркотичний засіб, виробляє, ввозить, вивозить, провозить, придбаває, іншим чином отримує або володіє наркотичним засобом.

Відповідальність за незаконні посів або вирощування снотворного маку чи конопель також диференційовано з урахуванням предмета вказаних діянь. Якщо має місце посів або вирощування снотворного маку у кількості до ста, а конопель – до десяти рослин, відповідальність має наставати за ст. 106-2 КАП, а якщо у більшій кількості, то повинна наставати кримінальна відповідальність (ст. 310 КК).

5.7.1.4. З об'єктивної сторони переважна більшість аналізованих к.пр. вчиняється шляхом дії. Бездіяльність може виступати ознакою об'єктивної сторони злочинів, передбачених, зокрема, ст. 320, ч. 2 ст. 321, ст.ст. 321-2, 325, 326 КК. Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони деяких складів к.пр. є місце їх вчинення (наприклад, ст.ст. 305, 316); причому

інколи вчинення к.пр. в певному місці відіграє роль кваліфікуючої ознаки (так, ч. 2 ст. 307 встановлює більш суворе покарання за незаконні дії з відповідними предметами у місцях масового перебування громадян).

Залежно від законодавчої конструкції к.пр., описані у статтях розділу XIII Особливої частини КК, можна поділити на к.пр.: 1) з формальним складом (наприклад, ст.ст. 305, 306, 309, 310, 311, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321); 2) з матеріальним складом (зокрема, ч. 1 і ч. 2 ст. 308 КК – у частині викрадення, привласнення, заволодіння наркотичними засобами, психотропними речовинами або їх аналогами шляхом шахрайства або зловживання службовою особою своїм службовим становищем, ч. 2 і ч. 3 ст. 314 – якщо дії призвели до наркотичної залежності потерпілого, або якщо вони заподіяли середньої тяжкості чи тяжке тілесне ушкодження потерпілому, або внаслідок них настала смерть потерпілого); 3) з усіченим складом (ч. 3 ст. 312 – у частині розбою з метою викрадення прекурсорів).

Суб'єкт розглядуваних к.пр., як правило, є загальним. До кримінальної відповідальності за вчинення викрадення, грабежу, розбою, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 308) може притягуватись і особа, якій виповнилось 14 років. Окремі к.пр. можуть бути вчинені лише повнолітньою особою (це стосується, зокрема, спонукання неповнолітніх до застосування допінгу). Інколи суб'єкт є спеціальним (йдеться, зокрема, про привласнення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 1 ст. 308), привласнення прекурсорів (ч. 1 ст. 312), незаконну видачу рецепта на право придбання наркотичних засобів або психотропних речовин (ст. 319 КК), порушення санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним захворюванням та масовим отруєнням (ст. 325 КК).

Суб'єктивна сторона к.пр. проти здоров'я населення характеризується переважно умислом. Проте деякі з них (зокрема, порушення встановлених правил обігу отруйних чи сильнодіючих речовин, порушення санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним захворюванням та масовим отруєнням) можуть вчинятись як умисно, так і необережно. Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони к.пр., передбачених ч. 1 ст. 306, ст. 307, ч. 3 ст. 308, ч. 2 ст. 310, ст.ст. 311, 312, ч. 3 ст. 313, ст.ст. 315, 317, 321–324, 327, є певна мета, к.пр., передбаченого ст. 309, – відсутність мети збуту, к.пр., передбаченого ч. 2 ст. 317, – також корисливий мотив, а к.пр., передбаченого ст. 319 КК, – корисливий мотив чи інші особисті інтереси.

5.7.1.5. У розділі XIII Особливої частини КК передбачено ряд заохочувальних норм (ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309, ч. 4 ст. 311, ч. 5 ст. 321, ч. 4 ст. 321-1). Звільнення від кримінальної відповідальності, про яке йдеться, пов'язується передусім з добровільною здачею: наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів (ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309);

прекурсорів (ч. 4 ст. 311); отруйних чи сильнодіючих речовин, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів (ч. 5 ст. 321); фальсифікованих лікарських засобів (ч. 4 ст. 321-1).

Здача наркотичних засобів та інших предметів вважається добровільною, якщо вона відбулася за обставин, коли особа мала й усвідомлювала можливість продовжити свою протиправну діяльність, але не побажала цим скористатися. Крім того, законодавчо встановленими вимогами для застосування названих заохочувальних норм є: вказівка особою джерела придбання певних предметів; сприяння розкриттю к.пр., пов'язаних з обігом цих предметів; добровільне звернення особи до лікувального закладу і початок лікування від наркоманії.

В юридичній літературі відсутній єдиний підхід щодо умов звільнення від кримінальної відповідальності, регламентованого ч. 4 ст. 307 КК. На думку одних дослідників, умовою цього звільнення є добровільна здача особою відповідних речовин, яка поєднується або з вказівкою на джерело їх придбання, або зі сприянням нею розкриттю к.пр., пов'язаних з їх незаконним обігом*. Інша точка зору полягає у тому, що таке звільнення застосовується, якщо особа: 1) добровільно здала наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги і вказала джерело їх придбання або 2) сприяла розкриттю к.пр. у сфері обігу цих засобів та речовин**. Поділяючи другий підхід, зауважимо, що пов'язувати звільнення від кримінальної відповідальності (ч. 4 ст. 307) із добровільною здачею особою відповідних речовин, поєднаною або із вказівкою на джерело їх придбання, або зі сприянням нею розкриттю к.пр., пов'язаних з їх незаконним обігом, навряд чи правильно через те, що за такого тлумачення кримінального закону під дію ч. 4 ст. 307 не підпадуть особи, яким нічого здавати, оскільки відповідні речовини вже збуті або спожиті.

Згідно з ч. 4 ст. 309 особа, яка добровільно звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування від наркоманії, звільняється від кримінальної відповідальності за дії, передбачені ч. 1 ст. 309 КК.

Постановою Тернопільського міськрайонного суду від 23 березня 2010 р. 3. було звільнено від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 309 КК. Скасовуючи цю постанову і направляючи справу на новий судовий розгляд, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС у своїй ухвалі за-

* Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. – Т. 2 / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид. – К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 226–227; Міщенко С.М., Слущька Т.І. Звільнення особи від кримінальної відповідальності відповідно до ч. 4 ст. 307 Кримінального кодексу України // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2012. – № 2. – С. 76; Наден О.В. Спеціальні види звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочини в сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів. – Харків: Право, 2003. – С. 142.

** Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хаврюнюка. – 9-тє вид. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 906.

значила, що при вирішенні питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності за вказаною підставою суд повинен з'ясувати, чи дійсно особа страждала на наркоманію і потребувала лікування від неї, чи дійсно вона звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування добровільно, і чи дійсно вона має на меті вилікуватись від наркоманії, а не ухилитись у такий спосіб від кримінальної відповідальності за вчинений злочин. Як впливає з матеріалів справи, 3. чотири рази притягувався до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, пов'язаних із незаконним обігом наркотичних засобів, реально відбував покарання, а постановою суду від 2 лютого 2009 р. його було звільнено від кримінальної відповідальності у зв'язку з проходженням курсу лікування від наркоманії в обласному комунальному наркологічному диспансері у період з 7 по 21 грудня 2008 р. 29 вересня 2009 р. 3. знову вчинив «наркотичний» злочин, а саме у невстановленій слідством особи придбав три таблетки метадону, які незаконно зберігав без мети збуту та які того самого дня у нього вилучили працівники міліції. Суду 3. надав довідку з наркологічного диспансеру про проходження курсу лікування від наркоманії у період з 1 грудня 2008 р. до часу розгляду справи у суді. Тернопільський міськрайонний суд всупереч вимогам закону не з'ясував, чи дійсно 3. звернувся до лікувального закладу і розпочав лікування добровільно, маючи на меті позбутися залежності від наркоманії, а не з метою ухилитись у такий спосіб від кримінальної відповідальності*.

Звільнення від кримінальної відповідальності у ч. 4 ст. 309 КК пов'язується із зверненням особи саме до лікувального закладу, що не виправдано обмежує сферу застосування цієї заохочувальної норми. Адже особа, яка страждає на наркоманію та бажає уникнути застосування щодо неї заходів кримінально-правової репресії, може звернутись за відповідною медичною допомогою і до лікаря, який поза лікувальним закладом займається приватною підприємницькою діяльністю у галузі охорони здоров'я. Тому ч. 4 ст. 309 КК потребує відповідного уточнення.

Ще однією вадою цієї норми є те, що на її підставі від кримінальної відповідальності може бути звільнена лише особа, хвора на наркоманію. Але навряд чи поширеними є випадки, коли хвора на наркоманію особа лише один раз вчинила незаконні дії з наркотиками. Як правило, така особа вчинює ці дії повторно, що потребує кваліфікації вже за ч. 2 ст. 309 КК, що унеможливує застосування ч. 4 ст. 309 КК. Щоправда, у цьому разі особа може бути звільнена від кримінальної відповідальності на інших підставах, зокрема у зв'язку зі зміною обстановки**.

Принагідно зауважимо, що у таких державах, як Бельгія, Великобританія, Греція, Ірландія, Люксембург, Португалія, лікування від наркоманії застосовується як захід, альтернативний реальному відбуванню покарання; у випадку недотримання винним режиму лікування відстрочене покарання підлягає виконанню.

* Рішення Верховного Суду України. – 2011. – Вип. 1. – С. 115–116.

** Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. – К.: Істина, 2004. – С. 352–353.

5.7.1.6. За даними МВС, у 2012 р. за ст. 309 КК, яка передбачає відповідальність за придбання, зберігання та інші дії з наркотичними засобами без мети їх збуту, було порушено 29 тис. кримінальних проваджень, що становить 53% від загальної кількості порушених кримінальних проваджень у сфері незаконного обігу наркотичних засобів.

У 2013 р. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини у своїй Щорічній доповіді про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина зазначила, що найпоширенішим предметом скарг, що надходять до Уповноваженого з різних регіонів країни, є провокування співробітниками правоохоронних органів злочинів шляхом оперативних закупок наркотичних засобів з наступним застосуванням незаконних методів досудового розслідування, порушеннями процесуальних прав підозрюваних. Найбільше таких звернень надійшло з міст Краснодар, Антрацит, Старобільськ, Алчевськ Луганської області, Нова Каховка Херсонської області. У зверненнях зазначено, що поширенням наркотиків займаються особи, які перебувають під захистом працівників міліції і залучаються для провокації злочинів та фальсифікації доказів у кримінальних справах, пов'язаних із незаконним обігом наркотичних засобів. З аналізу звернень громадян також убачається, що переважна більшість оперативних закупок здійснюється стосовно споживачів наркотичних засобів, які нерідко є неповнолітніми, у більшості випадків обсяги наркотиків за фактом їх збуту не перевищують межі середньодобового обсягу споживання.

В 2013 р. МОЗ нарахувало в країні 387 тис. споживачів ін'єкційних наркотиків. З 2001 р. їх зареєстрована кількість збільшилась з 21 до 33 людей на 10 тис. населення (за експертними оцінками, реальна цифра є в кілька разів більшою).

У серпні 2013 р. КМ ухвалив Стратегію державної політики щодо наркотиків на період до 2020 року. Нею передбачено пом'якшення відповідальності за деякі діяння. Наприклад, за зберігання невеликих обсягів наркотичних засобів (до десяти доз) пропонується запровадити адміністративну відповідальність. Правоохоронні органи повинні сконцентрувати свої зусилля на найбільш небезпечних «наркотичних» злочинах (за даними Інтерполу, в Україні зареєстровано 65 тис. розповсюджувачів наркотиків), а не поліпшувати статистику боротьби з наркотичною злочинністю за рахунок наркозалежних.

За інформацією ДСА, з 18250 осіб, засуджених у 2013 р. за к.пр. проти здоров'я населення, 18086 осіб (тобто понад 99%) засуджено за «наркотичні» к.пр. Серед них засуджено за:

- незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 307 КК) – 3363 особи;
- те саме, без мети збуту (ст. 309 КК) – 12468 осіб;
- посів або вирощування снотворного маку чи конопель (ст. 310 КК) – 1103 особи.

5.7.2. Кримінальні правопорушення, пов'язані з незаконним обігом наркотичних засобів та інших предметів, небезпечних для здоров'я населення

5.7.2.1. **Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів** (ст. 307 КК). Об'єктивна сторона цього к.пр. дістає вияв у одній із семи дій, вказаних законодавцем альтернативно і пов'язаних із незаконним обігом певних предметів. Для наявності складу к.пр. необхідно встановити хоча б одну з цих дій. Закінчений склад к.пр. буде і в поведінці тієї особи, яка вчинила кілька незаконних дій, зазначених у ч. 1 ст. 307. Ця обставина, не впливаючи на кваліфікацію, підлягає врахуванню при призначенні покарання як показник ступеня тяжкості вчиненого к.пр. Для кваліфікації за ч. 1 ст. 307 не має також значення розмір (кількість, вага) наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Б. з метою збуту незаконно придбала особливо небезпечний наркотичний засіб – канабіс вагою 5,16 г, зберігала його за місцем свого проживання, а згодом перевезла наркотичний засіб до виправної колонії, де намагалась передати його сину, який відбував покарання, однак була затримана працівниками міліції. Апеляційний суд Донецької області кваліфікував дії Б. за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 307 і ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 307 КК. З урахуванням того, що вчинене Б. повністю охоплюється складом закінченого злочину, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК, ухвалою спільного засідання Судової палати у кримінальних справах та Військової колегії ВС із судових рішень, винесених щодо Б., було виключено як зайву вказівку на ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 307 КК і на призначення їй покарання на підставі ч. 1 ст. 70 КК.*

Диспозиція ст. 307 КК, яка містить вказівку на незаконність перелічених у ній дій (із Порядку придбання, перевезення, зберігання, відпуску, використання та знищення наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів у закладах охорони здоров'я, затв. постановою КМ від 13 травня 2013 р. № 333, зрозуміло, що останні можуть бути і правомірними), є бланкетною і передбачає звернення до нормативно-правових актів, які регулюють обіг наркотиків, передусім до Закону «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори», ст. 8 якого присвячена особливостям ліцензування діяльності з обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів.

Згідно зі ст. 1 названого Закону під **виробництвом** наркотиків слід розуміти всі дії, пов'язані з серійним одержанням наркотичних засобів і психотропних речовин з хімічних речовин та/або рослин, в тому числі відокремлення частин рослин або наркотичних засобів, психотропних речовин від рослин, з яких їх одержують. Серійним одержанням у су-

* Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки / За ред. П.П. Филипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 549–552.

довій практиці вважається виробничий процес, який означає отримання партій наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів за відповідною технологією, стандартом, зразком.

Поняттям **виготовлення** охоплюються будь-які (в тому числі рафінування, підвищення в препараті концентрації наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх переробку, але за винятком виробництва) дії, у результаті яких одержують готові до використання та/або вживання наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги (наприклад, виготовлення опію шляхом екстракції з макової соломи).

Виробництво і виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів визнаються закінченими злочинами з моменту фактичного отримання готових до вживання та іншого використання засобів або речовин. Процес їх отримання має розцінюватись як замах, а придбання, наприклад, фармацевтичних препаратів для їх наступного перероблення – як готування.

Цілком очевидно, що критерій розмежування виробництва і виготовлення зазначених у ст. 307 КК засобів і речовин недостатньо визначений, що породжує питання про те, як відрізнити виробництво, для якого згідно із законом притаманне серійне одержання наркотиків, від їх виготовлення у великому, особливо великому розмірі чи повторно. Оскільки виробництво може розглядатись як різновид виготовлення певних засобів і речовин, потреби у виокремленні цього поняття у КК немає.

Придбання наркотиків означає їх купівлю, обмін на інші товари або речі, прийняття як оплати за виконану роботу чи надані послуги, позики, подарунка або сплати боргу, тобто придбання наркотику може бути як платним, так і безплатним. Під незаконним придбанням розуміється також збирання залишків наркотиковмісних рослин на пожнивних земельних площах після зняття з них охорони і на земельних ділянках громадян, а також збирання таких дикорослих рослин чи їх частин. Разом з тим не визнається незаконним придбання наркотичних засобів і психотропних речовин, якщо воно здійснено відповідно до законодавства; зокрема за рецептом лікаря або у порядку проведення оперативної закупівлі.

Незаконне **зберігання** – це дії, пов'язані з фактичним незаконним перебуванням наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів у володінні винної особи (вона може тримати їх при собі, у будь-якому приміщенні, сховищі або в іншому місці), у т.ч. перенесення. На кваліфікацію не впливає час і місце зберігання, а також те, чи є особа, яка зберігає наркотики, їх власником. Зберігання може бути вчинене як тим, хто виготовив чи виробив наркотики, так і іншими особами. Це – триваюче к.пр., яке визнається закінченим з моменту, коли особа за власною ініціативою (знищила, викинула тощо) або всупереч своїй волі (наприклад, наркотики вилучаються працівниками міліції) фактично припинила володіти вказаними засобами чи речовинами.

Перевезення наркотиків – це їх переміщення будь-яким видом транспорту у межах території України. Для визнання перевезення злочином не має значення, чи є особа власником або користувачем транспортного засобу, а також спосіб транспортування, відстань, на яку перевезено зазначені предмети, місце їх зберігання.

Пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів полягає в їх незаконному переміщенні у просторі шляхом відправлення поштою, багажем, посильним або в інший спосіб з одного місця в інше в межах території України. Це к.пр. вважається закінченим з моменту відправлення відповідного багажу, листа чи посылки незалежно від того, чи отримав їх адресат. Якщо к.пр. не було доведено до кінця з незалежних від винного причин (наприклад, останнього було затримано під час оформлення квитанції на відправлення бандеролі чи вантажного контейнера), його дії потрібно кваліфікувати як замах на вчинення к.пр.

Від перевезення і пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів необхідно відмежовувати їх контрабанду. При їх контрабанді місце вчинення к.пр. (митний кордон України), набуваючи кримінально-правового значення, впливає на кваліфікацію. Перевезення і пересилання відповідних засобів і речовин через митний кордон поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю потрібно кваліфікувати за ст. 305. Водночас в діях особи, яка поряд із контрабандою наркотиків з метою збуту останніх вчинює їх зберігання, виготовлення, придбання, пересилання або перевезення в межах України, вбачається сукупність к.пр., передбачених ст. 305 і ст. 307 КК.

Під **збутом** наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів слід розуміти як оплатні, так і безоплатні форми їх відчуження, наприклад, продаж, дарування, обмін, сплата боргу, оплата виконання робіт чи надання послуг, введення володільцем цих засобів або речовин ін'єкцій іншій особі за її згодою (однак обопільне введення ін'єкцій наркотичного засобу, психотропної речовини чи їх аналогу особами, які придбали їх за спільні гроші, збуту не утворюють), пропозиція викурити цигарку, яка містить вказані речовини. В останньому випадку дії особи необхідно кваліфікувати за сукупністю к.пр., передбачених ст. 307 та ст. 315 КК. Останню ситуацію слід відрізняти від випадків, коли вчинене має розцінюватись тільки як каране за ст. 315 КК схилення до вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Вироком Красноперекопського міськрайонного суду АРК був засуджений В., зокрема за ч. 2 ст. 307 КК, за те, що шляхом спільного куріння цигарки з марихуаною незаконно збув частину цього наркотичного засобу П. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС перекваліфікувала ці дії засудженого з ч. 2 ст. 307 на ч. 1 ст. 315 КК, виходячи з того, що В. не здійснив фізичної передачі наркотичного засобу, а лише схилив іншу особу до його вживання.

В. разом із своїм співмешканцем Б. та його сестрою І. вирішили спільно вжити наркотики. Для їх придбання вони склалися коштами, після чого у нестановленої слідством особи В. придбала 4,5 мл рідини, яка за висновком судово-хімічної експертизи є наркотичним засобом – ацетильованим опієм. Вироком Краснодонського міськрайонного суду Луганської області В. було засуджено за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 309 і ч. 2 ст. 307 КК. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС вказала на неправильність такої кваліфікації, виходячи з того, що спільне вживання наркотичних засобів особами, які придбали їх за спільні кошти, збуту не утворює, а дії В. мають розцінюватись за ч. 2 ст. 309 КК як незаконне придбання наркотичного засобу за попередньою змовою групою осіб. Оскільки диспозицією ч. 2 ст. 309 КК охоплюється придбання В. наркотичного засобу для власного споживання, кваліфікація її дій за ч. 1 ст. 309 є зайвою.*

Збут з точки зору кваліфікації за ст. 307 КК може здійснюватись як тією особою, яка виробила чи виготовила наркотики, так і іншою особою. Якщо особа здійснила незаконне виготовлення або виробництво наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів з метою їх збуту, який не відбувся з незалежних від винної особи обставин, її потрібно карати не за готування до збуту, а за закінчений злочин – виготовлення або виробництво відповідних засобів (речовин) з метою збуту. Для наявності складу к.пр. у формі збуту не має значення, здійснюється збут безпосередньо винним, через посередників або з використанням схованок, і яким чином розпорядиться наркотичними засобами, психотропними речовинами або їх аналогами особа, яка їх придбала.

Якщо відповідні засоби або речовини збуваються або передаються у місця позбавлення волі, вчинене утворює кваліфікований склад к.пр. і кваліфікується за ч. 2 ст. 307 КК. Оскільки поняттям «збут» охоплюється будь-яка форма їх відчуження, у т.ч. передача, варто виключити з ч. 2 ст. 307 КК вказівку на передачу цих засобів і речовин у місця позбавлення волі.

У разі, якщо наркотичний засіб, психотропна речовина чи їх аналог вводять в організм іншої людини проти її волі, дії винного потрібно кваліфікувати не за ст. 307 як збут, а за ст. 314 КК.

Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони к.пр., передбаченого ст. 307, є мета збуту. Мотив (корисливі спонукання, хибне розуміння товариства, співчуття до хворого на наркоманію тощо) на кваліфікацію за ст. 307 КК не впливає. При встановленні мети незаконних дій з наркотичними засобами, психотропними речовинами або їх аналогами слід враховувати, зокрема, такі обставини: відповідну домовленість з особою, яка придбала ці засоби чи речовини; їх упаковку і розфасовку; кількість вилучених засобів, речовин і сировини, призначеної для

* Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки. – К.: Істина, 2011. – С. 554–556, 172–174.

їх виготовлення; наявність відповідного обладнання; попередні факти незаконного збуту зазначених засобів, речовин або їх аналогів; особу винного у їх виробленні чи виготовленні. Так, про мету збуту можуть свідчити дані судово-медичної експертизи про те, що особа, яка виробляє або зберігає відповідні засоби і речовини, сама їх не вживає. Зрозуміло, однак, що і наркомани можуть займатись збутом наркотиків.

Законодавство деяких держав встановлює неспростовну презумпцію наявності в особи мети збуту. Наприклад, у Сінгапурі торговцем наркотиків визнається особа, в якій виявлено більше 2 г героїну, 3 г морфіну і 15 г марихуани.

Вироком Лисичанського міського суду Луганської області за ч. 3 ст. 309 КК було засуджено Г., який незаконно виготовив особливо небезпечний наркотичний засіб – канабіс вагою 45553,3 г, який без мети збуту зберігав за місцем свого проживання до моменту вилучення наркотику працівниками міліції. Суд, не погоджуючись з органами досудового слідства, які кваліфікували дії Г. за ч. 3 ст. 307 КК, вказав у вироку на відсутність доказів, які б свідчили про спрямованість умислу Г. на збут виготовленого ним наркотичного засобу. Ухвалою колегії суддів Судової палати у кримінальних справах ВС вирок було скасовано, а справу повернуто на новий судовий розгляд. У цій ухвалі, зокрема, зазначено, що міський суд при кваліфікації дій Г. не взяв до уваги показань самого Г. про те, що наркотичний засіб він зберігав як для особистого вживання, так і для пригощання інших осіб, і ту обставину, що у Г. було вилучено наркотичний засіб в особливо великому розмірі, і частину цього засобу було розфасовано в одинадцять пакетів, що може свідчити про умисел на його збут.*

Якщо при вчиненні названих дій мета збуту відсутня, тобто ці дії пов'язані з немедичним вживанням певних засобів і речовин, може бути застосована ст. 309 КК. Якщо розмір наркотичних засобів або психотропних речовин є невеликим, дії правопорушника мають кваліфікуватись за ст. 44 КАП. Мотивами вчинення незаконних дій з наркотичними засобами і психотропними речовинами, пов'язаних з їх особистим вживанням, є задоволення цікавості, прагнення бути прийнятим у колектив, бажання отримати задоволення, демонстрація власної незалежності, досягнення чіткості мислення, творчого натхнення або почуття повного розслаблення, бажання позбавитись неприємних думок, поліпшити свій настрій тощо.

5.7.2.2. При розгляді складу к.пр., передбаченого ст. 309 КК, не можна оминати увагою проблему кримінальної відповідальності за придбання і зберігання наркотиків для власного споживання. Адже чимало людей вважають, що: фізична шкода здоров'ю особи, наприклад, від куріння

* Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки. – К.: Істина, 2011. – С. 558–560.

марихуани є не більшою, ніж від паління тютюну; не існує доказів ураження інтелектуальних здібностей мозку навіть від постійного вживання марихуани, а психологічні і соціальні наслідки від нього не можуть бути порівняні за своєю тяжкістю з наслідками від вживання алкоголю.

До речі, в Італії, Іспанії і Португалії зберігання наркотиків для власного споживання не визнається злочином і тягне застосування адміністративних санкцій або направлення на лікування.

Розв'язуючи це питання, доцільно навести позицію органів конституційного правосуддя Канади, Латвії, Німеччини, РФ, Угорщини, які незважаючи на різницю в аргументації, дотримуються загалом єдиного підходу із поставленого питання. На їхню думку, доводи на користь того, що відповідна кримінально-правова заборона суперечить конституційним положенням, які гарантують автономію волі і вільний розвиток особистості, є безпідставними, оскільки незаконний обіг наркотиків не сприяє вільному розвитку особистості; навпаки, індивід втрачає автономію внаслідок звикання до вживання наркотиків, а держава, будучи захисником людської гідності, має право обмежувати автономію особистості за допомогою кримінально-правового впливу за наявності дійсної чи невідворотної шкоди, яку винна особи завдає іншим громадянам, суспільству, державі. Вживання марихуани як психоактивної речовини викликає зміни психічного здоров'я особи, що є потенційною загрозою для суспільства і створює передбачувану небезпеку втягнення у вживання наркотиків інших членів суспільства, а лікування наркотичної залежності є складним і коштовним. Натомість вищі судові інстанції Аргентини і Колумбії у 2009 р. зробили висновок про неконституційність норм про кримінальну відповідальність за зберігання наркотиків для особистого вживання, виходячи з того, що: кожна доросла людина вільна обирати для себе спосіб життя, не допускаючи втручання з боку держави; вживання наркотиків викликає у людини залежність, перетворюючи її на хворого, який потребує не покарання, а лікування.*

У прийнятій в Україні Концепції реалізації державної політики у сфері протидії поширенню наркоманії, боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів на 2011–2015 роки, схв. розпорядженням КМ від 13 вересня 2012 р. № 1808-р, зазначається, що вживання наркотичних засобів та психотропних речовин призводить до погіршення здоров'я нації і підвищення рівня захворюваності населення на особливо небезпечні хвороби, зокрема на ВІЛ-інфекцію/СНІД, туберкульоз, а також до загострення соціальних проблем (жорстоке та недбале ставлення до дітей, збільшення кількості ДТП, нещасних випадків на виробництві, зниження продуктивності праці).

* Елинский А. Допустимость криминализации приобретения и хранения наркотиков для личного потребления: практика зарубежных органов конституционного правосудия // Уголовное право. – 2011. – № 1. – С. 21–25; Елинский А.В. Проблемы уголовного права в конституционном измерении: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2012. – С. 385–400; Крюков А.А. Уголовная ответственность за действия с наркотиками без цели сбыта с позиций естественных прав // Сибирский юридический вестник. – 2006. – № 3. – С. 57–64.

Поняття «легких» і «важких» наркотиків не є науковими і не використовуються у міжнародних документах з цієї проблематики. Будь-який наркотик – це наркотик, а від коноплі до героїну – один крок. Спроби підірвати злочинний наркобізнес шляхом часткової декриміналізації незаконного обігу наркотиків абсолютно безперспективні, і досвід Нідерландів – наочне тому підтвердження. Незважаючи на декриміналізацію у 1976 р. зберігання для власного споживання до 30 г марихуани або гашишу, ця країна стала «наркотичною столицею» Західної Європи.*

Проте проблема декриміналізації не поєднаного з метою збуту незаконного поводження з наркотичними засобами і психотропними речовинами є контраверсійною, багатогранною і заслуговує на те, щоб стати предметом самостійного наукового дослідження.

5.7.3. Кримінальні правопорушення, пов'язані з незаконним заволодінням наркотичними засобами та іншими предметами, небезпечними для здоров'я населення

5.7.3.1. Викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ст. 308 КК). Оскільки ч. 1 ст. 308 КК не містить вказівки на розмір (вагу, масу) предмета к.пр., відповідальність за цією нормою настає незалежно від розміру наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Об'єктивна сторона к.пр. передбачає такі альтернативні способи його вчинення: викрадення, привласнення, вимагання, заволодіння шляхом шахрайства (ч. 1); заволодіння шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (ч. 2); розбій (ч. 3). Крім того, в межах ст. 308 КК відповідальність за викрадення у формі грабежу та вимагання диференційовано залежно від застосування насильства: грабж і вимагання вказаних засобів і речовин, поєднані з насильством, що не є небезпечним для здоров'я і життя особи, або з погрозою застосування такого насильства, караються за ч. 2 ст. 308 КК, а вимагання, поєднане із застосуванням насильства, небезпечного для життя і здоров'я, – за ч. 3 цієї статті.

Відповідальність за ст. 308 КК повинна наставати у разі умисного незаконного вилучення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів будь-яким із названих вище способів з підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності чи в окремих громадян, у т.ч. у випадку вилучення наркотиковмісних рослин або їх частин із земельних ділянок господарств чи громадян до закінчення збирання

* Панова Е.В. Наркотические средства и психотропные вещества: мифы и уголовно-правовая реальность // Российский следователь. – 2003. – № 12. – С. 4; Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 320.

врожаю. При цьому не має значення, чи правомірно особа володіла наркотичним засобом, психотропною речовиною чи їх аналогом або чи правомірно вирощувала наркотиковмісні рослини, які стали предметом незаконного вилучення.

Слід враховувати, що безоплатність не є обов'язковою ознакою діянь, які становлять об'єктивну сторону складу розглядуваного к.пр., тобто грошова чи інша компенсація відповідних засобів або речовин на кваліфікацію за ст. 308 КК не впливає. Це саме стосується і мотивів, якими керувалась винна особа (корисливі спонукання, вгамування власного наркотичного голоду, співчуття до особи, яка страждає на наркоманію, тощо).

Викрадення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів – це їх крадіжка (таємне вилучення) або грабіж (відкрите вилучення). Заволодіння наркотичними засобами, психотропними речовинами або їх аналогами шляхом **шахрайства** – це обернення вказаних засобів або речовин на користь винного або інших осіб шляхом обману чи зловживання довірою. Зазначені у цьому абзаці дії вважаються закінченими з моменту заволодіння певними засобами чи речовинами та отримання винним можливості хоча б первинно розпорядитися ними (сховати, передати іншій особі тощо).

Під **привласненням** наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів слід розуміти протиправне утримання чи неповернення особою вказаних засобів або речовин, які перебували у правомірному володінні винного, з метою надалі розпорядитися ними на власний розсуд. Розтрата винним наркотичних засобів або психотропних речовин, які були довірені йому або перебували в його віданні у зв'язку з професійною діяльністю (йдеться про персонал медичних установ, аптек, аптечних складів, лабораторій тощо), має розцінюватись як збут цих засобів і речовин і кваліфікуватись за ст. 307 КК. Караність розтрата наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів має регламентуватись у межах ст. 308 КК.

Заволодіння наркотичними засобами, психотропними речовинами або їх аналогами **шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем** – це вилучення (утримання) наркотиків шляхом умисного використання особою свого службового становища всупереч інтересам служби. Різниця між цією формою к.пр., передбаченого ст. 308, і привласненням наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів полягає в тому, що у другому випадку вказані засоби чи речовини були довірені особі у зв'язку з виконанням нею професійних, а не службових обов'язків, а також у суб'єкті к.пр.*

* Фесенко Є.В. Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – С. 214; Арешкіна С.Н. Кваліфікація розкрадання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – С. 10.

Для характеристики вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів слід звертатися до визначення вимагання, наведеного у ст. 189 КК, з урахуванням вказаних у ст. 308 КК особливостей. Кримінальне правопорушення, вчинене у цій формі, вважається закінченим з моменту пред'явлення протиправної вимоги.

Розбій з метою викрадення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів – це напад з метою заволодіння вказаними засобами або речовинами, поєднаний з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, чи з погрозою застосування такого насильства (вважається закінченим з моменту нападу).

Якщо заволодіння наркотиками вчиняється для їх подальшого збуту, дії особи слід додатково кваліфікувати і як готування до к.пр., передбаченого ст. 307. Наступні за таким заволодінням дії – зберігання, перевезення, пересилання з метою збуту чи без такої, а також збут викрадених наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів – слід кваліфікувати за сукупністю к.пр., передбачених ст. 308 і ст. 307 або ст. 309 КК.

Виготовлення з викрадених наркотиковмісних рослин наркотику нового виду (з конопель – гашишу, з макової соломи – екстракційного або ацетильованого опію тощо) також має кваліфікуватись за сукупністю к.пр., передбачених ст. 308 і ст. 307 або ст. 309 КК; повторність у цьому разі відсутня.

Одержання наркотичних засобів або психотропних речовин за підробленими або незаконно одержаними документами, які надають право на одержання таких засобів і речовин, має розглядатись як їх незаконне придбання і залежно від конкретних обставин кваліфікуватись не за ст. 308, а за ст. 307 або ст. 309 КК.

5.7.4. Кримінальні правопорушення, пов'язані з незаконним вживанням наркотичних засобів та інших небезпечних предметів

5.7.4.1. **Незаконне введення в організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів** (ст. 314 КК). Вчинення цього к.пр. здатне породити і розвинути залежність людського організму від наркотичних засобів або психотропних речовин, унаслідок якої особа споживає все більше відповідних засобів і речовин, в основі чого лежить абстинентний синдром («ломка»). Це – синдром фізичних та/або психічних розладів, що розвивається у хворих на наркоманію через деякий час після припинення прийому наркотику або зменшення його дози.

Об'єктивна сторона к.пр. полягає у незаконному введенні будь-яким способом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів в організм іншої особи проти її волі. Це к.пр. вчиняється шляхом застосування фізичного або психічного насильства, обману чи з викорис-

танням безпорадного стану потерпілого. Такими діями можуть бути, зокрема, утримання потерпілого силоміць та введення в його організм наркотичного засобу, психотропної речовини або їх аналогів шляхом ін'єкції, залякування потерпілого, застосування до нього фізичного насильства у разі відмови від введення в організм наркотичного засобу, психотропної речовини або їх аналогів, повідомлення потерпілому неправдивих відомостей або приховування певних обставин, що вводять його в оману стосовно певних фактів і дає змогу винному ввести в організм потерпілого зазначені засоби або речовини (зокрема, вживання наркотику під виглядом ліків).

Психічне та фізичне насильство застосовується винним з метою придушити волю потерпілого. Коли в процесі застосування до неї насильства особа не чинить опору, це ще не означає, що відповідні засоби або речовини були введені в організм з її волевиявлення. Така поведінка потерпілого може свідчити про те, що його воля винним була придушена*.

Незаконне введення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів двом і більше особам (ч. 2 ст. 314) характеризується єдиним злочинним наміром винного і вчиняється переважно в тому самому місці та без значного розриву в часі. Якщо зазначені засоби (речовини) було незаконно введено двом або більше особам у різні проміжки часу і це не охоплювалось єдиним злочинним наміром, має місце повторність к.пр.

Особливістю складу к.пр., передбаченого ч. 3 ст. 314, є те, що у разі незаконного введення в організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, унаслідок чого настала смерть потерпілого, дії винного характеризуються прямим умислом щодо протиправного насильницького введення в організм людини зазначених засобів або речовин і необережністю щодо наслідків таких дій – заподіяння смерті потерпілому. Зазначені дії охоплюються ч. 3 ст. 314 і додаткової кваліфікації за ст. 119 КК не потребують.

В абз. 6 п. 13 постанови ПВС від 26 квітня 2002 р. № 4 «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» зазначається: якщо умисел винного був спрямований на позбавлення потерпілого життя, злочинні дії підлягають кваліфікації за ст. 115 та частинами 2 чи 3 ст. 314 КК. Вважаємо, однак, що ці дії додаткової кваліфікації за ст. 314 не потребують, оскільки введення в організм наркотичного засобу, психотропної речовини або їх аналогу є у цьому разі способом вчинення умисного вбивства.

* Селіванов М.П., Хруппа М.С. Антинаркотичне законодавство України. Теорія. Історія. Коментар. – К.: Юрінком, 1997. – С. 198.

У разі заподіяння потерпілому середньої тяжкості або тяжкого тілесного ушкодження (ч. 2 ст. 314) ставлення винного до наслідків може бути як умисним, так і необережним. Зазначені тілесні ушкодження мають бути наслідком впливу наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів. Якщо потерпілий одержав відповідні тілесні ушкодження в результаті насильства, що було способом примушування до незаконного введення в організм наркотиків, вчинене перебуває поза межами складу аналізованого к.пр. і потребує додаткової кваліфікації за ст.ст. 121, 122 або 125 КК.

Основна відмінність к.пр., передбаченого ст. 314, від к.пр., караного за ст. 315, полягає у тому, що у випадку схилення до вживання наркотичних засобів чи психотропних речовин потерпілий або не вживає ці засоби чи речовини, або сам вводить їх у свій організм. У випадку вчинення аналізованого к.пр. його суб'єкт всупереч волі потерпілого вводить наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги в його організм.

5.7.4.2. Незаконне публічне вживання наркотичних засобів (ст. 316 КК). Об'єктивна сторона цього к.пр. характеризується діями, що полягають у публічному або груповому незаконному вживанні наркотичних засобів (і тільки наркотичних засобів) у місцях масового перебування громадян. Незаконне публічне вживання психотропних речовин чи аналогів злочином не вважається. Аналіз ст. 316 КК також дозволяє зробити висновок, що непублічне особисте вживання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів кримінальну відповідальність не тягне.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу цього к.пр. у випадку вчинення його однією особою є обстановка, позначена терміном «публічність». Публічним слід визнавати відкрите, тобто очевидне для інших осіб вживання наркотичних засобів (ін'єкція наркотику, куріння гашишу, вдихання кокаїну через ніс), коли винний робить це не ховаючись від інших людей, які розуміють характер того, що відбувається. На кримінальну відповідальність у цьому разі не впливає факт публічного вживання наркотиків однією особою чи групою осіб.

При вчиненні к.пр. групою осіб (двома або більше особами) присутність інших, сторонніх осіб для наявності складу к.пр. не є обов'язковою. Для відповідальності за групове вживання наркотичних засобів не має значення, як саме – одночасно чи послідовно – учасники групи вживали наркотики. Обов'язковим однак є те, що групове вживання наркотичних засобів здійснюється у місцях масового перебування громадян – навчальних закладах, концертних майданчиках, кінотеатрах, дискотеках, розважальних центрах, стадіонах і палацах спорту, пляжах тощо. Тобто місце вчинення к.пр. є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони його складу.

5.7.5. Інші кримінальні правопорушення проти здоров'я населення

5.7.5.1. Фальсифікація лікарських засобів або обіг фальсифікованих лікарських засобів (ст. 321-1 КК).

Наразі Україна та Росія вважаються найбільшими постачальниками фальсифікованих ліків у держави СНД. Рівень фальсифікації серед лікарських засобів, які продаються через Інтернет-аптеки і пошту, досягає 50%. Найбільша кількість підробок (42%) – це антибіотики. Структура виявлених фальсифікованих препаратів у державах СНД така: протибактеріальні препарати – 47%; гормональні препарати – 11%; засоби, що впливають на тканинний обмін, – 7%; протигрибкові препарати – 7%; анальгетики – 7% тощо*. В Україні наразі найчастіше підробляють препарати, які є лідерами рекламних кампаній, – амізон, мукалтин, фестал, мезим, екстракт валеріани, бісопролол, но-шпу тощо**. У США, за даними досліджень консалтингових компаній, обсяг обігу фальсифікованих ліків сягає 10–20%. В ЄС середній рівень обсягу виявлених фальсифікованих засобів становить 8% (у Німеччині – приблизно 4%, в Італії – до 15%). За оцінками експертів, обсяги продажу підроблених ліків у всьому світі можуть сягати до 75 млрд доларів США***.

У ст. 5 і ст. 6 Конвенції РЄ про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я, ратифікованої Законом від 7 червня 2012 р.****, вказується на необхідність визнання злочинами умисного виробництва фальсифікованих медичних продуктів (в тому числі лікарських препаратів), фармацевтичних субстанцій, допоміжних речовин, частин, матеріалів та аксесуарів, а так само умисних постачання, пропозиції стосовно постачання, торгівлі, у т.ч. зберігання на складі, імпорту та експорту зазначених предметів. До міжнародно-правових документів із розглядуваної проблематики належить і Угода про співробітництво в боротьбі з обігом фальсифікованих лікарських засобів від 14 листопада 2008 р., учасниками якої є держави СНД і яка затверджена постановою КМ від 8 грудня 2010 р. № 1114.

Кримінальна відповідальність за виробництво, реалізацію та деякі інші дії з небезпечними ліками передбачена законодавством, зокрема, Албанії, Аргентини, Данії, Іспанії, Італії, Норвегії, КНР, Польщі. Так, ст. 362 КК Іспанії визнає злочинцем того, хто: займаючись виготовленням ліків, порушує їх

* Лікарські засоби // http://uk.wikipedia.org/wiki/Лікарські_засоби.

** Голос України. – 2013. – № 145.

*** Фальсифіковані ліки: як боротися з тінню? // <http://www.vz.kiev.ua/falsifikovani-liki-yak-borotisy-a-z-tinnyu>

**** Україна стала першою країною, яка ратифікувала вказану Конвенцію, та першою країною на пострадянському просторі, яка запровадила кримінальну відповідальність за фальсифікацію ліків (див.: www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=246186972&catid=244277212).

У літературі висувается пропозиція включити до КК РФ статтю, присвячену виробництву та обігу фальсифікованих лікарських засобів (див.: Івашченко М.С. Преступления против здоровья населения: вопросы криминализации, систематизации и уголовно-правовой оценки: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2012. – С. 11, 20; Фисюн В.В. Противодействие незаконному обороту лекарственных средств и фармацевтических препаратов (уголовно-правовой и криминологический аспекты): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 2012. – С. 11–12).

кількість, дозу або оголошений склад, у результаті чого ліки повністю або частково позбавляються своєї лікувальної сили; з метою продажу або використання підроблює або фальсифікує ліки або речовини, які мають корисний вплив на здоров'я, роблячи їх схожими на справжні ліки або речовини; усвідомлюючи їх непридатність, з метою продажу або надання у користування третім особам зберігає, рекламує, пропонує, демонструє, продає, постачає або в інший спосіб використовує зазначені ліки. Перелічені дії визнаються кримінально каранними за умови, що вони ставлять у небезпеку життя або здоров'я людей.

Відповідно до ст. 2 Закону «Про лікарські засоби» під лікарським засобом розуміють будь-яку речовину або комбінацію речовин: а) яка має властивості та призначена для лікування або профілактики захворювань у людей, або б) яку може бути призначено для запобігання вагітності, відновлення, корекції чи зміни фізіологічних функцій у людини шляхом здійснення фармакологічної, імунологічної, метаболічної дії або для встановлення медичного діагнозу.

Фальсифікований лікарський засіб – це засіб, який умисно: а) промаркований неідентично (невідповідно) відомостям про лікарський засіб з відповідною назвою, внесений до Державного реєстру лікарських засобів України; б) умисно підроблений у інший спосіб і не відповідає відомостям про лікарський засіб з відповідною назвою, внесений до вказаного Реєстру. Реєстр ведеться в електронному вигляді і працює в режимі он-лайн. Відповідальним за його ведення є МОЗ.

Закріплене у національному законодавстві визначення фальсифікованого лікарського засобу узгоджується із визначенням фальсифікації, наведеним у ст. 4 Конвенції РЄ про підроблення медичної продукції та подібні злочини, що загрожують охороні здоров'я, де під фальсифікацію (підробленням) розуміється умисне введення в обман стосовно дійсності та/або джерела. Але предметом аналізованого к.пр. не визнаються пристрої медичного призначення, і в цьому вбачається невідповідність ст. 321-1 КК згаданій Конвенції РЄ.

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 321-1 КК, полягає у шести альтернативних діях стосовно фальсифікованих лікарських засобів: 1) виготовлення; 2) придбання; 3) перевезення; 4) пересилання; 5) зберігання; 6) збут. Ці к.пр. вважаються закінченими з моменту вчинення однієї з названих дій. Не має значення, яке походження – вітчизняне або зарубіжне – має сфальсифікований лікарський засіб, чи містить він належні інгредієнти, або підробленою є лише упаковка лікарського засобу.

Фальсифіковані лікарські засоби можуть бути поділені на кілька видів: 1) так звані муляжі – це засоби, які взагалі не містять діючих речовин та які виробляються шляхом повної заміни належної речовини нейтральними компонентами – тальком, вапном, содою, крейдою, натуральними барвниками тощо; 2) препарати-імітатори – це препарати, що містять інгредієнти, які зазначені на упаковці. При їх виготов-

ленні належну речовину замінюють на більш дешеву і менш ефективну; 3) ліки, що містять інгредієнти, походження яких відрізняється від визначеного на упаковці; 4) препарати-копії – це найбільш якісні підробки, які містять такі ж, як оригінальні ліки, інгредієнти, до того ж у належних кількостях.

Співробітники ГУ СБУ у м. Києві та Київській області спільно із працівниками МВС та Державної служби України з лікарських засобів викрили у м. Василькові виробництво фальсифікованих медичних препаратів однієї з відомих фармацевтичних корпорацій. Встановлено, що понад 60 найменувань лікарських препаратів ввозилися в Україну вантажним транспортом і у подальшому без дозвільних документів фасувалися та реалізовувалися під виглядом продукції відомої європейської фармацевтичної корпорації через аптечні мережі.

Оскільки за ч. 1 ст. 321-1 КК мають кваліфікуватись дії із фальсифікованими ліками навіть у невеликих розмірах, які не супроводжуються створенням загрози для життя та здоров'я людини, при застосуванні цієї норми варто брати до уваги положення про малозначність (ч. 2 ст. 11 КК).

Суб'єктивна сторона к.пр. характеризується прямим умислом (на це вказує законодавча вказівка на завідомість), а якщо к.пр. набуває вигляду виготовлення, придбання, перевезення, пересилання чи зберігання фальсифікованих лікарських засобів, – і метою збуту. Психічне ставлення винного до наслідків к.пр. (тривалий розлад здоров'я, смерть особи або інші тяжкі наслідки), які відіграють роль кваліфікуючих ознак, є необережним.

Буквальне тлумачення диспозиції ч. 2 ст. 321-1 КК наводить на думку про те, що для складу розглядуваного к.пр. у формі виробництва фальсифікованих лікарських засобів мета збуту не є обов'язковою. Під виробництвом фальсифікованих лікарських засобів слід розуміти дії, пов'язані з їх серійним одержанням у супереч установленому законом порядку. Загальні вимоги до виробництва лікарських засобів наведені у Законі «Про лікарські засоби». Зокрема, обов'язковою є наявність ліцензії. Виокремлення виробництва фальсифікованих ліків у різновид кваліфікованого складу к.пр. видається сумнівним кроком нашого законодавця і свідчить про відсутність єдиних підходів до конструювання кримінально-правових заборон, присвячених к.пр. проти здоров'я населення.

Згідно з приміткою до ст. 305 КК великий та особливо великий розміри фальсифікованих лікарських засобів (ці розміри у складі к.пр., передбаченого ст. 321-1, відіграють роль кваліфікуючої та особливо кваліфікуючої ознаки) визначаються спеціально уповноваженим органом

* У Василькові виявили виробництво фальсифікованих ліків // <http://www.kreschatic.kiev.ua/ua/4274/art/1368733561.html>

виконавчої влади у галузі охорони здоров'я. Зважаючи на те, що кожного тижня у Державний реєстр лікарських засобів України вноситься інформація про кілька десятків чи сотень нових лікарських засобів, у літературі висловлювався обґрунтований сумнів у спроможності МОЗ оперативного визначати розміри фальсифікованих ліків у грамах, кілограмах чи літрах. Як варіант вирішення проблеми пропонувалось безпосередньо у примітці до ст. 305 КК визначити розміри фальсифікованих лікарських засобів через певну кількість нмдг*. У наказі МОЗ від 22 квітня 2013 р. № 321 «Про визначення понять «великі» та «особливо великі» розміри фальсифікованих лікарських засобів» втілено аналогічний підхід: під великим розміром фальсифікованих лікарських засобів запропоновано розуміти лікарські засоби, вартість яких становить від 50 до 500 нмдг, а під особливо великим розміром – 500 і більше нмдг.

Частина 4 ст. 321-1 передбачає спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності особи, винної у вчиненні незаконних дій із фальсифікованими лікарськими засобами, якщо ці дії не створили загрози для життя чи здоров'я людей. Умовами такого звільнення названі добровільна здача фальсифікованих лікарських засобів, поєднана із вказівкою на джерело їх придбання або сприянням розкриттю к.пр., пов'язаних з їх обігом.

У літературі справедливо звертається увага на редакційні вади ч. 4 ст. 321-1 як заохочувальної норми: вона передбачає можливість звільнення від кримінальної відповідальності за дії, вчинення яких взагалі не карається за ст. 321-1 (ввезення на територію України фальсифікованих лікарських засобів, їх вивезення з території України і транзит); цю норму неможливо застосувати стосовно дій, визначених у ст. 305 (контрабанда фальсифікованих лікарських засобів), оскільки в ній зроблене посилання тільки на ч. 1 ст. 321-1 КК**.

Література

• Данилевська Ю.О., Каменський Д.В. Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення: проблеми кримінально-правової кваліфікації: Практ. посібн. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – 288 с.

• Музика А.А., Горох О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення: Монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2012. – 404 с.

* Притула А. Фальсифіковані лікарські засоби як предмет контрабанди. Питання визначення розміру // Вісник прокуратури. – 2012. – № 4–5. – С. 81–86.

** Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 936.

Запитання і завдання

1. Охарактеризуйте предмети к.пр. проти здоров'я населення.
2. Проаналізуйте склад к.пр., передбаченого ст. 307 КК, та здійсніть його відмежування від суміжних складів к.пр.
3. Розкрийте кримінально-правову характеристику фальсифікації лікарських засобів або обігу фальсифікованих лікарських засобів.
4. Підготуйте аналітичний огляд рішень органів конституційної юрисдикції різних держав, в яких розглядалось питання конституційності кримінально-правових норм про відповідальність за незаконні дії з наркотиками для власного споживання.
5. З'ясуйте вади заохочувальних норм, передбачених розділом XIII Особливої частини КК України, і запропонуйте шляхи їх усунення.

Рекомендуємо прочитати

- Дональд Гойнс «Наркозловмисник».

Радимо подивитись

- Синій оксамит (США, 1986, режисер Девід Лінч).
- Кокаїн (США, 2001, режисер Тед Демме).
- Екстазі (США, 1999, режисер Даг Лайман).

5.8. Кримінальні правопорушення проти порядку використання комп'ютерів, комп'ютерних систем і мереж та мереж електрозв'язку

5.8.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти порядку використання комп'ютерів, комп'ютерних систем і мереж та мереж електрозв'язку

5.8.1.1. Розповсюдження розглядуваних діянь (так званої кіберзлочинності) є зворотною (негативною) стороною інформатизації і розвитку інформаційного суспільства, головною ознакою якого є принципова зміна ролі інформації: на неї головним чином спирається економіка; вона є основним ресурсом, який за економічною ефективністю відіграє домінуючу роль, відтіснивши на другий план сировину й енергію. При цьому забезпечення інформаційної безпеки у процесі використання інформаційно-комунікаційних технологій є однією з найважливіших умов успішного розвитку інформаційного суспільства (див. Стратегію розвитку інформаційного суспільства в Україні, схв. розпорядженням КМ від 15 травня 2013 р. № 386-р).

Аналіз статистичних даних МВС свідчить про наявність чіткої тенденції до зростання злочинності в сфері використання інформаційних технологій: кількість зареєстрованих злочинів цієї категорії у 2011 р. перевищує аналогічний показник 2001 р. більш, ніж у 25 разів*. Кількість осіб, засуджених за злочини, передбачені розділом XVI Особливої частини КК, також щороку потроху зростає. За ці злочини було засуджено: у 2005 р. – 13 осіб, у 2006 р. – 43, у 2007 р. – 60, у 2008 р. – 57, у 2009 р. – 51, у 2010 р. – 69, у 2011 р. – 56, у 2012 р. – 80 осіб, у 2013 р. – 49 осіб. Більшість із них – за злочин, передбачений ст. 361 КК.

*Згідно з даними ЗАТ «Лабораторія Касперського», щоденно в інформаційному просторі з'являється від 70 тис. до 120 тис. шкідливих програм. До числа найбільш поширених кіберпогроз входять спам, фішинг і мережеві атаки на інфраструктуру бізнес-організацій, в тому числі цільові і DDos-атаки. Відповідно до звіту NCR (NortonCybercrimeReport) жертвами кіберзлочинності у 2012 р. стали 341 млн осіб. Лише за рік зловмисники отримали близько \$114 млрд. Вартість робіт, необхідних для відновлення інфраструктури безпеки після здійснених кібератак, становила приблизно \$247 млрд. Тому Генеральна Асамблея ООН доручила Комісії з запобігання злочинам і кримінальному правосуддя підготувати комплекс відповідних заходів, включаючи обмін інформацією, найбільш ефективні методи боротьби, технічну підтримку і міжнародне співробітництво**. З 1 січня 2013 р. у Гаазі запрацював Європейський центр по боротьбі з кіберзлочинністю.*

*Втрати світової економіки від злочинів, вчинених за допомогою Інтернету, сягнули \$388 млрд на рік. Тим самим кіберпростір обійшов за своїм розміром світовий злочинний наркоринок, річний оборот якого оцінюється в \$288 млрд. Як повідомляла Symantec (американська компанія з виробництва програмного забезпечення в галузі інформаційної безпеки), у 2012 р. кількість хакерських атак збільшилася на 42%. Щодня системи інформаційної безпеки по всьому світу відбивають близько 247 тис. атак. У середньому кожен успішний злом дає хакерам доступ до особистих даних 604 інтернет-користувачів. За даними американського телеком-оператора Verizon, 75% хакерських атак виробляються з корисливою метою. Бувають і «протестні» кібератаки – з політичним підґрунтям. За даними Deutsche Telekom, Україна знаходиться на 4-му місці в світі після Росії, Тайваню і Німеччини серед країн, з яких в основному йдуть кібератаки. Щомісяця з українських серверів запускається понад півмільйона шкідливих програм***.*

Кримінальні правопорушення, передбачені розділом XVI Особливої частини КК, посягають на інформаційні відносини, пов'язані із застосуванням спеціальних технічних засобів. У кримінальному законі зазначаються чотири види таких **технічних засобів**:

* Карчевський М.В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2013. – С. 1.

** Чекунов І.Г. Криминологическое и уголовно-правовое обеспечение предупреждения киберпреступности: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 2013. – С. 3–4.

*** Інформаційні матеріали до «круглого столу» «Кіберзлочинність: українські банки на лінії удару»: http://ema.com.ua/wpcontent/uploads/2013/11/cybercrime_information_materials.pdf

1) **електронно-обчислювальна машина** (ЕОМ або комп'ютер) – це функціональний пристрій, що складається з одного або кількох взаємопов'язаних центральних процесорів і периферійних пристроїв і може виконувати розрахунки без участі людини. Різновидами ЕОМ є, зокрема, сервери (призначені для оброблення великої кількості інформації, забезпечення роботи автоматизованих систем тощо) і персональні комп'ютери. Разом з тим під ЕОМ розуміють не тільки комп'ютери в їх звичному вигляді (системний блок – монітор – клавіатура – принтер), а і інше устаткування, яке містить процесор і може виконувати розрахунки без участі людини (наприклад, електронний касовий апарат чи банкомат);

2) **автоматизована система** (АС) – це організаційно-технічна система, що складається із засобів автоматизації діяльності людей і персоналу, що здійснює цю діяльність. Нею вважається сукупність ЕОМ, засобів зв'язку (модем, мережевий адаптер тощо) і програм, за допомогою яких ведеться документообіг, формуються, оновлюються і використовуються різні бази даних, накопичується, обробляється та систематизується інформація;

3) **комп'ютерна мережа** – це сукупність територіально розосереджених систем опрацювання даних, засобів та/або систем зв'язку та передавання даних, що забезпечує користувачам дистанційний доступ до її ресурсів і колективне використання цих ресурсів. Комп'ютерні мережі поділяться на локальні (об'єднують комп'ютери в межах однієї організації) і глобальні (забезпечують зв'язок між різними організаціями, юридичними та фізичними особами). Найвідомішою комп'ютерною мережею є Інтернет [Інтернет – це всесвітня інформаційна система загального доступу, яка логічно зв'язана глобальним адресним простором та базується на Інтернет-протоколі, визначеному міжнародними стандартами (ст. 1 Закону «Про телекомунікації»). Інтернет застосовується для таких видів роботи з інформацією, як: електронна пошта; передавання файлів; віддалений доступ – можливість підключатися до віддаленого комп'ютера і працювати з ним в інтерактивному режимі тощо]. Як бачимо, ЕОМ є складовою АС і комп'ютерної мережі;

4) **мережа електрозв'язку (телекомунікаційна мережа)** – це комплекс технічних засобів телекомунікацій і споруд, призначених для маршрутизації, комутації, передавання та/або приймання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень і звуків або повідомлень будь-якого роду за допомогою радіо, провідних, оптичних чи інших електромагнітних систем між кінцевим обладнанням. До мереж електрозв'язку належать телекомунікаційні мережі, крім комп'ютерних (це мережі телетайпного, телеграфного, телефонного, мобільного (стільникового) зв'язку, радіозв'язку, телемережі тощо).

У КК аналізовані к.пр. названі як злочини у сфері використання ЕОМ (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку. Надалі для зручності використовуватиметься усталений в юридичній

літературі і водночас умовний термін «комп'ютерні злочини». При цьому слід враховувати, що достатньо поширене розуміння комп'ютерних злочинів як таких, що вчиняються з використанням комп'ютерної техніки або щодо комп'ютерної інформації, є неправильним: воно не дозволяє відобразити суть таких злочинів як посягань на певні інформаційні відносини і відрізнити їх від інших злочинів, у яких комп'ютер є лише знаряддям або предметом (наприклад, шпигунство, шахрайство, порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються через комп'ютер, незаконне збирання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю). Разом з тим коли вчинення злочину проти власності або іншого злочину пов'язане з незаконним втручанням у роботу комп'ютерної техніки або іншим комп'ютерним злочином, вчинене потребує додаткової кваліфікації за нормами розділу XVI Особливої частини КК.

У Конвенції РЄ про кіберзлочинність від 23 листопада 2001 р. (ратифікована Україною 7 вересня 2005 р.) усі правопорушення, які держава-учасниця має криміналізувати, поділені на кілька груп. Крім правопорушень, пов'язаних з комп'ютерами, дитячою порнографією і порушенням авторських і суміжних прав, виділяються правопорушення проти конфіденційності, цілісності і доступності комп'ютерних даних і систем. Йдеться про: незаконний доступ до цілої комп'ютерної системи або її частини; нелегальне перехоплення технічними засобами передач комп'ютерних даних; втручання у дані або у систему; зловживання пристроями (ст.ст. 2–6).

Спеціальні норми і навіть розділи (глави), присвячені комп'ютерним злочинам, містять всі нові КК, ухвалені у світі починаючи з 1992 р. Називаються ці злочини по-різному – злочинами у сфері комп'ютерної інформації, проти безпеки комп'ютерної інформації, проти інформаційної безпеки, у сфері інформатики, проти даних у інформаційній системі тощо. Число спеціальних складів комп'ютерних злочинів коливається у законодавстві різних держав: від двох – у Казахстані і Монголії до семи – у Білорусі, Вірменії та Сербії. Існують і держави (зокрема, Індія, Ізраїль, Португалія, Чилі), в яких відповідні кримінально-правові заборони містяться в окремих законах, а не в КК.

5.8.1.2. Основними **видами комп'ютерних злочинів** у світі є:

- 1) несанкціонований доступ до комп'ютерних мереж;
- 2) створення і поширення комп'ютерних вірусів;
- 3) комп'ютерний саботаж;
- 4) виготовлення і збут спеціальних засобів для отримання неправомірного доступу до комп'ютерної інформації, комп'ютерної системи або мережі;
- 5) порушення правил експлуатації комп'ютерної системи або мережі;
- 6) розкрадання шляхом використання комп'ютерної техніки;
- 7) комп'ютерне шахрайство;

8) кібертероризм, поширення спаму, комп'ютерне підроблення, використання комп'ютерних даних і технологій з метою отримання прибутку шляхом створення фінансових та інших «пірамід»*.

Український законодавець до числа комп'ютерних к.пр. відносить:

– несанкціоноване втручання в роботу ЕОМ (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку (ст. 361);

– створення з метою використання, розповсюдження або збуту шкідливих програмних чи технічних засобів, а також їх розповсюдження або збут (ст. 361-1);

– несанкціоновані збут або розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка зберігається в ЕОМ (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або на носіях такої інформації (ст. 361-2);

– несанкціоновані дії з інформацією, яка обробляється в ЕОМ (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї (ст. 362);

– порушення правил експлуатації ЕОМ (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку або порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється (ст. 363);

– перешкоджання роботі ЕОМ (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку шляхом масового розповсюдження повідомлень електрозв'язку (ст. 363-1 КК).

Вадами наведених законодавчих формулювань є: неузгодженість термінології, що вживається у ст.ст. 361–361-3 КК, із термінологією регулятивного законодавства; суперечливість як між положеннями регулятивного законодавства і положеннями норм КК, так і між положеннями самих норм КК, що створює невиправдану конкуренцію; нечіткість описання окремих ознак складів злочинів, передбачених ст.ст. 361–361-3 КК, що породжує проблеми при визначенні їх змісту. Через відсутність у законодавчих визначеннях складів цих злочинів чітких критеріїв суспільної небезпеки під кримінально-правову заборону потрапили не тільки діяння, що справді є суспільно небезпечними, а і ті, які такими не є. Також ст.ст. 361–363-1 КК конкурують з відповідними положеннями КАП (наприклад, постає питання, чим вважати незаконне підключення до мережі кабельного телебачення – самовільним отриманням телекомунікаційних послуг (ст. 148-1 КАП) або несанкціонованим втручанням у роботу мереж електрозв'язку, що призвело до витоку інформації (ст. 361 КК), містять терміни, які нео-

* Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 390–391.

днаково визначаються як у регулятивному законодавстві, так і при їх доктринальному тлумаченні*.

Важливим аспектом характеристики розглядуваних злочинів є поняття **комп'ютерної інформації**. Це – інформація, яка існує в електронному вигляді, зберігається на відповідних носіях (дискети, оптичні та жорсткі диски, сигнали в мережах передавання даних тощо) і може створюватись, змінюватись чи використовуватись за допомогою комп'ютерів. Цінність такої інформації не зводиться до фізичної цілісності її носія (наприклад, комп'ютерна інформація може бути знищена або перекручена, а фізичні властивості носія залишаться незмінними).

Комп'ютерна інформація може бути визначена як відомості про об'єктивний світ і процеси, що відбуваються в ньому, цілісність, конфіденційність і доступність яких забезпечується за допомогою комп'ютерної техніки та які мають власника і ціну**. Комп'ютерна інформація і комп'ютерні програми охоплюються поняттям комп'ютерних даних.

Якщо комп'ютерна інформація – це відомості, подані у формі, яка дозволяє опрацювати їх за допомогою комп'ютерів, то **інформацією, що передається мережами електрозв'язку**, є відомості, подані у формі, що дозволяє їх приймати або передавати засобами електрозв'язку. Поняття інформації, що передається мережами електрозв'язку, є більш широким, ніж комп'ютерна інформація – у частині, що стосується передавання і приймання інформації з використанням мереж електрозв'язку. «Відмінність між цими поняттями потрібно шукати передусім у формі фіксації інформації. Комп'ютерна інформація фіксується виключно в електронному вигляді, інші види інформації, що передаються мережами електрозв'язку, фіксуються в інший спосіб (наприклад, при передаванні інформації телеграфом вона фіксується на папері) чи взагалі не фіксується (приміром, усне передавання відомостей за допомогою телефонного зв'язку)»***. При цьому слід враховувати, що електричні сигнали в мережах електрозв'язку можуть бути носіями комп'ютерної інформації (наприклад, у комп'ютерних мережах телефонні лінії використовуються для зв'язку між ЕОМ, що знаходяться в мережі). У такому випадку інформація, що передається мережею електрозв'язку, є комп'ютерною, а її знищення чи перекручення треба розглядати як наслідок несанкціонованого втручання в роботу комп'ютерної мережі.

* Андрушко П.П. Коментар до розділу XVI «Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем, комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку» Особливої частини Кримінального кодексу України // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2006. – № 1. – С. 33; Карчевський М.В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2013. – С. 5, 17–18.

** Карчевський М.В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 119–123.

*** Музика А.А., Азаров Д.С. Законодавство про кримінальну відповідальність за «комп'ютерні» злочини: Науково-практичний коментар і шляхи вдосконалення. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2005. – С. 16.

5.8.2. Окремі види кримінальних правопорушень проти порядку використання комп'ютерів, комп'ютерних систем і мереж та мереж електрозв'язку

5.8.2.1. **Несанкціоноване втручання в роботу ЕОМ (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку** (ст. 361 КК). До альтернативних наслідків такого втручання (к.пр. з матеріальним складом) віднесено: 1) витік; 2) втрату; 3) підробку; 4) блокування інформації; 5) спотворення процесу обробки інформації; 6) порушення встановленого порядку маршрутизації інформації. Якщо у результаті несанкціонованого втручання настало кілька суспільно небезпечних наслідків (наприклад, порушення порядку маршрутизації інформації може призвести до її втрати, витоку чи блокування), всі вони мають бути включені в обсяг обвинувачення.

З урахуванням ст. 4 Конвенції РЄ про кіберзлочинність ст. 361 КК варто доповнити вказівкою і на такий наслідок, як приховування комп'ютерної інформації.

Згідно зі ст. 1 Закону «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» несанкціоновані дії щодо інформації в системі – це дії, що провадяться з порушенням порядку доступу до цієї інформації, установленого відповідно до законодавства. Фактично під несанкціонованим треба розуміти втручання, здійснюване без згоди власника відповідної інформації або уповноваженої ним особи. Поняттям несанкціонованого втручання охоплюється як проникнення у працюючу ЕОМ, АС, комп'ютерну мережу чи мережу електрозв'язку, так і ввімкнення непрацюючої техніки і подальше проникнення у неї.

Але настання вказаних у ст. 361 КК наслідків не буде визнаватися к.пр., передбаченим цією нормою, якщо їх настанню не передувало несанкціоноване втручання в роботу відповідних засобів опрацювання інформації.

Наприклад, у час, коли комп'ютер був вимкнений, що унеможливило втручання в його роботу, на жорсткий диск було здійснено вплив потужним електромагнітним випромінюванням, наслідком чого стала втрата інформації, що знаходилася на диску.

Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 361 КК, посягає не лише на право власності на комп'ютерну інформацію, а і на встановлений порядок надання послуг електрозв'язку. Суть цього порядку полягає в тому, що оператори та провайдери телекомунікацій забезпечують їх споживачам можливість передавання та приймання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень і звуків або повідомлень будь-якого роду за допомогою радіо, проводових, оптичних або інших електромагнітних систем.

Витік інформації означає, що інформація в системі стає відомою хоча б одній особі, яка не має права доступу до неї.

Втрата інформації – це такий вплив на її носій, унаслідок чого вона перестає існувати у формі, яка дозволяє опрацьовувати її за допомогою ЕОМ, або порушення електрозв'язку у вигляді неотримання абонентом мережі інформації, якому вона надсилається. Можливість відновити комп'ютерну інформацію за допомогою апаратно-програмних засобів або отримати її від іншого користувача не виключає наявність такого наслідку, як втрата інформації.

Підробка комп'ютерної інформації – це зміна змісту (викривлення) відомостей, відображених на відповідному носії, що робить інформацію такою, що не відповідає дійсності, та, як наслідок, цілком або частково непридатною для задоволення інформаційних потреб. Підробкою інформації, що передається мережею електрозв'язку, є вплив на носій інформації, в результаті якого абонент отримує відомості, що не збігаються з тими, які були йому надіслані.

Блокування інформації також є специфічною формою порушення повноваження користування інформацією, коли інформація не знищена і не підроблена, але можливість використовувати її відсутня. Прикладом несанкціонованого втручання в роботу комп'ютерної мережі, що призвело до блокування інформації, можуть слугувати так звані розподілені атаки відмови від обслуговування, які полягають у надісланні дуже великої кількості запитів на один або кілька серверів, що викликає їх перевантаження та призводить до того, що інформаційний ресурс, доступ до якого забезпечується сервером, стає недоступним.

Спотворення процесу обробки комп'ютерної інформації – це отримання в ході операцій з такою інформацією, які здійснювалися за допомогою технічних чи програмних засобів, результатів, що не відповідають характеристикам технічних засобів або алгоритму комп'ютерної програми.

Порушення встановленого порядку маршрутизації комп'ютерної інформації матиме місце, коли комп'ютерну інформацію, що передається за допомогою комп'ютерної мережі конкретному абоненту (абонентам), він не отримує, або доступ до певних мережевих ресурсів здійснюється з порушенням встановленого порядку.

Несанкціоноване втручання в роботу мережі електрозв'язку полягає у порушенні встановленого режиму роботи мережі, вчиненому шляхом впливу на засоби або споруди зв'язку, що ставить під загрозу відносини, пов'язані з наданням та отриманням послуг електрозв'язку. Різновидом такого втручання є створення радіозавад – здійснення електромагнітного випромінювання будь-якого походження, яке перешкоджає прийманню радіосигналів (ст. 1 Закону «Про радіочастотний ресурс України»).

Порушення порядку маршрутизації інформації в мережі електрозв'язку, як правило, має місце у випадку, коли інформація, що передається за допомогою мережі конкретному абоненту (абонентам), ним не отримується, а також у випадку отримання інформації, що передається

в мережі, на кінцеве обладнання, яке не є складовою цієї мережі. Наприклад, це може бути незаконне підключення телефонних апаратів до мереж телефонного зв'язку, а також незаконне підключення телевізійних приймачів до мереж кабельного телебачення (приблизно 25% випадків застосування ст. 361 КК пов'язано саме з кримінально-правовою оцінкою несанкціонованого підключення до мереж кабельного телебачення). Існують і більш складні порушення порядку маршрутизації, які пов'язані з маршрутизацією вхідного міжнародного трафіку на телефонні мережі загального користування. Про порушення порядку маршрутизації інформації слід вести мову і в тому разі, коли інформація надходить до адресата, до якого вона не повинна надходити, а також тоді, коли надходження інформації до належного адресата затримується.

Під спотворенням процесу обробки інформації, що передається каналами електрозв'язку, необхідно розуміти отримання в ході роботи технічного засобу зв'язку результатів, що не відповідають його характеристикі.

Як свідчать результати аналізу судової практики, к.пр., передбачене ст. 361 КК, нерідко вчиняється з метою отримання безкоштовного доступу до Інтернету.

Северодонецький міський суд Луганської області засудив за ч. 1 ст. 361 КК Г., який, маючи достатні навички роботи на комп'ютері, без дозволу провайдера ТОВ «НотелАН» втручався в роботу його мережі під чужими реквізитами. Таке несанкціоноване втручання в роботу комп'ютерної мережі призводило до блокування надходження інформації до офіційних користувачів, унеможливлювало їм доступ до цієї мережі, викривляло процес оброблення інформації, порушувало порядок її маршрутизації.*

*Таку саму кримінально-правову оцінку дав Ленінський районний суд м. Миколаєва діям Л., який зі свого домашнього комп'ютера зайшов на сайт провайдера «Південний Порт» і за допомогою створеної ним програми вчинив втручання у роботу АС, що призвело до витоку інформації – 620 логінів і паролів доступу до Інтернету абонентів вказаного провайдера**.*

Використання для несанкціонованого втручання, караного за ст. 361, спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації потребує кваліфікації ще й за ст. 359 КК.

Отримання інформації в результаті незаконних дій, не поєднаних із несанкціонованим втручанням у роботу комп'ютерів, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку (наприклад, шляхом перехоплення електромагнітного випромінювання, коли під час роботи

* Узагальнення судової практики розгляду справ про злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 2. – С. 30–31.

** Ахтирська Н.М., Антошук В.В. Злочини у сфері комп'ютерних технологій та судова практика розгляду справ цієї категорії // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 2. – С. 45.

комп'ютера сигнали, які формують зображення на дисплеї, можуть за допомогою спеціального обладнання отримуватися на певній відстані від працюючого комп'ютера), має кваліфікуватись не за ст. 361, а залежно від обставин вчиненого – за ст.ст. 111, 114, 163, 182, 231, 330 КК.

Здійснюваний з метою заволодіння, знищення, пошкодження або блокування інформації, а так само з метою спотворення процесу обробки інформації або порушення порядку маршрутизації інформації фізичний вплив на ЕОМ, АС або комп'ютерну мережу (наприклад, викрадення або пошкодження комп'ютера або іншого носія інформації) також не охоплюється складом к.пр., передбаченого ст. 361 КК, і має кваліфікуватись як те чи інше к.пр. проти власності. Задля справедливості відзначимо, що за бажання наведена точка зору може розцінюватись як обмежувальне тлумачення кримінального закону. Адже чинна редакція ст. 361 КК не містить вказівки на те, що несанкціоноване втручання в роботу ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку має супроводжуватися подоланням засобів захисту інформації, а також не обмежує коло способів вчинення цього к.пр. (не містить вказівки на те, що він не може бути вчинений шляхом безпосереднього фізичного впливу на засоби комп'ютерної техніки або телекомунікації).

Якщо несанкціоноване втручання в роботу мережі електрозв'язку вчиняється шляхом умисного пошкодження кабельної, радіорелейної, повітряної лінії зв'язку, проводового мовлення або споруд чи обладнання, які входять до їх складу, і це призводить до тимчасового припинення зв'язку, вчинене слід кваліфікувати за ст. 360 КК.

5.8.2.2. Створення з метою використання, розповсюдження або збуту шкідливих програмних або технічних засобів, а також їх розповсюдження або збут (ст. 361-1 КК). Передбачена у кримінальному законі ознака шкідливості характеризує відповідні програмні і технічні засоби як такі, використання яких заподіює шкоду інформаційним відносинам, засобом забезпечення яких є комп'ютерна техніка чи мережі електрозв'язку. На відміну від інших комп'ютерних програм та обладнання, шкідливі програмні та технічні засоби спеціально розробляються для несанкціонованого втручання, тобто для порушення режиму роботи ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку. Ці засоби спроможні змінити, пошкодити, знищити і заблокувати інформацію, а також забезпечити доступ до неї.

До шкідливих програмних або технічних засобів належать, зокрема, комп'ютерні віруси (**комп'ютерний вірус** – це параметр, який проникає в комп'ютерну програму («заражає» її) і порушує функціонування комп'ютера, а також здатен самостійно копіювати комп'ютерні команди або замінити програмні дані), програми, призначені для нейтралізації комп'ютерних паролів, програми, які забезпечують несанкціонований доступ до інформації, яка зберігається у комп'ютері, АС або

комп'ютерній мережі, емулятори телефонних карток, які дозволяють безкоштовно здійснювати з таксофонів дзвінки у будь-якому напрямі, у т.ч. за межі України.

Дослідження компанії «Майкрософт Україна» показали, що понад 56% продуктів, які розповсюджуються на дисках із нібито ліцензійними програмами, а також викладені для безкоштовного скачування на торентах і сайтах-файлообмінниках, мають вбудовані віруси або програми, за допомогою яких можна дистанційно отримувати доступ до комп'ютера користувача та його персональної інформації.*

*Вироком Ленінського районного суду м. Кіровограда засуджено особу, яка здійснила збут технічного пристрою, який заглушував сигнал мобільного зв'язку. При цьому засуджений як особа, обізнана зі шкідливими властивостями пристрою, надавав консультацію щодо його технічних параметрів, зазначаючи, що при його використанні блокуватимуться будь-які дзвінки мобільного зв'язку. Як встановила експертиза, при користуванні цим пристроєм відбувається переривання (якщо з'єднання вже відбулося) та блокування (якщо абонент, що викликається, перебуває в зоні дії працюючого пристрою) з'єднань оператора мобільного зв'язку між абонентами, пристрій виконує функції щодо блокування та переривання розмов у мережі GSM-зв'язку і за своєю дією є шкідливим технічним пристроєм, призначеним для несанкціонованого втручання в роботу мереж електрозв'язку**.*

*У січні 2011 р. фахівці з комп'ютерної безпеки виявили в Інтернеті шкідливу програму, замасковану під посібник «Справжня Камасутра». Після відкриття файлу з троянським вірусом на екрані запускається слайд-шоу з 13 слайдів, водночас відбувається «зараження» комп'ютера. Надалі такий комп'ютер може використовуватися для DDoS-атак, розсилання спаму та інших цілей. Раніше хакери видавали шкідливе програмне забезпечення за оновлення для браузерів, ігрові програми і навіть запрошення на церемонію вручення Нобелівської премії***.*

За ст. 361-1 КК не можуть кваліфікуватись створення, розповсюдження і збут програмних засобів, не призначених для вчинення злочину, передбаченого ст. 361 КК, і шкідливі властивості яких можуть виявлятися без втручання в роботу ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку (наприклад, програми для розсилки спаму). І це слід визнати вадю чинної редакції ст. 361-1 КК.

Створення шкідливого програмного або технічного засобу – це виготовлення нового такого засобу або перероблення вже існуючого засобу, наслідком чого стає зміна його властивостей і набуття ним якості засобу, придатного для несанкціонованого втручання в ЕОМ, АС, комп'ютерну мережу чи мережу електрозв'язку. Створення може кваліфікуватись за ст. 361-1 КК тільки за наявності відповідної суб'єктивної ознаки – мети використання, розповсюдження або збуту вказаного засобу.

* Кіберзлочинність – це довершена структура з мільйонним обігом // Урядовий кур'єр. – 2012. – № 113.

** Архів Ленінського районного суду м. Кіровограда. Справа № 1-133 за 2010 р.

*** Хакери замаскировали троянский вирус под «Камасутру» // <http://ubr.ua/ukraine-and-world/technology/hakery-zamaskirovali-troianskii-virus-pod-kamasutru-74135>

За ч. 1 ст. 361-1 КК кваліфікував Дрогобицький міськрайонний суд Львівської області дії А., який з метою отримання безкоштовного доступу до Інтернету створив і використав комп'ютерну програму, призначену для сканування мережі провайдера та одержання логінів і паролів, які містились на сервері провайдера, а також для модемного доступу до Інтернету. Надалі А. незаконно отримав доступ до Інтернету.*

До розповсюдження шкідливих програмних засобів слід відносити не тільки надання платного або безплатного доступу до певних предметів невизначеному колу осіб, а і їх поширення шляхом самовідтворення (найчастіше застосовується для розповсюдження комп'ютерних вірусів), «закладання» в програмне забезпечення чи розповсюдження з використанням комп'ютерної мережі. Відсутність в особи, яка розповсюджує шкідливі програмні та технічні засоби за згодою особи, що їх придбаває, відомостей про мету їх подальшого використання не виключає інкримінування ст. 361-1 КК.

«Закладання» шкідливих програмних засобів у програмне забезпечення полягає в тому, що особа включає шкідливу програму до складу використовуваного програмного забезпечення. Одним із таких способів є «троянський кінь», суть якого полягає в тому, що винний розповсюджує якесь корисне програмне забезпечення (наприклад, текстовий редактор, перекладач або навчальну програму), однак, крім корисних функцій, програма містить і приховані функції, призначені для порушення права власності на інформацію.

За сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 361-1, ч. 2 ст. 361 і ч. 1 ст. 163 КК, Першотравневий районний суд м. Чернівців засудив особу. Остання встановила, що існує така категорія шкідливих програмних засобів, які можна створювати шляхом спеціального налаштування вже створених програм. Однією з таких програм є Ardamax keylogger 2.9. Ця програма є трояном-кейлоггером, яка здійснює електронне шпигунство за користувачем «зараженого» комп'ютера: інформація, що вводиться з клавіатури, знімки екрану, список активних програм і дії користувача з ними зберігаються у файлі на диску та періодично відправляються зловмисникові. У мережі Інтернет винний відшукав цю програму і завантажив її собі на комп'ютер. Ознайомившись детально з принципом її дії, він налаштував цю програму таким чином, щоб вся інформація, яку вона збирала на чужих комп'ютерах, надсилалася на його електронну поштову скриньку. Усвідомлюючи, що створена ним комп'ютерна програма є шкідливою програмою, призначеною для несанкціонованого втручання в роботу ЕОМ (комп'ютерів), суб'єкт вирішив розповсюдити її серед необмеженої кількості користувачів локальної мережі одного з провайдерів послуг Інтернету. За допомогою власного комп'ютера і стандартного програмного забезпечення він розмістив вказану шкідливу

* Узагальнення судової практики розгляду справ про злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем та комп'ютерних мереж і мереж електров'язку // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 2. – С. 32.

комп'ютерну програму на сервері локальної комп'ютерної мережі під назвою Winatp_6.0_New_Edition.exe. Знаючи, що Winatp.exe – це назва популярного програвача комп'ютерної музики та фільмів, суб'єкт тим самим намагався приховати від користувачів справжнє призначення цієї шкідливої програми і змусити активізувати її. Один з абонентів локальної мережі завантажив шкідливу програму та активізував її, помиляючись щодо її справжнього призначення. Після «зараження» комп'ютера потерпілого троянська програма Trojan-Spy.Win32.Ardamax.n стала в автоматичному режимі вести електронний журнал натискання користувача на клавіатуру та робити знімки з робочого столу (монітора), після чого зібрану інформацію періодично відправляла на електронну скриньку винного. У результаті останній незаконно ознайомився з реквізитами авторизації потерпілого у комп'ютерній мережі та на сервері електронної пошти, а також зі змістом його листування з друзями та знайомими. За такою самою схемою суб'єкт здійснив розповсюдження троянської програми та несанкціоноване отримання внаслідок її роботи на комп'ютерах потерпілих відповідних відомостей стосовно ще шести осіб*.

Розповсюдження з використанням комп'ютерної мережі полягає у наданні доступу до шкідливих програм шляхом їх розміщення на мережевих носіях інформації або в розсиланні електронною поштою копій шкідливих програм.

*Вироком Кіровського районного суду м. Кіровограда суб'єкт був засуджений за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 361-1 КК. Користуючись локальною комп'ютерною мережею гуртожитків, він завантажив на власний комп'ютер програмні засоби, які призначені для віддаленого зчитування паролів або нейтралізації засобів захисту комп'ютерних програм чи інформації та які після встановлення паролів та їх нейтралізації дають можливість доступу до певної комп'ютерної інформації, комп'ютерної програми, комп'ютерної мережі, операційної системи та здійснення непомітно для власника чи законного користувача несанкціонованої передачі інформації сторонній особі. Надалі винний надав вільний доступ до свого комп'ютера всім абонентам локальної мережі**.*

Розповсюдження шкідливих технічних засобів аналогічне простому розповсюдженню матеріальних предметів. Однак і це діяння має певну специфіку. Крім простого передавання таких засобів, можливим є їх встановлення в ЕОМ, системи або комп'ютерні мережі, які продаються або передаються на іншій підставі (наприклад, в оренду).

Збут шкідливих програмних або технічних засобів відрізняється від розповсюдження тим, що він пов'язаний з відчуженням предмета. Тобто якщо при розповсюдженні предмет залишається в особи (шкідливе програмне забезпечення продовжує знаходитися на мережевому ресурсі, з якого розповсюджується, повертається шкідливий програм-

* Архів Першотравневого районного суду м. Чернівців. Справа № 1-235 за 2008 р.

** Архів Кіровського районного суду м. Кіровограда. Справа № 1-57 за 2008 р.

ний засіб, що передавався для використання), то в результаті збуту він відчужується, тобто не залишається в особи, яка його збуває (зокрема, продаж дисків із записаними на них шкідливими програмами).

За ч. 1 ст. 361-1 КК кваліфікував Личаківський районний суд м. Львова дії М., який на місцевому радіоринку продавав шкідливі комп'ютерні програми під назвою «Все, що потрібно хакеру». Ці програми містили файли, призначені, зокрема, для злому операційних систем комп'ютерів, дистанційного підключення до інших інформаційних систем, масового розповсюдження повідомлень електрозв'язку, сканування номерів кредитних карток, які могли бути використані для втручання у роботу банківських електронних систем.*

За відсутності у чинному КК ст. 361-1 відповідальність за дії, наразі передбачені нею, могла б наставати у межах відповідальності за к.пр., для вчинення яких особа збиралася використовувати шкідливе програмне забезпечення (із застосуванням ст. 14 або ст. 15 КК). Разом з тим використання спеціалізованих програмних чи технічних засобів значно підвищує рівень суспільної небезпеки комп'ютерних злочинів, у зв'язку з чим перспективною видається пропозиція щодо визнання незаконних дій із шкідливими програмними чи технічними засобами кваліфікуючою ознакою таких посягань.

5.8.2.3 Несанкціоновані дії з інформацією, яка обробляється в ЕОМ (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї (ст. 362 КК), полягають у несанкціонованих (тобто здійснюваних без згоди власника комп'ютерної інформації або уповноваженої ним особи): зміні комп'ютерної інформації; знищенні комп'ютерної інформації; блокуванні комп'ютерної інформації; перехопленні комп'ютерної інформації, що призвело до її витоку; копіюванні комп'ютерної інформації, що призвело до її витоку.

Наведене у ст. 362 КК позначення інформації як предмета к.пр. є невдалим: воно громіздке, а за змістом не відрізняється від більш стислого формулювання – комп'ютерна інформація. До того ж це позначення не враховує специфіку такої дії, караної за ч. 2 ст. 362 КК, як перехоплення.

Зміна комп'ютерної інформації означає перекручення змісту відомостей, що робить інформацію цілком або частково непридатною для задоволення потреб особи, яка має право власності на таку інформацію.

Засуджена за ч. 1 ст. 362 КК вироком Індустріального районного суду м. Дніпропетровська С. була визнана винною у тому, що, працюючи касиром банку, з метою приховання недостачі у касі грошей, які надходили від насе-

* Ахтирська Н.М., Антошук В.В. Злочини у сфері комп'ютерних технологій та судова практика розгляду справ цієї категорії // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 2. – С. 46.

лення як оплата за комунальні послуги, змінила у комп'ютері інформацію про прийом платежів, а саме надала останнім вигляд анульованих або платежів, що не відбулися.*

Знищення комп'ютерної інформації має місце тоді, коли вона перестає існувати у формі, яка дозволяє її опрацювання за допомогою комп'ютерної техніки. Блокування комп'ютерної інформації – це позбавлення власника можливості використовувати інформацію для задоволення своїх потреб за умови, що її не втрачено та не підроблено.

У літературі висловлюється думка про невдалість формулювання ч. 2 ст. 362 у зв'язку з тим, що несанкціоновані перехоплення і копіювання комп'ютерної інформації, що призвели до її витоку, можуть і не становити великої суспільної небезпеки. Наприклад, суб'єкт скопіював і розіслав відкриту технічну документацію, яка зберігалась в його комп'ютері, однак це жодним чином не зашкодило власнику таких даних. Висувається пропозиція конкретизувати або кримінальному законі, що заборонено копіювати або перехоплювати комп'ютерні дані з обмеженим доступом**. Оскільки витік інформації є результатом дій, унаслідок яких інформація в системі стає відомою особам, які не мають права доступу до неї (див. ст. 1 Закону «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах»), то із чинної редакції ч. 2 ст. 362 впливає, що предметом несанкціонованого перехоплення або копіювання є комп'ютерна інформація саме з обмеженим доступом. Стверджуючи, що предметом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 362 КК, є лише та інформація, доступ до якої обмежений, А.А. Музика і Д.С. Азаров слушно вказують на некоректність висловлювання про витік загальнодоступної, відкритої інформації, адже право доступу до неї має будь-яка особа***.

Несанкціоноване копіювання можна визначити як поєднане із перевищенням наданих власником прав доступу відтворення комп'ютерної інформації з обмеженим доступом зі збереженням при цьому вихідної інформації. Наприклад, особа має право лише на ознайомлення та внесення змін до певної бази даних, а вона без дозволу створює її копію. При копіюванні інформація відтворюється з використанням безпосереднього доступу до неї.

С., працюючи спеціалістом відділу кредитування фізичних осіб одного з комерційних банків і маючи доступ до бази даних клієнтів та їхніх рахунків, скопіювала інформацію стосовно рахунку одного з клієнтів банку (трансфер і паролі входу до рахунку). Використовуючи цю інформацію, С. через Інтер-

* Ахтирська Н.М., Антошук В.В. Вказ. праця. – С. 45.

** Ращенко Є. Кримінально-правове забезпечення боротьби зі злочинами у сфері використання комп'ютерних технологій // Право України. – 2007. – № 10. – С. 88.

*** Музика А.А., Азаров Д.С. Законодавство про кримінальну відповідальність за «комп'ютерні» злочини: Науково-практичний коментар і шляхи вдосконалення. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2005. – С. 42.

нет поповнювала рахунок свого мобільного телефону і сплачувала рахунки за комунальні послуги. Жовтневий районний суд м. Дніпропетровська кваліфікував дії С. за ч. 2 ст. 362 КК.*

*Вироком Ленінського районного суду м. Миколаєва за ч. 2 ст. 362 КК засуджено П., який, працюючи спеціалістом технічної підтримки канадської компанії і маючи доступ до інформації, яка оброблювалася і зберігалася у комп'ютерній мережі компанії, скопіював три шаблони сайтів, які продав за 30 доларів США, що призвело до витоку інформації**.*

Перехоплення – вид копіювання, особливість якого полягає у способі отримання копії. Відповідно до ст. 3 Конвенції РЄ про кіберзлочинність нелегальним перехопленням є навмисне перехоплення технічними засобами без права на це передач комп'ютерних даних, не призначених для публічного користування, які проводяться з комп'ютерної системи, усередині її або на неї, в тому числі електромагнітні випромінювання комп'ютерної системи, яка містить в собі такі комп'ютерні дані. Несанкціоноване перехоплення: 1) вчиняється за допомогою специфічних технічних засобів; 2) полягає в отриманні копії інформації під час її передавання від одного комп'ютера до іншого, від периферійних приладів до комп'ютера або шляхом сканування та обробки електромагнітних випромінювань під час роботи ЕОМ, АС або комп'ютерних мереж; 3) особа, яка вчиняє перехоплення, не має права на отримання інформації з обмеженим доступом, що є його предметом. Цілком очевидно, що з'ясована суть перехоплення комп'ютерної інформації не узгоджується із законодавчим закріпленням його суб'єкта як спеціального. Особа, яка має право доступу до комп'ютерної інформації, не перехоплює її, а копіює.

Суб'єкт к.пр., передбаченого ст. 362 КК, є спеціальним – це особа, яка має право доступу до комп'ютерної інформації. Зокрема, маються на увазі особи, які перебувають у трудових відносинах з підприємством, організацією, установою, у якій вчинено злочин (особи, які безпосередньо займаються обслуговуванням ЕОМ: оператори, програмісти, інженери, персонал, який займається технічним обслуговуванням і ремонтом комп'ютерної техніки); користувачі ЕОМ, які мають певну підготовку та вільний доступ до комп'ютерної системи; адміністративно-керівний персонал (керівники, бухгалтери, економісти тощо).

М., працюючи провідним інженером відділу пластикових карток одного з комерційних банків і маючи доступ до бази даних клієнтів та їхніх рахунків, з метою заволодіння чужими грошовими коштами виконав операцію з персоналізації сторонньої картки і скопіював на неї інформацію одного з клієнтів банку. Надалі з використанням картки-дубліката М. заволодів коштами

* Узагальнення судової практики розгляду справ про злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем та комп'ютерних мереж і мереж електронного зв'язку // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 2. – С. 33.

** Ахтирська Н.М., Антошук В.В. Злочини у сфері комп'ютерних технологій та судова практика розгляду справ цієї категорії // Вісник Верховного Суду України. – 2008. – № 2. – С. 47.

цього клієнта на суму понад 65 тис. грн. Таким чином, М. як особа, яка мала право доступу до інформації, що оброблялася на комп'ютерах та зберігалася на носіях, несанкціоновано скопіював її, що призвело до витоку інформації і заподіяло значну шкоду. Вироком Печерського районного суду м. Києва М. був засуджений за сукупністю злочинів, передбачених ч. 3 ст. 362 і ч. 4 ст. 191 КК*.

У коло суб'єктів к.пр., передбаченого ст. 362, входять і працівники правоохоронних органів під час виконання обов'язків, пов'язаних із доступом до комп'ютерної інформації.

Представники допоміжного персоналу (водії, охоронці тощо), хоч і можуть мати фактичний доступ до ЕОМ, АС або комп'ютерної мережі, суб'єктом аналізованого к.пр. не визнаються. Якщо перелічені у ст. 362 несанкціоновані дії з комп'ютерною інформацією вчинені особою, яка не має права доступу до неї, вчинене за наявності підстав має кваліфікуватись за ст. 361 КК.

5.8.2.4. *Порушення правил експлуатації ЕОМ, автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку або порушення порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється* (ст. 363 КК).

Із цієї статті КК випливає, що відповідне кримінально каране діяння може виявлятися в одній з 3 **форм**: 1) порушення правил експлуатації ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку; 2) порушення порядку захисту комп'ютерної інформації; 3) порушення правил захисту комп'ютерної інформації. Об'єктивна сторона к.пр. характеризується також суспільно небезпечними наслідками у вигляді значної шкоди (зумовлена тим, що комп'ютерна інформація може бути, наприклад, скопійована, втрачена або заблокована) і причиновим зв'язком між зазначеними діянням і наслідками. Значною шкодою, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається шкода, яка у перевищує 100 і більше нмдг (примітка до ст. 361).

Диспозиція ст. 363 є бланкетною, оскільки відсилає до певних правил. Останні можуть міститись як у законах (наприклад, законах «Про телекомунікації», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах»), так і в підзаконних нормативно-правових актах. Так, правила експлуатації ЕОМ (комп'ютерів), АС, комп'ютерних мереж чи мереж встановлюються відповідним власником і, як правило, містяться в окремих підзаконних актах. Порядок захисту інформації – це визначені нормативно-правовими актами вимоги щодо створення системи захисту інформації та організації її роботи. Правила захисту інформації – вимоги щодо використання системи захисту інформації

* Узагальнення судової практики розгляду справ про злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 2. – С. 31.

певного інформаційного ресурсу. У КК було б достатньо вказівки або лише на порядок, або тільки на правила захисту інформації.

Вказівка на конкретні нормативно-правові акти, порушені винним, має міститись у вирокі суду, яким особа засуджується за вчинення к.пр., передбаченого ст. 363 КК.

Порушення правил експлуатації ЕОМ (комп'ютерів), АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку – це недотримання встановлених вимог, яке може полягати у самостійному встановленні нового програмного забезпечення, підключенні комп'ютерної техніки до електромережі без фільтрів, порушенні порядку включення або відключення комп'ютерної техніки. Прикладом порушення порядку захисту комп'ютерної інформації може також слугувати використання комп'ютерної техніки для роботи з таємною інформацією за відсутності сертифікованої належним чином системи захисту.

Порушення правил захисту комп'ютерної інформації означає недотримання вимог щодо використання системи захисту інформації певного інформаційного ресурсу (наприклад, неналежне зберігання паролів для доступу до інформації).

Суб'єкт к.пр., передбаченого ст. 363, є спеціальним – це особа, яка відповідає за експлуатацію ЕОМ (комп'ютерів), АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку. Такий статус особи встановлюється відповідним наказом або розпорядженням власника інформації чи засобу її автоматизованого опрацювання. Це, як правило, адміністратор відповідних машин, систем чи мереж. Суб'єктом розглядуваного к.пр. не визнається особа, яка лише забезпечує дотримання порядку захисту інформації і не відповідає за експлуатацію ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку.

5.8.2.5. *Перешкоджання роботі ЕОМ (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку шляхом масового розповсюдження повідомлень електрозв'язку* (ст. 363-1 КК). Розповсюдження повідомлень електрозв'язку (точніше – повідомлень, які передаються мережами електрозв'язку) може кваліфікуватись за цією статтею КК лише у тому разі, коли воно було масовим, здійснювалось без попередньої згоди адресатів і призвело до порушення або припинення роботи ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку.

Вважається, що ст. 363-1 криміналізовано спам, який створює зайве, некорисне навантаження на інформаційні системи і може викликати вихід останніх з ладу; також спам може бути носієм вірусів і шкідливих програм*. **Спам** – це електронні, текстові та/або мультимедійні

* Про американський досвід протидії спаму див.: Ковальський В. Чи треба карати за спам? // Іменем Закону. – 2014. – № 15. – С. 19.

повідомлення, які без попередньої згоди споживача умисно масово надсилаються на адресу його електронної пошти або кінцеве обладнання абонента, крім повідомлень оператора, провайдера щодо надання послуг*. Щоправда, формулювання ст. 363-1 далеке від досконалості, у зв'язку з чим у літературі «антиспамовий» потенціал цієї кримінально-правової заборони ставиться під серйозний сумнів. Так, стверджується, що розповсюдження спаму не може кваліфікуватись за ст. 363-1, оскільки таке діяння не порушує і не припиняє роботу ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку, а лише збільшує кількість повідомлень, які треба опрацювати**. Більш виважена позиція з цього питання: під дію ст. 363-1 КК не потрапляє переважна більшість випадків розповсюдження спаму, адже ця норма пов'язує відповідальність із наслідками, які є нетиповими для подібних посягань***.

Розповсюдження повідомлень електрозв'язку слід вважати масовим у випадках, коли такі повідомлення не готуються окремо для кожного адресата, а створюються за використанням можливостей комп'ютера шляхом багаторазового автоматичного копіювання і розсилаються відправником автоматично на адреси, які опинились у його розпорядженні і внесені ним до певного списку, згідно з яким провадиться розсилка****. Оскільки поняття «масове» є оціночним, встановлення того, чи було те або інше розповсюдження повідомлень електрозв'язку масовим, залежить від багатьох обставин конкретного розповсюдження (кількість повідомлень або копій повідомлень, їх розмір, кількість адресатів, час, що було використано для розповсюдження, технічні характеристики обладнання, яке використовувалося для розповсюдження, тощо).

Відсутність попередньої згоди адресатів полягає в тому, що адресат у будь-якій формі (письмово, усно, шляхом використання електронної пошти або в інший спосіб) не давав згоди на надсилання йому повідомлень, що є предметом розглядуваного злочину. Поняттям відсутності попередньої згоди адресатів охоплюються і випадки, коли адресат спочатку давав згоду на отримання певних повідомлень, а згодом відмовився їх одержувати.

Порушення роботи ЕОМ (комп'ютерів), АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку означає таку зміну режиму роботи комп'ютерної техніки або мережі електрозв'язку, яка створює загрозу для їх функці-

* Пункт 1 Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг, затв. постановою КМ від 11 квітня 2012 р. № 295.

** Музика А.А., Азаров Д.С. Законодавство про кримінальну відповідальність за «комп'ютерні» злочини: Науково-практичний коментар і шляхи вдосконалення. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2005. – С. 79.

*** Карчевський М.В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2013. – С. 5, 16.

**** Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1044.

онування, тобто має місце погіршення роботи повністю або частково, тимчасове створення перешкод для використання за призначенням.

Припинення роботи ЕОМ (комп'ютерів), АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку полягає в тимчасовому або остаточному припиненні функціонування комп'ютерної техніки або мереж електрозв'язку, невиконанні ними завдань щодо зберігання, опрацювання, пересилання чи отримання комп'ютерної інформації або інформації, що передається мережами електрозв'язку.

У ст. 363-1 вказується на те, що каране за нею масове розповсюдження повідомлень електрозв'язку вчинюється умисно. Питання, чи може психічне ставлення винного до суспільно небезпечних наслідків у вигляді порушення або припинення роботи ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку бути необережним, в юридичній літературі вирішується суперечливо. Якщо давати на це питання ствердну відповідь (а чинна редакція ст. 363-1 очевидно не виключає таку можливість), правоохоронні органи повинні притягувати до кримінальної відповідальності, наприклад, працівників Інтернет-компаній, які займаються масовою розсилкою рекламних повідомлень або навіть вітальних листів, якщо в результаті надходження навіть одного такого повідомлення персональний комп'ютер почав «перезавантажуватись» чи протягом тривалого часу «зависло» з'єднання мережею. Кількість вказаних масових розповсюджень повідомлень електрозв'язку рахується мільйонами, а зважаючи на недосконалість комп'ютерної техніки (особливо операційних систем) кількість її збоїв обраховується тисячами*.

Отже, поліпшена ст. 363-1 має виключати необережність стосовно порушення або припинення роботи ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку. Ще одним варіантом удосконалення КК могла б стати регламентація відповідальності за масове розповсюдження повідомлень електрозв'язку у межах кримінально-правової заборони, присвяченої несанкціонованому втручанням в роботу ЕОМ (комп'ютерів), АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку.

Література

- Азаров Д.С. Злочини у сфері комп'ютерної інформації (кримінально-правове дослідження). – К.: Атіка, 2007. – 304 с.
- Карчевський М.В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – 528 с.
- Разуваев В.Э. Правовые вопросы борьбы со спамом как средством ведения информационной войны // Государство и право. – 2006. – № 7. – С. 83–89.

* Ращенко Є. Кримінально-правове забезпечення боротьби зі злочинами у сфері використання комп'ютерних технологій // Право України. – 2007. – № 10. – С. 89.

Запитання і завдання

1. Проаналізуйте відповідність Конвенції РЄ про кіберзлочинність від 23 листопада 2001 р. вітчизняних кримінально-правових заборон щодо к.пр. у сфері використання комп'ютерів, комп'ютерних систем і мереж та мереж електрозв'язку.

2. Здійсніть порівняльно-правовий аналіз кримінального законодавства України та інших держав про відповідальність за комп'ютерні злочини.

3. З'ясуйте вади заборон, передбачених розділом XVI Особливої частини КК України, і запропонуйте шляхи їх усунення.

Рекомендуємо прочитати

- Вальтер Попп, Бернхард Шлінк «Правосуддя Зельба».

5.9. Кримінальні правопорушення проти порядку здійснення службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг

5.9.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти порядку здійснення службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг

5.9.1.1. Система зазначених к.пр. на сьогодні є вельми складною, навіть якщо до неї включати лише к.пр., передбачені розділом XVII Особливої частини КК, і не брати до уваги десятки інших статей КК, якими передбачена кримінальна відповідальність за різні діяння, вчинені шляхом використання службового становища.

Будь-яку систему можна визначити, взявши за критерій включення до неї наявність або відсутність тієї або іншої ознаки. Вже із назви розділу XVII Особливої частини КК впливає можливість поділу усіх відповідних к.пр. за *сферою їх вчинення* на к.пр. проти порядку здійснення:

- 1) службової діяльності;
- 2) професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг.

При цьому першу з цих груп к.пр. за критерієм суб'єкта їх вчинення можна поділити ще на чотири підгрупи, виділивши к.пр. проти порядку здійснення службової діяльності, відповідальність за які може нести:

- службова особа юридичної особи публічного права;
- службова особа юридичної особи приватного права;
- будь-яка службова особа;
- загальний суб'єкт.

Водночас другу з названих груп також можна поділити ще на дві підгрупи, виділивши відповідні к.пр., відповідальність за які можуть нести: а) особа, яка надає публічні послуги – аудитор, нотаріус тощо; б) загальний суб'єкт. Відобразимо це в таблиці (див. табл. 26).

Таблиця 26. Система кримінальних правопорушень проти порядку здійснення службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг

Кримінальні правопорушення проти порядку здійснення службової діяльності				Кримінальні правопорушення проти порядку здійснення професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг	
Суб'єкт – службова особа юридичної особи публічного права	Суб'єкт – службова особа юридичної особи приватного права	Суб'єкт – будь-яка службова особа	Суб'єкт – загальний	Суб'єкт – особа, що надає публічні послуги	Суб'єкт – загальний
Зловживання владою або службовим становищем (ст. 364)	Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права (ст. 364-1)	Службове підроблення (ст. 366)	Підкуп службової особи юридичної особи приватного права (частини 1 і 2 ст. 368-3)	Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2)	Підкуп особи, яка надає публічні послуги (частини 1 і 2 ст. 368-4)
Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (ст. 365)	Підкуп службової особи юридичної особи приватного права (частини 3 і 4 ст. 368-3)	Службова недбалість (ст. 367)	Пропозиція або надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369)	Підкуп особи, яка надає публічні послуги (частини 3 і 4 ст. 368-4)	
Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди (ст. 368)		Зловживання впливом (частини 2 і 3 ст. 369-2)	Зловживання впливом (ч. 1 ст. 369-2)		
Незаконне збагачення (ст. 368-2)		Провокація підкупу (ст. 370)			

Визначення відповідних суб'єктів містяться:

– найбільш широке, яке стосується усіх службових осіб, – в частинах 3 і 4 ст. 18 КК;

– більш вузьке, яке стосується тільки службових осіб юридичних осіб публічного права, – у пунктах 1 і 2 примітки до ст. 364 КК.

Якщо взяти за основу створення системи такий критерій, як корупція, можна поділити зазначені к.пр. на два види: 1) корупційні к.пр.; 2) інші к.пр. проти порядку здійснення службової діяльності та професійної

діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (про їх розмежування див. нижче).

5.9.1.2. Цікавими є статистичні дані ДСА про засуджених за злочини, передбачені розділом XVII Особливої частини КК (див. табл. 27). З таблиці вбачається, що поступово частка осіб, засуджених за «традиційними» статтями, зменшується – з 97,6% у 2011 р., коли КК було доповнено новими ст.ст. 364-1, 365-2, 368-2, 368-3, 368-4, до 92,9% у 2013 р.

Дані про кількість засуджених осіб цікаво порівняти також з даними МВС, згідно з якими протягом 2010/2011 рр. за ст. 364 КК було порушено 4543/4306 кримінальних справ, за ст. 365 КК – 827/837 справ, а в 2012 р. (станом на 1 листопада) – 1829 та 328 справ, відповідно. Переважна більшість цих справ була закрыта. А ось що зазначив Міністр юстиції України щодо результатів боротьби з корупцією у 2013 р.: «З 2345 кримінальних проваджень за корупційні правопорушення тільки 74 особи фактично понесли відповідальність. Жодного високопосадовця не було притягнуто навіть до адміністративної відповідальності за корупційні діяння»*.

Виходячи з цього було підготовлено і направлено до МЮ проект Закону щодо невідворотності покарання за корупційні к.пр., яким запропоновано стосовно осіб, які їх вчинили:

– унеможливити звільнення від кримінальної відповідальності (зміни до ст.ст. 45–48 КК), призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (зміни до ст. 69 КК), і звільнення від покарання та його відбування (зміни до ст.ст. 74, 75, 79, 81 КК);

– встановити більш суворий режим заміни невідбутої частини покарання більш м'яким покаранням, у т.ч. в порядку амністії та помилування (зміни до ст.ст. 82, 86, 87 КК);

– передбачити, що позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю як додаткове покарання призначається судом, незалежно від того, чи передбачене воно в санкції, коли з урахуванням характеру к.пр., вчиненого за посадою або у зв'язку із професійним заняттям певною діяльністю, зокрема пов'язаною із виконанням функції представника влади чи місцевого самоврядування, організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, суд визнає за неможливе збереження за засудженим зазначеного права (зміни до ст. 55 КК);

– встановити річний (замість нульового) строк погашення судимості для осіб, засуджених до основного покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, а також заборонити дострокове зняття судимості з осіб, засуджених за умисні тяжкі та особливо тяжкі, а також корупційні злочини (зміни до ст. 90 і ст. 91 КК).

Ці пропозиції були прийняті і відображені у затвердженому КМ у липні 2014 р. Плані першочергових заходів з подолання корупції (п. 3).

* Павло Петренко. 100 днів в Міністерстві юстиції // <http://blogs.pravda.com.ua/authors/ppetrenko/53945cf2b6e7e/>

Таблиця 27. **Кількість осіб, засуджених за злочини проти порядку здійснення службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, у 2011–2013 рр.**

Статті (частини статей) КК	Кількість засуджених осіб		
	2011 р.	2012 р.	2013 р.
Стаття 364	757	543	317
Стаття 365	180	145	94
Стаття 366	564	352	419
Стаття 367	393	337	282
Стаття 368	735	702	731
Стаття 369	50	84	80
Стаття 370	0	0	0
Загалом за ст.ст. 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370	2679 (97,6%)	2163 (95,2%)	1923 (92,9%)
Стаття 364-1	15	40	44
Стаття 365-2	1	2	1
Стаття 368-2	7	11	15
Частини 1 і 2 ст. 368-3	2	1	2
Частини 3 і 4 ст. 368-3	1	21	42
Частини 1 і 2 ст. 368-4	0	0	3
Частини 3 і 4 ст. 368-4	1	4	3
Стаття 369-2	0	22	27
Загалом за ст.ст. 364-1, 365-2, 368-2, 368-3, 368-4	32 (2,4%)	101 (4,8%)	137 (7,1%)
Усього (ст.ст. 364–370)	2745	2273	2069

5.9.1.3. До основних **особливостей** к.пр., передбачених розділом XVII Особливої частини КК, слід віднести такі:

1) їх родовим, а так само основним безпосереднім *об'єктом* є встановлений законом порядок здійснення своїх повноважень посадовими та службовими особами органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ та організацій, а також особами, які надають публічні послуги.

Зазначений основний безпосередній об'єкт у складах багатьох інших передбачених КК к.пр., що вчиняються службовими особами з використанням службового становища (ст.ст. 132, 137, 145, 154 та ін.), є додатковим обов'язковим об'єктом – це двооб'єктні к.пр. зі спеціальним суб'єктом – службовою особою.

У тих складах к.пр., де йдеться про їх вчинення службовою особою з використанням службового становища як про кваліфікуючу ознаку (ч. 2 ст. 149, ч. 3 ст. 157, ч. 10 ст. 158, ч. 2 ст. 158-2, ч. 2 ст. 159, ч. 2 ст. 160 та десятки інших), зазначений об'єкт є додатковим факультативним об'єктом.

В обох цих ситуаціях посягання на вказаний об'єкт враховано законодавцем у відповідних статтях, а тому кваліфікація зазначених к.пр. за сукупністю із к.пр., передбаченими розділом XVII Особливої частини КК, виключається (крім випадків реальної сукупності);

2) з *об'єктивної сторони* усі розглядувані к.пр. (за винятком тих, що полягають у пропозиції, обіцянці або наданні неправомірної вигоди, а також зловживанні впливом) характеризуються спільними рисами, до яких належать вчинення діяння з використанням влади чи службового становища (службових повноважень) і всупереч інтересам служби або інтересам юридичної особи приватного права;

3) значна частина к.пр. проти порядку здійснення службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (ст.ст. 364, 364-1, 365, 365-2, 367), передбачає як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді *істотної шкоди* охоронюваним законом правам (свободам) та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, зміст якої, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, визначено у п. 3 примітки до ст. 364 КК;

4) *суб'єкт* переважної більшості цих к.пр. (крім передбачених частинами 1 і 2 ст. 368-3, частинами 1 і 2 ст. 368-4 і ст. 369) – спеціальний. Це службова особа (юридичної особи публічного права, юридичної особи приватного права чи будь-яка службова особа) або особа, яка надає публічні послуги (аудитор, нотаріус, оцінювач тощо). Від них слід відрізняти, зокрема, працівника державного підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою. Останній за прийняття пропозиції, обіцянки і за одержання неправомірної вигоди за наявності відповідних підстав несе відповідальність за частинами 3 і 4 ст. 354 КК, а особа, яка пропонує, обіцяє чи надає йому таку вигоду, – за частинами 1 і 2 цієї статті;

5) квазікримінальну відповідальність за діяння, передбачені ст.ст. 368-3, 368-4, ст.ст. 369, 369-2 КК, несуть також юридичні особи;

6) із *суб'єктивної сторони* всі к.пр. проти порядку здійснення службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, за винятком службової недбалості, є умисними.

5.9.1.4. Згідно із ст. 477 КПК деякі к.пр. проти порядку здійснення службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, є к.пр. «приватного обвинувачення». Тобто без спеціальної заяви потерпілого не може бути порушене кримінальне провадження щодо:

– зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми (ст. 364-1), зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2 КК);

– заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем, крім вчиненого організованою групою, або шкода від якого завдана державним інтересам (ст. 191), заволодіння документами, штампами, печатками шляхом зловживання службовим становищем (ст. 357 КК) – якщо вони вчинені чоловіком (дружиною) потерпілого, іншим близьким родичем чи членом сім'ї потерпілого, або якщо вони вчинені особою, яка щодо потерпілого була найманим працівником і завдала шкоду виключно власності потерпілого.

5.9.1.5. Говорячи про систему й особливості службових к.пр. за КК України, корисно для порівняння розглянути, як визначаються **система й особливості аналогічних кримінальних правопорушень в інших державах**. Ось кілька прикладів.

Розділ 22 «Злочинні порушення посадових обов'язків і пов'язані з ними злочинні діяння» Особливої частини КК Австрії визнає злочинними діяннями: зловживання адміністративною владою, у т.ч. вчинене при веденні справ з іноземною державою, наддержавною чи міждержавною установою (§ 302); необережне порушення чиновником свободи особи чи права на недоторканність житла (§ 303); прийняття дарунків чиновниками (§ 304), керівними посадовими особами громадської установи (§ 305), експертами (§ 306), а також помічниками зазначених посадових осіб та експертів (§ 306-а); пропозиція, обіцянка чи гарантування передачі зазначеним особам дарунків-хабарів (§ 307); порушення чиновником чи колишнім чиновником службової таємниці (§ 310); неправильне засвідчення чиновником права, правових відносин чи факту (§ 311); мучення або зневажливе ставлення до ув'язненого (ст. 312).

У контексті ст. 312 КК Австрії доречно згадати рішення ЄСПЛ у справі Рібіч проти Австрії від 4 грудня 1995 р., в якому Суд зазначив, що поліція несе відповідальність за будь-яку особу, яка перебуває під арештом, оскільки ця особа повністю знаходиться у владі поліції. У випадку отримання тілесних ушкоджень в цей період саме уряд має надати докази, які ставлять під сумнів слова потерпілого про те, що тілесні ушкодження він отримав в результаті неналежного поведіння з боку поліцейських.*

Німецький законодавець намагався сконцентрувати склади усіх відповідних діянь в одному розділі. Їм передусім присвячено розділ 30 Особливої частини КК ФРН «Посадові злочинні діяння» (в іншому перекладі – «Карані діяння на службі»).

Класифікуючи їх, треба передусім виділити злочинні діяння, пов'язані з корупцією. Це: одержання вигоди (§ 331); продажність (одержання хабара) (§ 332); надання вигоди (§ 333); підкуп (§ 334); винагорода третейського судді (§ 337). До цієї самої групи слід віднести ще два злочинних діяння. Перше з них передбачено розділом 4 КК ФРН, а саме § 108-е «Підкуп депутатів», друге – не включеною до КК нормою про відповідальність іноземних депутатів за хабарництво в процесі міжнародних ділових відносин (§ 2 Закону ФРН про боротьбу з хабарництвом в державах ЄС).

* Європейський суд по правах человека: Избранные решения: В 2 т. – М., 2001. – Т. 2. – С. 166–173.

Усі інші, передбачені розділом 30 КК ФРН, діяння за критерієм суб'єкта (яким не завжди є посадова особа) можна умовно поділити на дві групи – злочинні діяння, що можуть бути вчинені:

1) будь-якою посадовою особою (загальні): завдання тілесного ушкодження при виконанні посадових обов'язків або у зв'язку з їх виконанням (§ 340); незаконне стягнення непередбачених зборів, зменшення платежу (§ 353); незаконне розголошення відомостей про судовий розгляд (§ 353-d); підбурювання підлеглого до вчинення злочинного діяння (§ 357);

2) тільки спеціальною посадовою особою (у ФРН усі посадові особи мають чітко визначену сферу здійснення повноважень) чи іншим спеціальним суб'єктом. У цій групі окремо можна виділити злочинні діяння, які вчиняються:

– суддею, іншою посадовою особою чи третейським суддею – винесення неправосудного вироку (§ 339);

– посадовою особою, призначеною для участі у застосуванні примусових заходів (у кримінальному процесі, провадженні, пов'язаному з адміністративним затриманням, провадженні з відшкодування грошової шкоди, у дисциплінарному процесі чи в суді честі, або у виконанні вироку): примушування до дачі показань (§ 343); переслідування невинуватого (§ 344); виконання вироку щодо невинуватого (§ 345);

– посадовою особою, яка має повноваження зі складання публічних документів – фальшиве офіційне засвідчення (§ 348);

– посадовою особою, адвокатом чи іншим захисником: незаконне стягування гонорару чи іншої винагороди (§ 352); таке, що суперечить справі, одночасне обслуговування захисником в одному і тому самому процесі сторін, які сперечаються (§ 356);

– посадовою особою, яка перебуває на дипломатичній службі, – втрата нею довіри під час перебування на дипломатичній службі (§ 353-a);

– посадовою особою або деякими іншими спеціальними категоріями осіб, які зобов'язані зберігати таємницю (особою, спеціально уповноваженою на виконання публічних обов'язків, особою, яка виконує завдання і повноваження з представництва робітників і службовців у державних установах, експертом, службовцем церкви, який виконує посадові функції): порушення службової таємниці і особливого обов'язку зберігання таємниці (§ 353-b); порушення податкової, комерційної, виробничої таємниці (§ 355).

Надзвичайно гарно розробленою є система посадових злочинів у КК Іспанії. Посадові особи і державні службовці, яким в Іспанії надані значні повноваження у всіх сферах державного управління, несуть сувору відповідальність за вчинення будь-яких дій, що суперечать їхньому статусу, та за невиконання покладених на них функцій.

До вказаної системи слід включити:

1) переважну більшість злочинів, передбачених розділом XIX «Злочини проти державної влади» Книги 2. Це: посадові злочини державних службовців та інших (глава I); невиконання обов'язку переслідувати злочини (глава II); непокору і відмову у допомозі (глава III); віроломство у зберіганні документів та порушенні секретів (глава IV); хабарництво (глава V); вплив (глава VI); розтрата (глава VII); обман і незаконне обкладання (глава VIII); заборонене укладання угод державними службовцями і перевищення ними влади (глава IX);

2) посадові злочини і невиконання обов'язку перешкоджати вчиненню злочинів та обов'язку кримінального переслідування (глави I і II розділу XX «Злочини проти судової влади» Книги 2);

3) злочини, вчинені державними службовцями проти конституційних гарантій (глава V розділу XXI «Злочини проти Конституції» Книги 2;

4) кілька десятків злочинів, передбачених іншими главами і розділами Книги 2, суб'єктами яких є посадові особи та державні службовці.

Специфічними посадовими та службовими злочинами, передбаченими розділом XIX (ст.ст. 404–445), є, зокрема, такі: винесення завідомо несправедливого рішення з адміністративного питання (ст. 404); перешкоджання кримінальному переслідуванню за вчинення злочинів та винних у них осіб (ст. 407 і ст. 408); підбурювання до колективної незаконної відмови від виконання службових обов'язків чи організація такої відмови (ст. 409); відкрита відмова здійснити належне виконання судового рішення, законного рішення вищестоящих посадових осіб (ст. 410 і ст. 411); відмова від належного сприяння судовій владі чи іншим органам влади, незважаючи на вимогу компетентної посадової особи, відмова на вимогу приватної особи надати їй допомогу для запобігання злочину проти життя людини або злочину проти фізичної недоторканності, сексуальної свободи, здоров'я чи волі особи, або іншого злочину (ст. 412); надання згоди на незаконний доступ до секретної документації (ст. 415); використання грошей чи майна не в інтересах державної служби (ст. 433); заподіяння шкоди державі під час участі у публічних торгах чи розпродажу державного майна, зокрема шляхом змови із зацікавленими особами (ст. 436); стягнення податків, тарифів за недійсними преїскурантами або у більшому розмірі, ніж передбачено законом (ст. 437); шахрайство чи незаконне привласнення шляхом зловживання своїми повноваженнями (ст. 438); допомога приватним товариствам чи особам з питань, у вирішенні яких державний службовець брав участь на підставі своїх службових повноважень (ст. 441); використання посадовою особою чи державним службовцем секретної чи іншої виключної інформації з метою отримати економічну вигоду (ст. 442); сексуальні домагання до службово залежних чи піднаглядних осіб (ст.ст. 443–445).

9 статей цього самого розділу, що входять до глави V «Хабарництво», передбачають відповідальність за різні види і форми одержання та давання хабара чи подарунка. У ст. 422 визначено, що суб'єктом одержання хабара можуть бути також присяжні засідателі, третейські судді, експерти та інші особи, які беруть участь у здійсненні публічних функцій.

Нарешті, Законом від 11 січня 2000 р. № 3 КК Іспанії було доповнено новим розділом XIX-bis «Злочини, пов'язані з корупцією у міжнародних комерційних відносинах». Цей розділ містить одну ст. 445-bis, яка в аспекті Конвенції про корупцію у контексті кримінального права (1999 р.) визначила злочином хабарництво державних службовців іноземних держав чи міжнародних організацій.

5.9.2. Службове зловживання

5.9.2.1. Зловживання владою або службовим становищем, передбачене ст. 364 КК, визнається к.пр. за сукупності трьох ознак: 1) використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби; 2) вчинення цього діяння з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи; 3) завдання істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб.

З об'єктивної сторони це к.пр. може дістати вияв у формі: 1) зловживання владою або 2) зловживання службовим становищем, – які завдали істотну шкоду.

Зловживання владою – це вчинене всупереч інтересам служби використання службовою особою, яка має владні повноваження, своїх повноважень щодо пред'явлення вимог або прийняття рішень, обов'язкових для виконання іншими особами. Зловживати владою може представник влади, а також службова особа, яка виконує організаційно-розпорядчі обов'язки, адже вона стосовно підпорядкованих їй осіб також має владні повноваження. **Зловживання службовим становищем** – це використання службовою особою всупереч інтересам служби своїх повноважень і можливостей, пов'язаних з посадою. Фактично зловживання службовим становищем охоплює собою і зловживання владою, оскільки використовувати всупереч інтересам служби службова особа може як владні, так й інші повноваження та можливості.

5.9.2.2. Необхідно мати на увазі, що склади зловживання владою або службовим становищем (службове зловживання) містяться не тільки у ст. 364 КК. Існують ще **три групи** (а загалом – понад сто) **спеціальних складів службового зловживання**. Вони передбачені:

1) іншими статтями розділу XVII Особливої частини КК (ст.ст. 364-1, 365, 365-2, 366, 370). Від к.пр., передбаченого ст. 364 КК, їх треба відмежовувати за ознаками суб'єкта (якщо їх суб'єктом є, наприклад, службова особа юридичної особи приватного права або інша спеціальна службова особа), об'єктивної сторони, а також за метою;

2) статтями, що містяться в інших розділах Особливої частини КК, де службова особа є спеціальним суб'єктом простого складу к.пр. (ст.ст. 132, 137, 145, 154, ч. 4 ст. 157, ч. 11 ст. 158, ч. 3 ст. 160, ч. 2 ст. 171, ст. 173, ч. 2 ст. 191, ч. 2 ст. 209-1, ст.ст. 210, 211, 212, 212-1, 219, 222-1, 223-2, 232, 232-2, 238, 253, ч. 2 ст. 262, ст. 271, ч. 2 ст. 308, ч. 2 ст. 312, ч. 2 ст. 313, ч. 2 ст. 320, ст.ст. 328, 329, 330, 340, 351, 357, 371, 372, 373, 374, 375, 376-1, 380, 381, 425, 426, 427, 428). Як вже зазначалось, це двооб'єктні к.пр. Від к.пр., передбаченого ст. 364 КК, їх треба відмежовувати за ознаками основного безпосереднього об'єкта, предмета, потерпілого, суб'єкта (якщо їх суб'єктом є спеціальна службова особа), об'єктивної сторони, а також за метою;

3) статтями, що містяться в інших розділах Особливої частини КК, де службова особа є спеціальним суб'єктом кваліфікованого складу к.пр. (ч. 2 ст. 149, ч. 3 ст. 157, ч. 10 ст. 158, ч. 2 ст. 158-2, ч. 2 ст. 159, ч. 2 ст. 160 та ін.). Від к.пр., передбаченого ст. 364 КК, їх треба відмежовувати за ознаками предмета, потерпілого, суб'єкта (якщо їх суб'єктом є спеціальна службова особа), об'єктивної сторони, а також за метою.

Відповідно, існування такої великої кількості складів к.пр. з однорідним суб'єктом, однаковим безпосереднім об'єктом, схожими об'єктивною та суб'єктивною сторонами створює значні складнощі для їх пра-

вильної кваліфікації. Розв'язати цю проблему можна двома шляхами: а) визначення безпосередньо в законі та уточнення в теорії загальних правил кваліфікації к.пр.; б) уніфікації підстав кримінальної відповідальності за службове зловживання (можливо – шляхом виключення багатьох перелічених статей із КК).

Можна було б встановити у КК правило, відповідно до якого у випадку, коли к.пр. вчинене службовою особою з використанням свого службового становища, кваліфікація здійснюється за статтею (частиною статті) Особливої частини КК, що передбачає вчинене особою діяння, і за відповідною частиною ст. 364 КК; при цьому покарання призначається з урахуванням правил, викладених у ст. 70 КК. Це положення не повинно застосовуватися лише у окремих випадках, коли вчинення к.пр. службовою особою як спеціальним суб'єктом прямо зазначене як ознака складу злочину.

Схожий підхід передбачено в п. 1 примітки до глави 35 КК Білорусі: службова особа, яка використала власні повноваження для вчинення будь-якого злочину, крім злочину, передбаченого главою 35 («Злочини проти інтересів служби»), несе відповідальність за сукупністю злочинів; при цьому вчинення такого злочину визнається істотною шкодою, передбаченою главою 35; правило про сукупність злочинів не застосовується, якщо вчинення службовою особою злочину передбачено як ознака іншого злочину.

5.9.2.3. Одним із найбільш поширених, суміжних із зловживанням владою або службовим становищем к.пр., є **перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу** (ст. 365 КК).

Загалом сумнівною є необхідність збереження у КК загальних складів службового зловживання, яке здійснюється шляхом перевищення влади або службових повноважень (ст. 365). Адже у конкретних випадках відмежувати вчинення працівником правоохоронного органу службового зловживання шляхом зловживання владою чи службовим становищем (або шляхом зловживання повноваженнями) від вчинення його шляхом перевищення влади чи службових повноважень або перевищення повноважень надзвичайно складно.

У літературі загально визнаними є такі рекомендації:

– кримінально протиправний характер дій службової особи при перевищенні влади або службових повноважень дістає вияв у тому, що службова особа вчиняє те чи інше діяння по службі, яке не входить до її компетенції (вона виходить за межі наданих їй повноважень, діє у незаконний спосіб (незаконними методами). Саме в цьому полягає принципова відмінність цього к.пр. від зловживання владою або службовими повноваженнями, за якого службова особа, діючи в межах її повноважень, визначених законом, використовує їх всупереч інтересам служби;

– як перевищення влади або службових повноважень кваліфікуються: а) вчинення дій, які є компетенцією вищестоящої службової особи – працівником правоохоронного органу цього відомства чи службової особи – працівником правоохоронного органу іншого відомства; б) вчинення дій, виконання яких дозволяється тільки в особливих випадках або з особливого дозволу, або з додержанням особливого порядку, – за відсутності цих умов; в) вчинення одноособово дій, які могли бути вчинені колегіально; г) вчинення дій, які ніхто не має права виконувати або дозволяти;

– перевищення влади або службових повноважень утворює склад к.пр., передбаченого ст. 365, лише у випадку вчинення службовою особою – працівником правоохоронного органу дій, які явно виходять за межі наданих їй законом прав і повноважень. Явний вихід службової особи – працівника правоохоронного органу за межі наданих їй повноважень слід розуміти як відкритий, очевидний, зрозумілий для всіх, у т.ч. для винного, безсумнівний, відвертий. При вирішенні питання про те, чи є вихід за межі наданих прав або повноважень явним, слід враховувати, наскільки він був очевидним для службової особи, і чи усвідомлювала вона протиправність своєї поведінки*.

Незважаючи на ці рекомендації у конкретних випадках – через прогалини, колізії в законодавстві та з інших причин – надто складно виявити, діє особа в межах своїх повноважень чи виходить за них, відбувається останнє явно або неявно. За такої складності практичного сенсу у виділенні цього виду службового зловживання немає – крім випадків, коли перевищення влади полягає в застосуванні фізичного або психічного насильства.

Саме тому законодавець зробив «півкроку» у напрямі усунення цих труднощів: згідно із Законом від 21 лютого 2014 р. змінено редакцію ст. 365 КК і визначено єдиним суб'єктом цього к.пр. працівника правоохоронного органу. Остаточним кроком треба було б вважати трансформацію перевищення влади або службових повноважень у перевищення влади, що супроводжується фізичним насильством або погрозою його застосування.

Наразі перевищення влади або службових повноважень, яке супроводжується: а) насильством або погрозою застосування насильства; б) застосуванням зброї чи спеціальних засобів; в) болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями, – розглядається як кваліфікований вид цього к.пр. (ч. 2 ст. 365). При цьому воно утворює кваліфікуючий склад перевищення влади або службових повноважень лише за відсутності ознак катування (ст. 127), тобто за відсутності мети,

* Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид. – К.: Юридична думка, 2012. – С. 1061–1062.

з якою застосовується катування (побої, мучення та інші насильницькі дії), – примусити потерпілого чи іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, у т.ч. отримати від нього або іншої особи відомості чи визнання або з метою покарати його чи іншу особу за дії, вчинені ним або іншою особою чи у вчиненні яких він або інша особа підозрюються, а також з метою залякування чи дискримінації його або інших осіб. У разі встановлення такої мети вчинені службовою особою болісні і такі, що ображають особисту гідність потерпілого, дії за наявності інших ознак катування потребують правової оцінки за ст. 127 КК.

5.9.2.4. Існують й інші практичні проблеми, пов'язані з чинною редакцією ст. 364 і ст. 365 КК.

11 жовтня 2011 р. Печерський районний суд м. Києва визнав винною Т. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 365 КК, і призначив їй покарання у вигляді позбавлення волі на строк сім років з позбавленням права обіймати посади в органах державної влади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, на строк три роки. За обставинами справи, Т. у січні 2009 р., обіймаючи посаду Прем'єр-міністра України, будучи службовою особою, використала надані їй владу та службові повноваження у злочинних цілях та діючи умисно, вчинила дії, які явно виходили за межі наданих їй прав та повноважень, що спричинило тяжкі наслідки. Згідно з вироком суду цей злочин полягав у тому, що Т., вступивши вимогам ст. 19 Конституції України, Регламенту КМ, одноособово затвердила директиви делегації НАК «Нафтогаз України» на переговори з ВАТ «Газпром» щодо укладення Контракту купівлі-продажу природного газу в 2009–2019 рр. та Контракту про обсяги та умови транзиту природного газу через територію України на період з 2009 по 2019 рр., дала голові правління НАК «Нафтогаз України» вказівки щодо підписання контрактів на економічно невигідних та неприйнятних для України умовах, вручила йому зазначені директиви, обов'язкові для виконання, повідомила йому недостовірну інформацію про те, що положення вказаних директив затверджені 19 січня 2009 р. відповідним розпорядженням КМ.*

Ця справа викликала значний резонанс в українському суспільстві і в світі загалом не лише з тієї причини, що засуджено було экс-Прем'єр-міністра, а й тому, що Т. було засуджено за прийняття, хоча й сумнівного з точки зору його економічних наслідків, але по суті політичного рішення, до того ж прийнятого на межі виправданого ризику і за відсутності корисливих мотивів. Отже, постало питання про доцільність існування кримінальної відповідальності за прийняття найвищими державними посадовцями важливих для держави рішень під впливом сукупності складних економічних і зовнішньополітичних факторів взагалі, а також за відсутності корисливих мотивів.

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 18536012 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

У зв'язку з цим мали місце кілька спроб здійснити декриміналізацію відповідного діяння. Йдеться про кілька законопроектів, якими пропонувалось:

– не поширювати відповідальність за злочини, передбачені ст. 364 і ст. 365 КК, на членів колегіальних органів державної влади та осіб, які обіймають політичні посади (№ 9157 від 15 вересня 2011 р.);

– виключити з КК ст.ст. 364, 364-1, 365-2, ч. 1 ст. 365, ч. 1 ст. 424 і водночас зробити «те саме діяння, вчинене службовою особою з використанням службового становища», кваліфікуючою ознакою відповідних злочинів (№ 9213 від 23 вересня 2011 р.);

– визначити умовою відповідальності за перевищення службових повноважень мету – одержання неправомірної вигоди для себе чи іншої особи (№ 9533 від 6 грудня 2011 р.);

– виключити кримінальну відповідальність за перевищення службових повноважень, крім випадків, коли воно пов'язане із насильством, погрозою насильства тощо (№ 9533-1 від 16 грудня 2011 р.);

– не поширювати відповідальність за зловживання службовим становищем, перевищення службових повноважень на Президента України і членів КМ, і умовою відповідальності за ці злочини визначити мету – одержання неправомірної вигоди для себе чи іншої особи (№ 9767 від 1 лютого 2012 р.);

– виключити із КК ст. 365-1 і ст. 424, а суб'єктом злочину, передбаченого ст. 365, визначити тільки працівника правоохоронного органу; водночас у ст. 364 слова «з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або інтересах третіх осіб» замінити словами «з метою одержання неправомірної вигоди» (№ 1099 від 14 грудня 2012 р.).

Все завершилось прийняттям Закону від 21 лютого 2014 р., яким було реалізовано ідеї законопроекту № 1099 від 14 грудня 2012 р.: ст. 364 КК прийнято у новій редакції, що відповідає міжнародним зобов'язанням України, ст.ст. 365-1, 423 і 424 КК виключено, а суб'єктом злочину, передбаченого ст. 365, визначено тільки працівника правоохоронного органу.

Так, Конвенція ООН проти корупції від 11 грудня 2003 р. пропонує криміналізувати, зокрема, «умисне зловживання службовими повноваженнями або службовим становищем, тобто здійснення будь-якої дії чи утримання від здійснення дій, що є порушенням законодавства, державною посадовою особою під час виконання своїх функцій з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи». Чимало держав, керуючись цією нормою, передбачили у відповідних статтях своїх КК зазначену мету як умову відповідальності за зловживання службовим повноваженням.

Згадаємо також *Доповідь про зв'язок між політичною і кримінальною відповідальністю міністрів* (ухвалена Венеціанською комісією на 94 пленарному засіданні 8–9 березня 2013 р.). У ній зазначено, зокрема, таке:

– в Естонії законодавець скасував у 2007 р. положення кримінального закону про зловживання службовим становищем, які передбачали покарання за «умисне зловживання посадовою особою її службовим становищем з наміром заподіяти значну шкоду, або якщо значна шкода була заподіяна охоронюваним законом правам та інтересам іншої особи або суспільним інтересам». Це положення було скасовано через його занадто загальне й розпливчате

формулювання, яке робило його важко передбачуваним щодо того, які саме дії повинні вважатися кримінально караними. Це могло викликати проблеми відповідно до ст. 7 ЄКПЛ (див. ЄКПЛ, *Liivik v. Estonia*, 25 June 2009, par. 84) (п. 50);

– найбільшою проблемою є те, що до міністрів уряду в багатьох державах можуть застосовуватися дуже широкі й розпливчасті положення про кримінальну відповідальність за «зловживання повноваженнями» або інші аналогічні злочини. Такі положення поширюються на всіх державних посадових осіб. Але що стосується міністрів, то особлива проблема полягає у підвищеному ризику зловживань цими положеннями з боку політичних опонентів у політичних цілях (п. 99);

– положення, що забороняють «зловживання повноваженнями» або аналогічні злочини, можна знайти в низці європейських правових систем, і Венеціанська комісія визнає, що може існувати необхідність у таких зазальних положеннях. Водночас такі широкі кримінально-правові норми глибоко проблематичні з огляду на їхню непередбачуваність і правову невизначеність, і вони також є особливо вразливими для політичних зловживань (п. 100);

– Венеціанська комісія вважає, що національні кримінально-правові положення про «зловживання повноваженнями», інші аналогічні положення слід тлумачити у вузькому значенні, щоб їх можна було застосовувати тільки у випадку вчинення тяжких злочинів, таких як, наприклад, серйозні злочини проти національних демократичних процесів, порушення основних прав, порушення неупередженості державного управління тощо. У справах про «зловживання службовим становищем» або «зловживання повноваженнями», пов'язані з економічними інтересами, може бути також доречною вимога про намір одержання особистої вигоди. Нарешті, покарання повинне бути помірним і менш суворим, ніж покарання за більш конкретні злочини, наприклад корупцію (п. 102).

Таким чином, особлива проблема полягає у підвищеному ризику зловживань певними положеннями КК з боку політичних опонентів у політичних цілях. Тому, по-перше, криміналізованими мають бути лише діяння, що відповідають принципу юридичної визначеності, і, по-друге, відповідальність за них не може бути надто суворою (суворішою ніж, наприклад, відповідальність, встановлена законом за посягання на найбільшу цінність – життя людини). Поки що в Україні цих двох правил не дотримано.

Проблемою залишається і призначення покарання за злочини, передбачені ст. 364 і ст. 365 КК. Так, з 25 осіб, засуджених у 2012 р. за ч. 3 ст. 365 КК, за якою була засуджена і экс-Прем'єр-міністр України Т., лише сімох було засуджено до позбавлення волі, з них трьох – на строк від 5 до 10 років. Проти дев'яти осіб справи було взагалі закрито – за амністією чи з інших причин, а 15 осіб (60%) звільнено від покарання з випробуванням. Схожа ситуація склалась і в 2013 р.: із 11 осіб, засуджених за ч. 3 ст. 365 КК, лише п'ятьох було засуджено до позбавлення волі, з них чотирьох – на строк від 5 до 10 років. Проти сімох осіб справи закрито.

Зі схожого приводу ЄСПЛ у своєму рішенні у справі «Алексахін проти України», де йшлося про жорстоке поводження з боку працівника міліції, внаслідок чого потерпілий став інвалідом, зазначив, що призначивши працівнику

міліції м'яке покарання, не пов'язане з позбавленням волі, держава в результаті сприяла «відчуттю безкарності» працівника правоохоронного органу замість того, щоб показати, що терпимості до таких дій не буде.

5.9.3. Корупційні кримінальні правопорушення і кримінальні правопорушення, пов'язані з корупцією

5.9.3.1. Всупереч поширеній думці про те, що корупція – це ознака сучасної України, зазначимо, що скоріш вона є наслідком соціалістичної системи господарювання і радянської бюрократичної системи, характерними рисами яких були дефіцит товарів і послуг, тіньове підприємництво, протекціонізм.

Одним з перших декретів радянської влади був Декрет Ради народних комісарів від 8 травня 1918 р. «Про хабарництво», а вже у 1922 р. при прийнятті першого радянського КК влада вимушена була передбачити за хабарництво розстріл. Смертна кара за цей злочин застосовувалась майже всі роки існування СРСР, але проблему корупції жорстокість покарання не вирішувала, так само як не вирішує її в сучасному Китаї, де починаючи з 2000 р. за одержання хабарів було розстріляно близько 10 тис. чиновників, а ще 120 тис. засуджено до 10–20 років ув'язнення. Хабарництво в СРСР було одним із найбільш поширених злочинів. Ось широко відомі факти. У 1969 р. під час розслідування «азербайджанської справи» стало відомо: стаття суддею у республіці коштувало 30 тис. карбованців, а секретарем райкому КПРС – 100 тис. В Москві на той час за посаду директора магазину платили від 10 до 30 тис. карбованців, залежно від товарообігу. У 1980-х рр. було порушено кримінальні справи про хабарництво Міністра внутрішніх справ СРСР М. Щьолокова і першого секретаря Краснодарського крайового комітету КПРС С. Медунова, за якими було засуджено усього 1,5 тис. партійних і радянських функціонерів, а ще 5 тис. одночасно звільнено з роботи.

Схоже, що з корупцією не боролись і за часів імператорської Росії. Тому вона має ще й таке коріння, що ховається у традиціях.

Михайло Салтиков-Шчедрін: «Хабар знищує перешкоди й скорочує відстані, він робить серце чиновника доступним для пересічних негод»; «У нижчих місцях... хабарі невеликі дають. У середніх місцях... з малістю не підходить. А у верхніх місцях... тим цілий куш подавай» («Пошехонська старовина»). Олександр Герцен: «Якби в Росії чиновники не брали хабарів, життя в країні було б зовсім неможливим». У трилогії «Шемакин суд» Євгена Саліас-де-Турнеміра один з персонажів роману – дійсний статський радник Попов міркував про хабарництво: «Невже Росію не можна позбавити цього вікового зла?» І завжди відповідав собі: «На жаль, не можна! Нічого зробити неможливо!...». Максим Горький: «У Росії красти будуть завжди, поки хто-небудь не украде все».

Проте досвід багатьох зарубіжних держав (зокрема, Латвії, Грузії, Польщі, Португалії, Швеції, Сінгапуру, Гонконгу) демонструє, що рівень корупції навіть в тих державах, де він був надзвичайно високим, може бути знижено до мінімального рівня завдяки рішучому запровадженню комплексних антикорупційних заходів.

5.9.3.2. КК не обмежує корупційні к.пр. лише одержанням неправомірної вигоди і водночас прямо не виділяє корупційні к.пр. із к.пр. проти порядку здійснення службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Для з'ясування того, які саме з них є корупційними, слід звернутися до визначення корупційних правопорушень, яке міститься у ст. 1 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції». Отже, діяння визнається **корупційним правопорушенням**, якщо воно:

1) є умисним;

2) містить ознаки корупції;

3) вчинене певним суб'єктом – особою, зазначеною у ст. 4 цього Закону (йдеться про такі п'ять категорій осіб: особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування; прирівняні до них особи; особи, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, та особи, спеціально уповноважені на виконання таких обов'язків у юридичних особах приватного права; посадові особи та працівники юридичних осіб; фізичні особи – у разі одержання від них зазначеними вище особами або за участю цих осіб іншими особами неправомірної вигоди);

4) за нього законом встановлена юридична відповідальність певного виду, зокрема кримінальна.

Три з цих ознак не потребують особливих роз'яснень. Для відповіді на питання про те, чи містить діяння ознаки корупції, необхідно здійснити аналіз поняття «корупція», яке також міститься у ст. 1 згаданого Закону. Такий аналіз дає можливість встановити наявність трьох форм корупції (**див. табл. 28**).

Таблиця 28. **Діяння, які можуть бути визнані корупційними правопорушеннями**

Зміст діяння	Мета
Використання службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей	Одержати неправомірну вигоду
Прийняття обіцянки/пропозиції неправомірної вигоди для себе чи інших осіб	Мета не має значення
Обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у ст. 4 Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам	Схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей

Розглядаючи справу про корупційні правопорушення та введення в дію антикорупційних законів, КС у своєму Рішенні від 6 жовтня 2010 р. № 21-рп/2010 прямо вказав на необхідність врахування того, що термін «корупція» означає «використання особою наданих їй службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей з метою одержання

неправомірної вигоди або прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб».

Далі КС роз'яснив, чому діяння, яке не відповідає змісту терміна «корупція», не може визнаватися корупційним правопорушенням: «У ратифікованих Україною Цивільній конвенції про боротьбу з корупцією 1999 р., Кримінальній конвенції про боротьбу з корупцією 1999 р., Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції 2003 р. корупційна діяльність безпосередньо пов'язується з корисливими діями (бездіяльністю) посадової особи при виконанні покладених на неї службових обов'язків. Зазначене може прирівнюватися до давання чи отримання хабара, зловживання службовим становищем чи впливом, сприяння відмиванню отриманих від корупційних злочинів доходів, їх приховування, розкрадання чи нецільового використання майна, перешкоджання здійсненню правосуддя, а також незаконного збагачення як значного збільшення доходів, яке перевищує законні доходи особи і яке вона не може раціонально обґрунтувати, тощо».

5.9.3.3. Як впливає із зазначеного вище, **невід'ємними ознаками** корупції є, з одного боку: використання службових повноважень та відповідних можливостей як форма діяння; неправомірна вигода як його предмет або як мета, – а з іншого: обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди як форма діяння; використання службових повноважень та відповідних можливостей як його мета.

Виходячи з цих ознак **корупційними** є (або за певних умов можуть бути визнані) к.пр., передбачені:

1) ст.ст. 364, 364-1, 365-2 КК – оскільки вони полягають у використанні службових повноважень та відповідних можливостей з метою одержання неправомірної вигоди;

2) ст.ст. 368, 368-3, 368-4, 369 і 369-2 КК – оскільки вони полягають в одержанні неправомірної вигоди (чи прийнятті її пропозиції/обіцянки) або її наданні (пропозиції/обіцянці), поєднаному з використанням службових повноважень та відповідних можливостей;

3) іншими статтями КК, якщо ці к.пр. вчинені службовою особою з використанням службових повноважень та відповідних можливостей та з метою одержання неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи. Зокрема, це можуть бути к.пр., передбачені:

– ст.ст. 191, 262, 308, 312, 313, 357 (заволодіння різними видами чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем);

– ст.ст. 157, 158, 158-2, 159, 160, 171, 172, 210, 211, 219, 222-1, 223-2, 232, 232-1, 238, 253, 271, 319, 330, 365, 366, 371, 372, 375, 376-1, 426 та ін., – якщо їх вчинено з корисливою метою чи з корисливих мотивів, в інших особистих інтересах чи інтересах третіх осіб, за умови, що ці

інтереси полягають в протекціонізмі стосовно близької особи або бажанні отримати взаємну послугу, заручитися підтримкою у вирішенні якого-небудь питання тощо, тобто охоплюються поняттям «неправомірна вигода».

Водночас *не можуть бути визнані корупційними* к.пр., передбачені, наприклад, ст. 366 – якщо їх вчинено в таких особистих інтересах, які задовольняються не за рахунок інших осіб (наприклад, особистий інтерес полягає у прагненні задовольнити почуття помсти, заздрості, кар'єризму, приховати свою некомпетентність тощо); ст. 367 – оскільки корупційне к.пр. завжди є умисним; ст.ст. 368-2, 370 – оскільки передбачені ними діяння не відповідають ознакам корупції.

Отже, корупційні к.пр. можуть мати одну з таких **трьох форм**:

1) використання службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди (наприклад, ст.ст. 364, 364-1, 365-2 КК). Ознаками цієї форми корупції є:

– діяння у вигляді використання службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей;

– суб'єкт – особа, зазначена у ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції»;

– мета – одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб;

2) прийняття обіцянки/пропозиції неправомірної вигоди або одержання такої вигоди (наприклад, ст. 368, частини 3 і 4 ст. 368-3, частини 3 і 4 ст. 368-4 КК). Ознаки цієї форми корупції:

– діяння у вигляді прийняття обіцянки/пропозиції неправомірної вигоди або одержання такої вигоди для себе чи інших осіб;

– предмет – неправомірна вигода;

– суб'єкт – особа, зазначена у ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції»;

3) обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди певній особі з визначеною метою (наприклад, частини 1 і 2 ст. 368-3, частини 1 і 2 ст. 368-4, ст. 369 КК). Ознаками цієї форми корупції є:

– дія у вигляді обіцянки/пропозиції чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам;

– мета – схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей;

– суб'єкт – будь-яка фізична особа.

Під **пропозицією** у ст.ст. 354, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2, 370 КК слід розуміти висловлення певній особі наміру про надання неправомірної вигоди, а під **обіцянкою** – висловлення такого самого наміру, але з повідомленням про час, місце, спосіб надання неправомірної вигоди. Неправомірну вигоду може бути обіцяно, запропоновано, надано і прийнято як особисто, так і через посередників – це для визнання таких діянь корупцією значення не має.

Той факт, що певні діяння не відповідають встановленим в зазначеному Законі ознакам корупційного правопорушення, означає, що їх вчинення може тягнути лише покарання та інші *звичайні* правові наслідки, визначені в санкціях відповідних статей та інших положеннях КК, і не тягне *спеціальних* правових наслідків вчинення корупційного правопорушення. Зокрема, стосовно діянь, які не є корупційними правопорушеннями, не повинні застосовуватись положення Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», згідно з якими: відомості про осіб, яких притягнуто до відповідальності, підлягають занесенню до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні правопорушення; ці особи підлягають обов'язковому звільненню зі служби (посади).

5.9.3.4. Поняття **неправомірної вигоди** міститься у ст. 1 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції» і в примітках до ст.ст. 364-1, 368-2 КК. Це – грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав.

До 2013 р. у ст.ст. 368, 369 і 370 КК використовувалось поняття «хабар». Оскільки, як зазначалось у п. 4 постанови ПВС від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво», одержання хабара є корисливим злочином, то під хабаром розумілась незаконна винагорода матеріального характеру, тобто предмет хабара мав виключно матеріальний характер (гроші, цінні папери, рухоме і нерухоме майно тощо). Іншими словами, суд завжди повинен був обрахувати його розмір, виражений у гривнях. У чинному КК визначено, що неправомірна вигода може мати нематеріальний характер. Це має місце тоді, коли вона дістає вияв у нематеріальних активах, а також у нематеріальних перевагах, пільгах і послугах.

Нематеріальні активи, як визначено у ПК (підпункти 14.1.120 і 14.1.40 ст. 14, підпункт 145.1.1 ст. 145 і підпункт 164.2.3. ст. 164) – це, зокрема, право: на об'єкти промислової власності; на комерційні позначення (торговельні марки, фірмові найменування тощо); авторське право і суміжні права; користування майном (земельною ділянкою, будівлею, на оренду приміщень) і майновими правами, у т.ч. природними ресурсами; гудвіл (вартість ділової репутації); використання економічних та інших привілеїв тощо.

Усі названі активи також мають свою вартість.

Проте для змісту поняття «неправомірна вигода» принциповим якраз є те, щоб воно розумілось якнайширше. Як писав А. Фейєрбах, німецький кримінолог XIX століття, засобом підкupu є все те, що може слугувати для задоволення честолюбства, пихи або чуттєвості.

Відповідно до ст. 2 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією предметом корупції має бути визнана будь-яка неправомірна перевага, надана певним особам для них особисто чи для інших осіб, з метою

заохочення їх до виконання чи невиконання своїх службових обов'язків. Але наскільки широкими можуть бути межі цього поняття?

У зв'язку з цим в теорії виникло цікаве питання про те, чи можуть бути визнані неправомірною вигодою послуги з написання дисертації або послуги проститутки, наркокур'єра, кілера та інші, які є на ринку нелегальних послуг. Якщо їх запропоновано, обіцяно надати чи надано відповідній особі, і вони відповідають проголошеній у названій Конвенції меті «заохочення до виконання чи невиконання службових обов'язків», то діяння має кваліфікуватися як прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою, підкуп службової особи юридичної особи приватного права або підкуп особи, яка надає публічні послуги, за відповідною частиною ст.ст. 368, 368-3 або ст. 368-4 КК. Якщо особа, яка надає публічні послуги, використовує свої повноваження з метою отримання неправомірної вигоди саме у такій формі, то її діяння може бути кваліфіковане за ст. 365-2 як зловживання повноваженнями, а аналогічне діяння відповідної публічної службової особи – за ст. 365 КК як зловживання службовим становищем.

5.9.3.5. Крім корупційних к.пр., треба виділити також кримінальні та інші **правопорушення, пов'язані з корупцією**. З огляду на зазначені вище ознаки корупційних правопорушень їх не можна назвати корупційними, водночас їх вчинення є однією з умов збереження високого рівня корупції в державі та його зростання. Йдеться, зокрема, про:

- втручання службової особи з використанням службового становища у здійснення виборчою комісією чи комісією з референдуму їх повноважень (ч. 4 ст. 157);
- порушення порядку фінансування виборчої кампанії кандидата, політичної партії (ст. 159-1);
- втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, працівника державної виконавчої служби (ст. 343), державного діяча (ст. 344), судових органів (ст. 376), в роботу автоматизованої системи документообігу суду (ст. 376-1);
- бездіяльність військової влади (ст. 426); службове підроблення (ст. 366);
- перевищення службових повноважень працівником правоохоронного органу (ст. 365);
- незаконне збагачення (ст. 368-2);
- будь-які інші к.пр., вчинені службовими особами з використанням службового становища, але без мети одержати неправомірну вигоду;
- проступки, які мають характер кримінальних, але за чинним законодавством вважаються адміністративними: порушення особою встановлених законом обмежень щодо зайняття підприємницькою чи іншою оплачуваною діяльністю, порушення особою встановлених законом обмежень щодо входження до складу органу управління чи

наглядової ради підприємства або організації, неподання або несвоєчасне подання декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру, неповідомлення або несвоєчасне повідомлення про відкриття валютного рахунка в установі банку-нерезидента, неповідомлення особою безпосереднього керівника про наявність конфлікту інтересів, незаконне розголошення або використання в інший спосіб особою у своїх інтересах інформації, яка стала їй відома у зв'язку з виконанням службових повноважень, невжиття передбачених законом заходів у разі виявлення корупційного правопорушення, неправомірна відмова в наданні інформації, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності (ст.ст. 172-4, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 212-3 КАП).

5.9.3.6. Одним із ефективних способів протидії корупції є реалізація кримінальної відповідальності за **незаконне збагачення**. Зміст цього явища-діяння відповідно до ст. 368-2 КК полягає в одержанні службовою особою неправомірної вигоди у значному розмірі або у передачі нею такої вигоди близьким родичам за відсутності ознак, зазначених у ст. 368 КК.

Окремі науковці вважають, що ця стаття порушує конституційний принцип презумпції невинуватості, оскільки обов'язок доводити законність одержання майна фактично покладається на підозрювану особу, і справжньої потреби в існуванні ст. 368-2 немає. На їхню думку, слід вдосконалювати цивільно-правовий порядок вилучення безпідставно набутого майна, у межах якого для ефективної боротьби з корупцією природним було б покласти обов'язок доводити законність походження майна на володільця останнього*.

Проте така думка суперечить міжнародно-правовим зобов'язанням України, зокрема ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, яка зобов'язує Україну криміналізувати «значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати».

Наразі пропонується змінити законодавче формулювання незаконного збагачення у ст. 368-2 КК і визначити його як «набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність (користування) майна, вартість якого значно перевищує її доходи, отримання яких підтверджено законними джерелами, або передача нею такого майна близьким родичам»; при цьому значним перевищенням вважати різницю між вартістю майна та доходами, отриманими із законних джерел, в розмірі, що дорівнює або перевищує річний офіційний дохід особи за основним місцем роботи.

* Дудоров О., Зеленев Г. Відповідальність за корупційні злочини. Огляд основних новел кримінального законодавства // Юридичний вісник України. – 2013. – №№ 39; 40; № 41.

Автори цієї законодавчої пропозиції небезпідставно вважають, що відповідальність за незаконне збагачення є одним з найбільш дієвих засобів протидії корупції, оскільки не залежить від виявлення та переслідування конкретних корупційних діянь, а зосереджена на наявності надмірного майна публічного службовця, яке не можна пояснити законними джерелами отримання доходів. Така відповідальність у тій чи іншій формі передбачена в близько 40 державах світу*.

При цьому положення нової редакції ст. 368-2 сформульовано таким чином, щоб було забезпечено додержання права особи на презумпцію невинуватості та права не свідчити проти себе.

Згідно з практикою ЄСПЛ кримінальне право допускає наявність презумпції з питань факту чи права, якщо така презумпція є розумною, пропорційною і може бути спростованою, а також якщо йдеться про важливі суспільні інтереси і забезпечено право особи на захист (див. рішення у справі *Salabiaku v. France*, заява № 10519/83, рішення від 7 жовтня 1988 р.).

Формулювання злочину незаконного збагачення не передбачає перекладення тягаря доведення на обвинуваченого – орган державного обвинувачення повинен навести докази всіх елементів відповідного складу злочину, а саме: суб'єкт злочину – особа, яка виконує функції держави або місцевого самоврядування; набуття у власність чи користування особою певного майна; законні джерела доходів цієї особи, наявність різниці між доходами, отриманими з таких джерел, та майном, яке знаходиться у власності чи користуванні особи, відсутність інших законних джерел, які можуть пояснити таку різницю, тощо.

Що ж до права не свідчити проти себе, то ЄСПЛ підтвердив, що це право не є абсолютним (див., зокрема, рішення у справі *O'Hallaran and Francis v. the United Kingdom*, заяви №№ 15809/02 та 25624/02, рішення від 29 червня 2007 р., стосовно обов'язку власника транспортного засобу надати пояснення про особу, яка перебувала за кермом під час вчинення порушення правил дорожнього руху).

Публічні службовці знають, що до них ставляться особливі вимоги щодо доброчесності та контролю за їхньою діяльністю. Тому навіть пряма вимога в законі надати пояснення з тим, щоб спростувати встановлене органом досудового розслідування припущення щодо незаконності майна, яке не відповідає законним джерелам доходів, була би прийнятною. Водночас така пряма вимога в пропонованій редакції ст. 368-2 КК не передбачена. Особа має право, але не зобов'язана надати пояснення щодо джерел таких нез'ясованих доходів та їхньої законності. При цьому відсутність такого пояснення може враховувати-

* Див.: World Bank, *On the Take – Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, 2012 // www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/On_the_Take_Criminalizing_Illicit_Enrichment_to_Fight_Corruption.pdf

ся судом при прийнятті рішення як одна з обставин, яка має значення для прийняття рішення по суті. У рішенні у справі John Murray v. United Kingdom (заява № 18731/91, рішення від 8 лютого 2006 р.) ЄСПЛ визнав, що суд може робити негативні висновки з мовчання обвинуваченого, коли фактичні обставини справи явно вимагають від особи надати пояснення, якщо при цьому таке мовчання не є основною підставою для обвинувального вирок^{*}.

5.9.3.7. Ефективним засобом протидії корупції можуть бути також перевірки потенційних корупціонерів «на стійкість», які проводяться у багатьох державах світу в межах здійснення оперативно-розшукової діяльності.

Натомість в Україні передбачена кримінальна відповідальність за провокацію підкупу (ст. 370 КК). У цьому зв'язку важливо розрізняти між собою поняття **«провокація»** і **«контрольоване вчинення»** (до речі, вони стосуються не лише корупції, а й правопорушень, пов'язаних з наркотиками, сутенерством тощо).

Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією від 27 січня 1999 р. передбачає в ст. 23, що кожна сторона повинна вжити необхідних законодавчих та інших заходів, в тому числі таких, що дозволяють застосування спеціальних методів розслідування, для полегшення збору доказів. У пояснювальному звіті Конвенції вказується, що «спеціальні методи розслідування» можуть включати: використання таємних агентів, прослуховування телефонних розмов, перехоплення телекомунікацій і доступу до комп'ютерних систем.

Згідно з практикою ЄСПЛ розслідування, таємне або ні, що використовується для створення підозри, порушує права людини. Тому ЄСПЛ визначив точні умови, за яких дозволена законом «провокація» не порушує права людини.

За матеріалами справи «Баннікова проти Росії» від 4 листопада 2010 р., існують виключні критерії, за якими оперативні дії, що симулюють правопорушення, пов'язані з хабаром, є правомірними. По-перше, це «матеріальний – основний тест» (substantive test), який включає такі елементи: 1) правопорушення було б вчинене і без втручання представників правоохоронних органів; 2) офіцер під прикриттям просто «приєднався» до вже вчинюваного правопорушення і не підбурював до його вчинення; 3) суб'єкт такої оперативної дії не зазнав будь-якого примушування до вчинення правопорушення. По-друге, це «процесуальний тест» – дотримання процедури, за якою визначається вина у підбурюванні.

^{*} Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про Національне бюро антикорупційних розслідувань» // http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50428

В справі «Раманаускас проти Литви» від 5 лютого 2008 р. провокації хабара підлягав сам прокурор. На думку суду, перевірку таємними агентами можна вважати легітимною, оскільки вона супроводжується точними процесуальними обмеженнями і заходами безпеки; однак публічний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих в результаті підбурювання з боку правоохоронних органів, бо це означало б від початку ризик абсолютного позбавлення обвинуваченого права на справедливий судовий розгляд (див., серед інших джерел, Тейксейра де Кастро проти Португалії, §§ 35–36 і 39; Худобін проти Росії, § 128; Ваньян проти Росії, §§ 46, 47).

Голова GRECO Драго Кос в своєму експертному висновку до проекту Закону «Про Національне бюро антикорупційних розслідувань України» (законопроект № 5031, зареєстрований у ВР 29 липня 2009 р.) від 27 серпня 2009 р. зазначив: «Протидія корупції неможлива, якщо відповідні органи не мають юридично чітких та зрозумілих повноважень», і нагадав, що метод контрольованого вчинення є відомим в інших юридичних системах як «фіктивне» або «симульоване» хабарництво і дає чудові результати в протидії корупції, а також розглядається як доказ справжньої волі боротися проти корупції.

ЄСПЛ, з огляду на використання цього методу в багатьох країнах, підтвердив, що він не є порушенням ЄКПЛ, якщо виконуються такі умови: 1) метод має бути передбачений в законодавчому акті; 2) він має бути відмежований від провокації (яка заборонена); 3) повинні існувати запобіжники, у т.ч. у вигляді судового контролю тощо (див., зокрема, рішення у справах Міліньєне проти Литви [Miliniene v. Lithuania], Раманаускас проти Литви [Ramanauskas v. Lithuania], Волохи проти України [Volokhy v. Ukraine]). У рішенні ЄСПЛ у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 р. з цього приводу вказано: «Потрібно... розмежовувати справи, у яких негласні агенти провокують виникнення злочинного наміру, якого до того не було, від тих, де підозрюваний вже мав намір вчинити злочин. У цій справі поліцейські лише виявили вже існуючий злочинний намір, надавши можливість Тейксейра де Кастро реалізувати його».

Чинна ст. 370 КК «контрольоване вчинення» фактично не забороняє, оскільки говорить виключно про «свідоме створення обставин і умов, що зумовлюють» вчинення іншою (підконтрольною) особою певних дій, «щоб потім викрити» цю особу.

Виявлення службовою особою вже існуючого в особи наміру надати чи прийняти неправомірну вигоду і створення нею можливостей для реалізації такого наміру, якщо відсутні ознаки схилення до таких дій шляхом умовляння, погроз, примусу чи іншим чином з метою наступного викриття не можна вважати провокацією підкупу.

Як зазначає В.О. Навроцький, дії, які полягають у контрольованій пропозиції потенційним хабарникам майнової винагороди, не посягають на жодний правоохоронюваний об'єкт: вони порушують не законні права особи, суспільства, держави, а виключно інтереси корупціонера щодо ухилення від кримінальної відповідальності. Пропозиція хабара з метою викриття хабарника не є схиленням до злочину, оскільки

хабарник насправді злочину вчинити не зможе, бо його дії є контрольованими. Поведінка і того, хто пропонує «хабар», і того, хто схильний його прийняти, аж ніяк не порушує нормальної діяльності органів держави чи апарату підприємств, установ, організацій. Відсутня і спільність посягання, адже принаймні одна особа вчиняє не злочин, а суспільно корисну дію. Положення про контрольовану пропозицію чи давання хабара видається прийнятним і з урахуванням вчення про крайню необхідність*.

При визначенні того, чи мало місце порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ у зв'язку із провокацією злочину, ЄСПЛ оцінює ситуацію на предмет: 1) наявності ознак підбурювання особи до вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів (матеріальний аспект) і 2) дотримання позитивних зобов'язань держави розглянути належним чином заяву особи про схиляння її до вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів (процесуальний аспект). На думку ЄСПЛ, провокація злочину по суті має місце, коли співробітники правоохоронних органів не обмежуються переважно пасивним установленням обставин можливого вчинення особою злочину з метою збору відповідних доказів і, за наявності для того підстав, притягнення її до відповідальності, а підбурюють цю особа до вчинення злочину. При визначенні того, чи обмежилися співробітники правоохоронних органів переважно пасивним установленням обставин можливого вчинення злочину, ЄСПЛ розглядає два фактори: а) наявність підстав для проведення відповідних заходів – тобто конкретних й достатніх фактичних даних, що вказують на можливе вчинення особою злочину і б) роль співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину – тут ЄСПЛ розглядає момент початку здійснення ними відповідного заходу, щоб визначити, чи «приєдналися» вони до злочину, який особа вже почала вчиняти без будь-якої участі з їхнього боку (див. рішення у справах «Сеніл проти Туреччини» (Sepil v. Turkey, скарга № 7711/07), «Тейксейра де Кастро проти Португалії» (Teixeira de Castro v. Portugal, скарга № 25829/94) (п. 38), «Барк Хун проти Туреччини» (Burak Hun v. Turkey, скарга № 17570/04) (п. 44), «Худобін проти Росії» (Khudobin v. Russia, скарга № 59696/00) (п. 134), «V. проти Фінляндії» (пункти 63 і 70).

У розробленому проекті Закону «Про державне бюро розслідувань» (п. 11 «Прикінцевих і перехідних положень»), внесеному на розгляд ВР 10 квітня 2014 р. за № 3042, запропоновано доповнити ст. 370 КК приміткою такого змісту: «Примітка. Не вважаються провокацією підкупу: 1) виявлення службовою особою спеціально уповноваженого суб'єкта у сфері протидії корупції вже існуючого в особи наміру надати чи одержати неправомірну вигоду і створення нею можливостей для реалізації такого наміру, якщо відсутні ознаки підбурювання чи примушування до таких дій з метою наступного викриття у наданні чи одержанні неправомірної вигоди; 2) проведення відповідно до закону перевірки

* Навроцький В. Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 4. – С. 157–162.

на добросовісність особи – суб'єкта відповідальності за корупційні правопорушення».

З метою належного захисту «викривачів» корупції також необхідно доповнити ст. 172 КК новою частиною, в якій встановити посилену відповідальність за: незаконне звільнення з роботи чи примушування до звільнення за власною ініціативою; притягнення до дисциплінарної відповідальності; застосування керівником або роботодавцем інших негативних заходів впливу (незаконне переведення, атестація, зміна умов праці) щодо працівника – у зв'язку з його службовою чи громадською антикорупційною діяльністю.

Література

- Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика: Навч. посібн. – К.: Юрис-консульт, 2006. – 342 с.
- Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К.: Атіка, 2011. – 424 с.

Запитання та завдання

1. Яка система службових к.пр. із існуючих в світі видається вам оптимальною? Обґрунтуйте свою позицію.

2. Подумайте, за якими ознаками ви будете розмежовувати між собою передбачені КК України діяння, вчинені службовою особою з використанням службового становища.

3. Ознайомтесь на сторінці «Законопроекти» веб-сайту ВР зі змістом законопроектів № 9157 від 15 вересня 2011 р., № 9213 від 23 вересня 2011 р., № 9533 від 6 грудня 2011 р., № 9767 від 1 лютого 2012 р., № 1099 від 14 грудня 2012 р. та з експертними висновками щодо них і з'ясуйте, у чому полягають основні вади цих законопроектів.

4. Чим відрізняються корупційні к.пр. від інших службових к.пр.?

Рекомендуємо прочитати

- Микола Гоголь «Ревізор».
- Григорій Квітка-Основ'яненко «Мертвецький великдень».
- Олександр Сухово-Кобилін «Діло».
- Еміль Золя «Марсельські таємниці».
- Віктор Пелевін «Священна книга оборотня».
- Натан Дубовицький «Околонуля».

Радимо подивитись

- Серпіко (США, Італія, 1973, режисер Сідні Люмет).
- Принц міста (США, 1981, режисер Сідні Люмет).
- Вердикт за гроші (США, 2003, режисер Гері Фледер).
- Слава судді! (Гонконг, 1994, режисер Д. Вонг).

5.10. Кримінальні правопорушення проти правосуддя

5.10.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти правосуддя

5.10.1.1. Існує кілька різних критеріїв для класифікації к.пр. проти правосуддя. Але найкраще особливості цих к.пр. розкриваються у разі створення їх системи за критерієм суб'єкта. Одночасно покажемо, скільки осіб із усіх засуджених за злочини проти правосуддя засуджено за відповідними групами злочинів (див. табл. 29).

Таблиця 29. **Види злочинів проти правосуддя та кількість засуджених за них осіб у 2012/2013 рр.**

Суб'єкти злочинів проти правосуддя			
Службові особи, які здійснюють чи забезпечують здійснення правосуддя (засуджено 5/3 осіб – 0,2/0,1%)	Засуджені та особи, які перебувають під вартою (засуджено 2957/2547 осіб – 83,5/83,0%)	Інші учасники провадження (засуджено 312/252 осіб – 8,8/8,2%)	Особи, які не є учасниками кримінального провадження (засуджено 267/265 осіб – 7,5/8,6%)
<p>ст. 371 – завідомо незаконні затримання, привід, арешт або тримання під вартою; ст. 372 – притягнення завідомо невинуватого до кримінальної відповідальності; ст. 371 – завідомо незаконні затримання, привід, арешт або тримання під вартою; ст. 372 – притягнення завідомо невинуватого до кримінальної відповідальності; ст. 373 – примушування давати показання; ст. 374 – порушення права на захист; ст. 375 – постановлення завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови; ст. 376-1 – незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду; ст. 380 – нежиття заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист; ст. 381 – розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист; ст. 381-1 – невиконання слідчим вказівок прокурора; ч. 2 ст. 387 – розголошення даних оперативно-розшукової діяльності або досудового розслідування</p>	<p>ст. 389 – ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі; ст. 389-1 – умисне невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості; ст. 390 – ухилення від відбування покарання у вигляді обмеження волі та у вигляді позбавлення волі; ст. 391 – злісна непокоря вимогам адміністрації установи виконання покарань; ст. 392 – дії, що дезорганізують роботу установ виконання покарань; ст. 393 – втеча з місця позбавлення волі або з-під варти; ст. 394 – втеча із спеціалізованого лікувального закладу; ст. 395 – порушення правил адміністративного нагляду</p>	<p>ст. 383 – завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину; ст. 384 – завідомо неправдиве показання; ст. 385 – відмова від давання показань; ч. 1 ст. 387 – розголошення даних оперативно-розшукової діяльності або досудового розслідування</p>	<p>ст. 376 – втручання в діяльність судових органів; ст. 377 – погроза або насильство щодо судді; ст. 378 – умисне знищення або пошкодження майна судді; ст. 379 – посягання на життя судді; ст. 382 – невиконання судового рішення; ст. 386 – перешкодження з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку; ст. 388 – незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації; ст. 396 – приховування злочину; ст. 397 – втручання в діяльність захисника чи представника особи; ст. 398 – погроза або насильство щодо захисника чи представника особи; ст. 399 – умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи; ст. 400 – посягання на життя захисника чи представника особи</p>

Ця класифікація, як і будь-яка інша, має свою ваду, а саме необхідність враховувати певні нюанси: злочин, передбачений ст. 376-1, може бути вчинено також і загальним суб'єктом; злочин, передбачений ст. 381, може бути вчинено іншим учасником провадження; кваліфікуючою ознакою злочинів, передбачених ст. 376 і ст. 382, є вчинення їх службовою особою.

За даними ДСА, в 2011 р. усі 5 справ, порушених за ст. 375 КК, закрито, із них 4 – за амністією. Загалом, як показано в табл. 29, серед засуджених за злочини проти правосуддя лише 0,1–0,2% осіб – службові особи. Звичайно, такий низький відсоток не можна пояснити тим, що усі без винятку представники судової гілки влади та системи кримінальної юстиції є зразком законослухняності і виконання службового обов'язку. Цифри свідчать про інше. До Вищої кваліфікаційної комісії суддів України в 2011 р. надійшло 22486 звернень фізичних та юридичних осіб, за якими було прийнято 6673 рішень, із них у 132 випадках (менше 2% від загальної кількості) суддям було оголошено догану. У 2012 р. ще скромніше: 18333 звернення, рішень прийнято – 8730, із них про догану – 81 (близько 1%), і знову ж: за ст. 375 КК засуджено одну особу, яку звільнено від покарання за амністією.

У 2012/2013 рр. за завідомо незаконні затримання, привід, арешт або тримання під вартою, порушення права на захист та інших прав обвинуваченого (ст.ст. 371–375) засуджено 3/2 особи, а за різні види ухилення від покарання чи порушення правил його відбування (ст.ст. 389–395) – 2957/2547 осіб. У 2013 р. 80,0% осіб, засуджених за злочини проти правосуддя, засуджені за три види таких злочинів: ухилення від виправних чи громадських робіт (1394 особи), порушення правил адміністративного нагляду (911 осіб), злісну непокору вимогам адміністрації установ виконання покарань (146 осіб).

Отже, переважну більшість засуджених за злочини проти правосуддя становлять самі засуджені або особи, які перебувають під вартою. Між тим, саме останні є одними з найбільш безправних людей в Україні. Всупереч закону, який визначав раніше 18, а тепер – 12 місяців як максимальний строк тримання під вартою під час досудового розслідування, станом на грудень 2012 р. в українських слідчих ізоляторах понад 18 місяців без обвинувального вироку утримувалося близько 1600 осіб. Із них 35% – із 2010 р., 33% – із 2011 р., 15% – з 2009 р., майже 5% – з 2008-го, понад 2% – із 2007 р., ще 1% – з 2006 р. Є і своєрідний рекорд: у Херсонському слідчому ізоляторі людину тримали під вартою понад 9 років – з 29 грудня 2003 р.* Очевидно, корпоративні інтереси стоять вище прав людини та інтересів держави і суспільства.

* Шпаченко М. Україна – країна офіційно дозволеного катування // Дзеркало тижня. – 2013. – 6 березня.

5.10.1.2. Існують сподівання, що у найближчому майбутньому передбачені новим КПК механізми захисту прав людини дозволять виправити це становище. Звернімо увагу, зокрема, на важливі положення частин 1 і 5 ст. 206 КПК «Загальні обов'язки судді щодо захисту прав людини». Згідно з ним кожен слідчий суддя суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться особа, яка тримається під вартою, має право постановити ухвалу, якою зобов'язати будь-який орган державної влади, службову особу забезпечити додержання прав такої особи. Незалежно від наявності клопотання слідчого, прокурора, слідчий **суддя зобов'язаний звільнити особу**, якщо орган державної влади чи службова особа, під вартою яких трималася ця особа, не доведе: 1) існування передбачених законом підстав для затримання особи без ухвали слідчого судді, суду; 2) неперевищення граничного строку тримання під вартою; 3) відсутність зволікання у доставленні особи до суду.

5.10.2. Кримінальні правопорушення службових осіб, які здійснюють чи забезпечують здійснення правосуддя

5.10.2.1. Аналіз рішень ЄСПЛ стосовно України засвідчує, що значна їх кількість присвячена порушенням різних положень ст. 5 ЄКПЛ, яка закріплює право на свободу та особисту недоторканність в контексті законного ув'язнення, арешту і затримання особи. Такі порушення було встановлено у понад десяти рішеннях. Їх змістом були: затримання особи на підставі протоколу, який не містить достатніх доводів на обґрунтування підозри; складення протоколу про затримання особи через значний час після фактичного затримання; незадокументоване затримання і утримання особи у приміщеннях відділів міліції; тримання під вартою за відсутності відповідного судового рішення або на підставі судового рішення, яке не містило належного обґрунтування для взяття особи під варту чи для продовження строку тримання під вартою; використання адміністративного арешту з метою забезпечення перебування особи, що підозрюється у вчиненні злочину, в розпорядженні слідчого*.

При аналізі складу **завідомо незаконного затримання, приводу, арешту або тримання під вартою**, передбаченого ст. 371 КК, стає очевидним, що ключовим словом тут є слово «незаконне». Адже з об'єктивної сторони злочин може виявлятися саме у незаконному: 1) затриманні; 2) приводі (ч. 1 ст. 371); 3) домашньому арешті; 4) триманні під вартою (ч. 2 ст. 371).

У цьому зв'язку варто нагадати, наприклад, про рішення ЄСПЛ у справі «Ошурко проти України», № 33108/05, де (п. 96) вказано, зокрема, що вжиті у ст. 5 Конвенції вирази «законний» та «відповідно до процедури, встановленої»

* Кульчицький Н., Бортовська З. Європейський суд з прав людини у справах щодо України. Огляд практики ЄСПЛ за 2012 рік // Юридичний вісник України. – 2013. – 11–24 травня.

законом» за своєю суттю відсилають до національного законодавства, а також за необхідності – до інших юридичних норм, що можуть бути застосовані до заінтересованої особи, в тому числі тих норм, що передбачені міжнародним правом. У будь-якому випадку вона встановлює обов'язок додержуватись матеріальних і процесуальних норм, але до того ж вона вимагає дотримання цілі ст. 5 Конвенції, яка полягає у недопущенні того, щоб особа позбавлялась волі у свавільний спосіб (див. рішення у справах «Ілашку та інші проти Молдови та Росії» (*Ilascu et autres c. Moldova et Russie*), № 8787/99, п. 461, CEDH 2004-VII, Ассанідзе (*Assanidze*), п. 171, CEDH 2004-І, «Мак Кей проти Об'єднаного Королівства» (*Mc Kay c. Royaume-Uni*), № 543/03, 30, CEDH 2006-Х).

Крім того, Суд наголосив (п. 98), що коли йдеться про позбавлення волі, надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності, щоб умови, за яких відповідно до національного законодавства та/або міжнародного права здійснюється позбавлення волі, були чітко сформульовані і щоб застосування цього закону було передбачуваним тією мірою, щоб він відповідав критерію «законності», передбаченому Конвенцією, що вимагає, щоб все законодавство було сформульовано з достатньою чіткістю для запобігання будь-якому ризику свавілля... (див. рішення у справах «Стіл та інші проти Сполученого Королівства» (*Steel and Others v. United Kingdom*), п. 54, Recueil 1998-VII, Барановський (*Baranowski*), пункти 50–52, та «Жечіус проти Литви» (*Jecius c. Lituanie*), № 34578/97, п. 56, CEDH 2000-ІХ).

У справі «Крянге (*Creangă*) проти Румунії», № 29226/03, ЄСПЛ вирішив, що перебування заявника у штаб-квартирі Національної антикорупційної прокуратури з 10 години 16 липня 2003 р., коли він прибув до неї на допит як свідок, до 22 години того самого дня, коли йому було повідомлено про підозру у вчиненні злочину, було незаконним. Адже будучи зобов'язаним і маючи можливість відразу обрати стосовно нього запобіжний захід або відмовитись від цього, прокурор тривалий час не вчиняв жодних дій, передбачених законом, і лише о 22 годині взяв Крянге під варту.

Для того, щоб з'ясувати зміст законності/незаконності передбачених ст. 371 КК діянь, необхідно звернутися до положень Конституції і КПК України, а також законів «Про попереднє ув'язнення», «Про міліцію» тощо.

Відповідно до ст. 29 Конституції України позбавлення особи волі може відбуватися, як правило, тільки за судовим рішенням. Лише як виняток, коли отримання судового рішення без невідворотної шкоди для інших суспільних інтересів неможливо («у разі нагальної необхідності запобігти злочині чи його перепинити»), допускається тримання особи під вартою, якому, зрозуміло, мало передувати затримання без судового рішення, але його обґрунтованість «протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом», і «затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою». Аналогічні положення передбачені в ч. 2 ст. 12 і розкриті в ст.ст. 207–211 КПК. Цей строк – 72 години – є граничним, за межами якого особа має бути безумовно звільнена, якщо інше не визначено рішенням суду. Якщо зазначеного винятку («нагальної необхідності запобігти злочині чи його

перепинити») не існувало, то особа може бути затримана слідчим суддею, судом лише на підставі клопотання прокурора, слідчого про дозвіл на затримання підозрюваного, обвинуваченого з метою його приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (ст.ст. 188–191 КПК). Згідно з КПК **затримання** – це тимчасовий запобіжний захід.

Стаття 140 КПК визначає **привід** як примусове супроводження особи, до якої він застосовується, особою, яка виконує ухвалу слідчого судді чи суду про здійснення приводу, до місця її виклику в зазначений в ухвалі час. Привід може бути застосований до підозрюваного, обвинуваченого або свідка. Привід свідка не може бути застосований до неповнолітньої особи, вагітної жінки, інвалідів першої або другої груп, особи, яка одноосібно виховує дітей віком до шести років або дітей-інвалідів, а також осіб, які згідно із КПК не можуть бути допитані як свідки.

Домашній арешт і тримання під вартою – це два види запобіжних заходів (на відміну від КПК 1960 р. такого запобіжного заходу, як *арешт*, у чинному КПК більше немає). Згідно зі ст. 194 КПК під час розгляду клопотання про застосування будь-якого запобіжного заходу слідчий суддя, суд зобов'язаний встановити, чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про: 1) наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим к.пр.; 2) наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, визначених у ч. 1 ст. 177 КПК (підозрюваний, обвинувачений спробує: переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин к.пр.; незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому самому кримінальному провадженні; перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; вчинити інше к.пр. чи продовжити к.пр., у якому підозрюється, обвинувачується); 3) недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні.

Відповідно до практики ЄСПЛ із застосування частин 1(с) та 3 ст. 5 ЄКПЛ «допустимими ризиками» для тримання під вартою є, зокрема, небезпека для громадського порядку (див. Letellier v. France, 26 June 1991, § 51, Series A № 207) і небезпека для особи, щодо якої ведеться розслідування (див. I.A. v. France, 23 September 1998, § 108, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII). Однак ці «ризик» КПК України не визнає.

У справі Луценка (Lutsenko v. Ukraine, № 6492/11, §§ 67, 68 and 72, 3 July 2012) ЄСПЛ зробив важливі висновки: «Рішення національних судів... ґрунтувалися на підставах, які... як такі викликають сумнів... Головними підставами, висунутими обвинуваченням для позбавлення заявника волі, було невдоволення слідчого поведінкою заявника при вивченні матеріалів справи, його інтерв'ю пресі та його відмова свідчити та визнати свою вину... Щодо способу вивчення заявником матеріалів справи... затримка може вразити

інтереси інших сторін, і органам влади слід мати засоби дисциплінувати відповідну особу. Але Суд не впевнений, що позбавлення волі у такій ситуації є адекватною відповіддю на проблему затримки у вивченні матеріалів справи... Здається, що [наступна] підстава була висунута органами слідства у ширшому контексті їхнього невдоволення стосовно висловлення заявником у пресі своєї думки щодо кримінального процесу проти нього. Суд вважає, що від заявника як відомої політичної фігури слід було очікувати висловлення своєї думки з цього приводу, і це було в інтересах як його прибічників, так і опонентів... Інша підстава для взяття заявника під варту, а саме відмова свідчити та визнати свою вину, за своєю природою суперечить таким важливим елементам справедливого судового розгляду, як свобода від самовикриття та презумпція невинуватості. У контексті вирішення питання про взяття під варту посилання на такі підстави особливо турбує, оскільки вказує на те, що особа може бути покарана за користування своїми фундаментальними правами на справедливий судових розгляд...».*

Статтю 197 і ст. 199 КПК чітко визначені досить обмежені строки дії ухвали про тримання під вартою і строки, на які її дія може бути продовжена, а також порядок такого продовження. Згідно із ст. 203 КПК ухвала про застосування запобіжного заходу припиняє свою дію після: закінчення строку дії ухвали; ухвалення виправдувального вироку; закриття кримінального провадження.

Таким чином, затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою є незаконними, якщо вони застосовані без наявності відповідних законних підстав для їх застосування, з порушенням встановлених законом порядку або строків їх застосування, а також суб'єктом, який не уповноважений їх застосовувати.

Суб'єкт злочину спеціальний. Ним може бути слідчий, прокурор, у випадках завідомо незаконного затримання чи приводу – й інший працівник правоохоронного органу, який їх здійснив, а у випадку завідомо незаконного тримання під вартою понад строки, визначені ухвалою суду, – також начальник місця попереднього ув'язнення. Суддя за дії, передбачені ст. 371, несе відповідальність за ст. 375, яка передбачає спеціальний склад злочину – постановлення завідомо неправосудної ухвали. Працівники правоохоронних органів за незаконні домашній арешт чи тримання під вартою несуть відповідальність за ст. 365, інші службові особи, крім зазначених вище, – за ст. 364 КК, а решта осіб, крім службових, – за ст. 146 чи іншими статтями, безпосереднім об'єктом яких є воля особи.

Суб'єктивна сторона цього злочину характеризується винятково прямим умислом. Така конструкція статті є її недоліком – цю статтю, так само як і ст.ст. 372, 375 КК, слід доповнити складом злочину з пом'якшуючою ознакою: «Дії, передбачені частинами першою або другою

* Рішення ЄСПЛ у справі «Луценко проти України» // <http://www.khpg.org/index.php?id=1359448470>

цієї статті, вчинені через службову недбалість». Це дозволило б домогтися від відповідних службових осіб більш уважного ставлення до виконання своїх обов'язків щодо дотримання основних прав людини.

Поняття тяжких наслідків (ч. 3 ст. 371) є оціночним. Їх визначення здійснюється судом у кожному конкретному випадку залежно від обставин справи. Такими наслідками можуть визнаватися: самогубство особи, її тяжке захворювання, позбавлення життя підозрюваного чи обвинуваченого іншими затриманими або ув'язненими тощо.

5.10.2.2. Суспільна небезпечність притягнення завідомо невинуватого до кримінальної відповідальності (ст. 372 КК) полягає у тому, що службові особи, уповноважені законом на притягнення до кримінальної відповідальності, використовують ці повноваження щодо особи, яка завідомо для них не вчиняла злочину, чим грубо порушують права цієї особи, породжують у неї та інших осіб відчуття правової незахищеності, підривають віру у справедливість і законність правосуддя. За своєю юридичною природою цей злочин є спеціальним видом зловживання владою або службовим становищем.

Для правильного застосування ст. 372 КК необхідно насамперед встановити, що є притягненням до кримінальної відповідальності.

Кримінальна відповідальність – це особливий правовий інститут, у межах якого здійснюється офіційна оцінка поведінки особи як кримінально протиправної. Вона настає з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду, матеріалізується в обвинувальному вирокі суду і зазвичай включає: засудження особи за вчинене к.пр., призначення їй покарання, його відбування, судимість тощо, – але може бути реалізована і у формах засудження особи без призначення їй покарання або засудження особи із звільненням її від покарання чи його відбування.

Притягнення до кримінальної відповідальності у процесуальному сенсі є не стадією, а юридичним фактом офіційного реагування уповноваженим суб'єктом на протиправну поведінку особи і водночас проявом державної волі у доведенні за встановленою процедурою до відома особи про наявність законних підстав для її кримінального перслідування.

Відповідно до п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК притягнення особи до кримінальної відповідальності починається з моменту повідомлення їй про підозру у вчиненні к.пр. Отже, злочин є закінченим саме з цього моменту (умови і порядок повідомлення про підозру визначаються у ч. 2 ст. 29, ст.ст. 276–279, 283, 481 КПК).

Суб'єкт злочину спеціальний. Ним може бути тільки слідчий чи прокурор; жодна інша службова особа не уповноважена повідомляти про підозру (ст.ст. 22, 36, 40 КПК). Тому у ч. 1 ст. 372 КК слова «іншою уповноваженою на те законом особою» є зайвими.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом. При цьому умислом винного охоплюється те, що насправді наявні обставини, передбачені ст. 284 КПК, за яких кримінальне провадження має бути закрито: відсутня подія злочину; встановлена відсутність в діянні складу злочину; не встановлені достатні докази для доведення винності особи в суді і вичерпані можливості їх отримати; набрав чинності закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою; існує вирок за тим самим обвинуваченням, що набрав законної сили, або постановлена ухвала суду про закриття кримінального провадження за тим самим обвинуваченням.

Склад цього злочину утворює також і притягнення особи до кримінальної відповідальності за злочин, якого вона завідомо не вчиняла, у разі, коли вчинення нею іншого (інших) злочину доведено сукупністю необхідних і достатніх доказів.

Особа, яка притягнула до кримінальної відповідальності невинуватого неумисно, наприклад, через неправильну оцінку доказів (ст. 94 КПК), має нести лише дисциплінарну відповідальність.

Під штучним створенням доказів обвинувачення або іншою фальсифікацією (ч. 2 ст. 372 КК) слід розуміти підроблення документів, що є доказами в кримінальній справі, підміну або знищення речових доказів, примушування свідка, потерпілого, експерта до відмови від давання показань чи висновку або до давання завідомо неправдивих показань чи висновку тощо. За наявності підстав такі дії слід кваліфікувати за сукупністю зі злочинами, передбаченими ст.ст. 127, 366, 373, 365 КК тощо.

5.10.2.3. Згідно із ст. 62 Конституції України обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом. У цьому зв'язку слід нагадати про положення частин 6 і 7 ст. 206 КПК, які визначають механізм запобігання катувань та їх виявлення.

Так, загальні обов'язки судді щодо захисту прав людини передбачають: якщо під час будь-якого судового засідання особа заявляє про застосування до неї насильства під час затримання або тримання під вартою, слідчий суддя зобов'язаний зафіксувати таку заяву та: забезпечити невідкладне проведення судово-медичного обстеження особи; доручити відповідному органу досудового розслідування провести дослідження фактів, викладених в заяві особи; вжити необхідних заходів для забезпечення безпеки особи згідно із законодавством. Слідчий суддя повинен зробити це незалежно від наявності заяви особи, якщо її зовнішній вигляд, стан чи інші обставини дають підстави для обґрунтованої підозри про порушення вимог законодавства під час затримання або тримання. Звільнити його від цього обов'язку може лише одне: прокурор доведе, що ці дії вже здійснені або здійснюються.

Для гарантування виконання згаданої конституційної норми також встановлено кримінальну відповідальність за окремі форми здобут-

тя доказів незаконним шляхом, зокрема за **примушування давати показання**. Злочин, передбачений ст. 373 КК, теоретично може мати **дві форми**:

1) без застосування насильства та без знуцання над особою (ч. 1 цієї статті). Під особою тут розуміється будь-яка особа, яку КПК дозволяє допитати під час досудового розслідування – підозрюваний, обвинувачений, свідок, потерпілий, експерт. Допит – це слідча дія, яка полягає у взятті показань у певних учасників кримінального судочинства і фіксації їх у протоколі допиту. Примушування давати показання під час проведення інших слідчих дій (наприклад, обшуку, огляду, пред'явлення для впізнання) не утворює складу злочину, передбаченого ст. 373, і за наявності підстав може кваліфікуватися, зокрема, за ст. 365 (якщо воно вчинене працівником правоохоронного органу) або ст. 364 КК.

Під **примушуванням** у ч. 1 ст. 373 розуміється психічний вплив на особу, яку допитують, з метою отримати потрібні для особи, яка провадить допит, показання.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони є спосіб – незаконні дії. Допит шляхом незаконних дій має місце, коли він провадиться з використанням шантажу, обману, гіпнозу тощо. Причому не має значення, отримав винний таким шляхом правдиві або неправдиві показання.

Вчинення особою, яка провадить допит, дій, узгоджених з чинним законодавством (наприклад, багаторазові попередження про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиві показання, правомірне використання тактичних прийомів проведення допиту) не містить складу злочину. Не можуть кваліфікуватись за ст. 373 і дії, пов'язані з певним порушенням процесуального порядку проведення допиту (скажімо, допит без перерви понад дві години, допит з приводу обставин, щодо надання яких є пряма заборона у законі, – таємниці сповіді, професійної таємниці захисника тощо), якщо вони не були спрямовані на примушування давати показання під час допиту – такі порушення можуть тягнути правові наслідки іншого характеру, зокрема визнання доказу недопустимим (ст. 87 КПК);

2) із застосуванням насильства або із знуцанням над особою. Під **наси́льством** у цьому випадку слід розуміти здійснення фізичного впливу на особу, яку допитують, що завдало їй фізичного болю, фізичних чи моральних страждань або спричинило тілесні ушкодження. Прикладами **знуцання** можуть бути: безперервні багатогодинні і нічні допити, позбавлення їжі або води, вплив шумом або світлом, глузування над фізичними вадами потерпілого, образа його релігійних або національних почуттів тощо.

Слова «за відсутності ознак катування», вжиті у ч. 2 ст. 373 КК, означають, що побої, мучення або інші насильницькі дії, вчинені при допиті особою, яка проводить дізнання або досудове слідство, кваліфікуються за ст. 127 КК в усіх випадках, коли вони вчинені з метою: а)

примусити потерпілого або іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, у т.ч. отримати від нього або іншої особи відомості чи визнання; б) покарати його чи іншу особу за дії, вчинені ним чи іншою особою або у вчиненні яких він чи інша особа підозрюється; в) залякати його чи інших осіб; г) дискримінувати його чи інших осіб.

Отже, навіть якщо слідчим чи прокурором насильницькі дії щодо потерпілого вчинені з метою отримати від нього відомості чи визнання (показання), ці дії не можуть кваліфікуватися за ч. 2 ст. 373. Кваліфікація за цією нормою виключається також у разі, коли примушування давати показання (відомості чи визнання) під час допиту зазначена особа поєднує зі знуцанням над потерпілим, адже знуцання, яке є різновидом мучення, що завдає моральних страждань, також підпадає під ознаки катування.

Злочин, передбачений ст. 373, є спеціальним видом перевищення влади або службових повноважень, яке може бути вчинене лише точно вказаними службовими особами – спеціальними суб'єктами. Ними є особи, які провадять дізнання або досудове слідство (слідчий, у т.ч. керівник органу досудового розслідування, і прокурор).

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом.

5.10.2.4. Статтю 375 КК передбачена відповідальність за **постановлення суддею (судьями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови.**

Предметом злочину є вирок, рішення, ухвала або постанова.

Вирок означає рішення суду першої інстанції про винність чи невинуватість особи. Вирок суду може бути двох видів – обвинувальний або виправдувальний. Обвинувальний вирок установлює покарання винному та визначає інші правові наслідки визнання особи винною.

Рішення суду – це, зокрема, письмовий акт, який приймає господарський суд внаслідок вирішення господарського спору по суті (задоволення позову, відмова в позові), загальний суд при вирішенні цивільної справи, суд в адміністративному провадженні (відповідно до КАСУ).

Ухвала суду – це: а) у кримінальному процесі – будь-яке рішення, крім вироку, яке виносить суд; б) у цивільному процесі – рішення суду першої інстанції, яким вирішуються питання, що виникають у зв'язку з розглядом цивільної справи по суті; в) в господарському процесі – рішення, яке виносить господарський суд, якщо господарський спір не вирішується по суті (відкладення розгляду справи, зупинення провадження у справі, залишення позову без розгляду тощо); г) в адміністративному провадженні (відповідно до КАСУ) – письмове або усне рішення суду будь-якої інстанції в адміністративній справі, яким вирішуються питання, пов'язані з процедурою розгляду адміністративної справи, та інші процесуальні питання (ухвалами судів апеляційної та касаційної інстанцій також вирішуються вимоги апеляційної чи каса-

ційної скарги). **Постанова** – це рішення, яке виніс суддя одноособово, і рішення колегії суддів відповідного суду. За результатами розгляду справ про адміністративні правопорушення суди виносять тільки постанови. В адміністративному провадженні (відповідно до КАСУ) постанова – це письмове рішення суду будь-якої інстанції в адміністративній справі, у якому вирішуються вимоги адміністративного позову.

Поняттям **постановлення судового рішення** охоплюються його складання, підписання та/або проголошення і доведення його змісту до відома учасників процесу. В одних випадках суб'єкт цього злочину може власноруч скласти, підписати неправосудне судове рішення та проголосити його, в других – підписати і проголосити складене іншими особами неправосудне судове рішення, в третіх – лише проголосити складене та підписане іншими особами неправосудне судове рішення або проголосити судове рішення, яке взагалі не складалось. У будь-якому випадку додатково кваліфікувати дії винної особи за ст. 366 КК не потрібно.

Неправосудним є незаконне та необґрунтоване судове рішення, тобто таке, в якому висновки суду завідомо суперечать установленим фактичним обставинам справи або завідомо неправильно застосовано норму матеріального права, або яке свідомо постановлено з грубим порушенням норм процесуального права. Наприклад, неправосудним є вирок, яким засуджено невинувату особу або виправдано чи безпідставно звільнено від покарання винну. У контексті ст. 375 поняття «неправосудний» є синонімом поняття «незаконний».

Для визнання судового рішення неправосудним необхідно, щоб його неправосудність була підтверджена вищестоящою судовою інстанцією, адже судове рішення може бути скасовано виключно в порядку, передбаченому процесуальним законом. Якщо ідеться про остаточне судове рішення, то про його правосудність чи неправосудність можна говорити лише на підставі встановлених фактів того, що воно було прийнято, скажімо, під впливом втручання в діяльність судді, погрози чи насильства щодо судді або у зв'язку з одержанням суддею хабара за винесення цього рішення. Остаточними судовими рішеннями є, наприклад: судові рішення судів першої інстанції, які за законом не підлягають перегляду в апеляційному чи касаційному порядку або апеляційних судів, які не підлягають перегляду в касаційному порядку (зазначене має місце в конституційному процесі, у справі про адміністративне правопорушення судові тощо); рішення касаційних судів; судові рішення ВС.

Злочин вважається закінченим з моменту постановлення суддею (суддями) судового рішення – незалежно від часу набрання ним законної сили та його виконання.

Суб'єктом злочину можуть бути тільки судді, які одноособово чи в колегіальному складі розглядають справи у судах першої інстанції, апеляційних судах, вищих спеціалізованих судах, ВС або КС.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом. Якщо мала місце добросовісна судова помилка, коли суддя виніс незаконне рішення, будучи переконаним стосовно доведеності чи навпаки, недоведеності фактів і висновків, викладених у судовому рішенні, внаслідок недбалості, недостатньої кваліфікації, недоліків у законодавстві тощо, кримінальна відповідальність за ст. 375 виключається. Питання про встановлення кримінальної відповідальності за недбале ставлення судді до своїх обов'язків, що спричинило постановлення неправосудного судового рішення, у правовій теорії є дискусійним.

До тяжких наслідків (ч. 2 ст. 375 КК) можна віднести засудження потерпілого до позбавлення волі, його самогубство чи спробу його вчинити, тяжке захворювання тощо.

5.10.2.5. Згідно із Законом від 13 квітня 2012 р. КК доповнено ст. 381-1, згідно з якою передбачена кримінальна відповідальність за **умисне систематичне невиконання слідчим законних вказівок прокурора**, наданих ним письмово в установленому КПК порядку при здійсненні кримінального провадження.

При застосуванні цієї статті необхідно мати на увазі такі обставини, які фактично роблять цю статтю практично «мертвою»: 1) у ст. 381-1 КК йдеться лише про умисне невиконання відповідних вказівок прокурора. Невиконання їх через злочинну недбалість чи самовпевненість не створює підстав для кримінальної відповідальності; 2) у ст. 381-1 КК йдеться лише про систематичне невиконання відповідних вказівок прокурора, тобто вчинене три і більше рази; 3) КПК насправді не установлює «порядок надання вказівок» прокурором, а тому неясно, як можна порушити нічим не визначений «порядок».

Крім того, законодавець є вкрай непослідовним при визначенні відповідальності слідчого за вказані дії. Адже згідно з КПК (пункти 4 і 18 ч. 4 ст. 36, ч. 4 ст. 40, частини 2 і 3 ст. 39, ч. 3 ст. 41): слідчий зобов'язаний виконувати не лише законні і надані у письмовій формі вказівки, а й доручення прокурора. Проте критеріїв, за якими відрізняються між собою вказівки і доручення прокурора, а також відповідальності за невиконання доручень прокурора законом не встановлено; не лише прокурор, а й керівник органу досудового розслідування має право давати слідчому письмові вказівки, але за їх невиконання слідчим відповідальність не передбачена; доручення і вказівки прокурора є обов'язковими не лише для слідчого, а й для керівника органу досудового розслідування, а доручення слідчого і прокурора – для керівника та інших службових осіб оперативних підрозділів, але за їх невиконання відповідальність так само не передбачена.

Незважаючи на усе зазначене, у вересні 2013 р. прокуратура Чернігова повідомила про направлення до суду кримінального провадження за фактом умисного систематичного невиконання слідчим міліції вказівок прокурора.

У справі встановлено, що винний умисно систематично не виконував законні письмові вказівки прокурора – процесуального керівника у кримінальному провадженні, дорученому йому для розслідування, у зв'язку з чим йому було повідомлено про підозру у вчиненні к.пр., передбачених ст. 381-1 та ч. 1 ст. 367 КК. Підозрюваний свою вину визнав повністю.*

5.10.3. Кримінальні правопорушення засуджених й осіб, які перебувають під вартою

5.10.3.1. **Втеча з місця позбавлення волі або з-під варти** (ст. 393 КК) по суті є спеціальним складом невиконання судового рішення.

Державний апарат і засоби примусу, якими він оперує, цілком дозволяє багатьом державам обійтись без встановлення кримінальної відповідальності за такі дії, тим більш, що вони вчиняються доволі рідко. Наприклад, втеча із місця позбавлення волі, так само як планування такої втечі і підготовка до неї, у ФРН не вважаються к.пр. – у демократичній державі прагнення до свободи небезпідставно вважається природним прагненням і правом людини, за успішну реалізацію якого карати не можна. Так само тварина, спіймана і посаджена в клітку, буде робити спроби втекти за будь-якої зручної можливості. Тому спійманий після втечі засуджений лише «досиджує» невідбутий строк покарання. Проте за незаконне звільнення ув'язненого і допомогу при втечі з місця позбавлення волі КК ФРН передбачає покарання у вигляді тюремного ув'язнення на строк до 5 років або грошовий штраф (§ 120).

На практиці кваліфікація злочину, передбаченого ст. 393 КК, складнощів не викликає. Суміжними з ним є лише такі злочини, як неповернення до місця відбування покарання особи, засудженої до позбавлення волі, якій було дозволено короточасний виїзд, після закінчення строку виїзду (ч. 3 ст. 390) і втеча із спеціалізованого лікувального закладу (ст. 394).

Під **втечею** розуміється самовільне залишення особою, яка: а) відбуває покарання у вигляді позбавлення волі, у т.ч. довічного; б) відбуває покарання у вигляді арешту або в) перебуває під вартою як підозрюваний чи обвинувачений, – місця, де вона знаходиться, з метою постійного або тимчасового ухилення від подальшого перебування в ньому. Злочин вважається закінченим з моменту фактичного залишення зазначеного місця і є триваючим, тобто вважається припиненим з моменту затримання особи або її явки з повинною.

Способами втечі можуть бути відкрите залишення місця позбавлення волі чи тримання під вартою (це може бути установа виконання покарань, установа попереднього ув'язнення, кабінет слідчого, зала судового засідання, місце проведення слідчих дій, транспортний засіб для конвоювання тощо) або інший спосіб (обман, підкуп охорони).

* Мільйонера притягнуть до відповідальності за невиконання вказівок прокурора // <http://pik.cn.ua/5515/>

Якщо втеча вчинена способом, небезпечним для життя або здоров'я інших осіб (використання транспорту, знищення перешкод вибухом тощо), з використанням зброї, застосуванням фізичного чи психічного насильства, шляхом підкопу чи з пошкодженням інженерно-технічних засобів охорони, то вона кваліфікується тільки за ч. 2 ст. 393; якщо в інший спосіб, то за ч. 1 ст. 393 або за ч. 1 ст. 393 і відповідною статтею (частиною статті) КК, яка передбачає відповідальність за діяння, яке може бути способом зазначеної втечі (наприклад, за ст. 369 – давання хабара службовій особі місця попереднього ув'язнення).

Втеча утворює склад цього злочину лише у випадку, якщо особі було оголошено судом про застосування до неї запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, або після оголошення вироку суду, в резолютивній частині якого зазначено про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту до набрання вироком законної сили, або після набрання законної сили вироком, яким особа засуджена до позбавлення волі чи арешту.

Втеча особи, яка за вчинення адміністративного проступку була засуджена до адміністративного арешту, не утворює складу цього злочину.

5.10.3.2. Ухилення від відбування покарання у вигляді обмеження волі та у вигляді позбавлення волі (ст. 390 КК) з об'єктивної сторони виявляється у таких п'яти формах:

- 1) самовільне залишення місця обмеження волі;
- 2) злісне ухилення від виконання робіт особою, засудженою до обмеження волі;
- 3) систематичне порушення громадського порядку або встановлених правил проживання особою, засудженою до обмеження волі (ч. 1 ст. 390);
- 4) неповернення до місця відбування покарання особи, засудженої до обмеження волі, якій було дозволено короткочасний виїзд, після закінчення строку виїзду (ч. 2 ст. 390);
- 5) неповернення до місця відбування покарання особи, засудженої до позбавлення волі, якій було дозволено короткочасний виїзд, після закінчення строку виїзду (ч. 3 ст. 390).

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони цього злочину є місце: у перших чотирьох формах це місце обмеження волі – територія кримінально-виконавчої установи відкритого типу, яка визначається на місцевості відповідно до законодавства і кордони якої оголошуються засудженим під розписку, а у п'ятій – місце позбавлення волі, тобто кримінально-виконавча установа закритого типу.

Видається, що третя форма цього злочину є прикладом юридичного абсурду і не відповідає положенням ч. 1 ст. 24, ч. 3 ст. 63 Конституції України, згідно з якими громадяни є рівними перед законом, а засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обме-

жень, які визначені законом і встановлені вироком суду. Такий висновок випливає з того, що під **систематичним порушенням громадського порядку** у ч. 1 ст. 390 зазвичай розуміється вчинення особою, засудженою до обмеження волі, таких адміністративних проступків, як дрібне хуліганство, виготовлення, зберігання, придбання самогону, розпивання спиртних напоїв у громадських місцях і поява у громадських місцях у п'яному вигляді, азартні ігри, порушення тиші в громадських місцях тощо, за які винна особа три чи більше разів притягувалась до адміністративної відповідальності на підставі КАП, а під **систематичним порушенням встановлених правил проживання** – порушення передбачених певними підзаконними актами правил (йдеться, зокрема, про Правила внутрішнього розпорядку установ виконання покарань, затв. наказом Державного департаменту України з питань виконання покарань від 25 грудня 2003 р. № 275) проживання у місці обмеження волі, за які винна особа три чи більше разів притягувалась до дисциплінарної відповідальності. Заборона порушувати громадський порядок і правила проживання (на відміну, скажімо, від обов'язку перетерпіти залучення до праці) не встановлюється і у вироку суду, яким особи засуджуються до обмеження волі. Отже, діяння, які – незалежно від того, скільки разів вони вчинені, – для усіх інших осіб тягнуть адміністративну чи дисциплінарну відповідальність, для засуджених тягнуть кримінальну відповідальність.

Що стосується інших форм цього злочину, то умови і порядок **залишення місця обмеження волі** особами, засудженими до обмеження волі; умови, за яких ухилення цих осіб від робіт визнається злісним; правила проживання у місці обмеження волі; категорії осіб, засуджених до обмеження волі, а також осіб, засуджених до позбавлення волі, яким може бути надано дозвіл на короткочасний виїзд із місця обмеження волі або місця позбавлення волі; умови і порядок надання вказаного дозволу і тривалість зазначеного виїзду тощо – визначаються кримінально-виконавчим законодавством. Зокрема, засудженим до позбавлення волі, яких тримають у виправних колоніях мінімального рівня безпеки, дільницях соціальної реабілітації виправних колоній середнього рівня безпеки та виховних колоніях, може бути дозволено короткочасні виїзди за межі колоній на території України на строк не більше десяти діб, включаючи час, необхідний для проїзду, у зв'язку з такими винятковими особистими обставинами: а) смерть або тяжка хвороба близького родича, що загрожує життю хворого; б) стихійне лихо, що спричинило значну матеріальну шкоду засудженому або його сім'ї.

Засудженим до обмеження волі може бути дозволено короткочасні виїзди за межі виправного центру за таких саме обставин, а крім того: в) за необхідності звернутися до медичного закладу із приводу захворювання чи лікування за наявності відповідного медичного висновку; г) для складання іспитів у навчальному закладі; г) за викликом судових і слідчих органів; д) для попереднього вирішення питань трудового і

побутового влаштування після звільнення; е) у разі виникнення інших життєво необхідних обставин, які потребують присутності засудженого (скажімо, народження у засудженого дитини).

Відповідним категоріям засуджених також може бути дозволено короткочасний виїзд: є) за межі виправного центру до близьких родичів на святкові, неробочі та вихідні дні не більше одного разу на місяць – як заохочення за сумлінну поведінку і ставлення до праці засудженим до обмеження волі; ж) за межі виправної колонії на території України для влаштування дітей у родичів, опікунів або в дитячих будинках – засудженим жінкам, які мають дітей у будинках дитини при виправних колоніях; з) щорічний короткочасний виїзд за межі колонії тривалістю 14 календарних діб – засудженим, які працюють та перебувають у виправних колоніях мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами тримання.

Засуджений зобов'язаний повернутися до установи у строк, установлений адміністрацією установи. У разі виникнення об'єктивних обставин, що не дають змоги повернутися до установи в установлений строк (наприклад, перебування на стаціонарному лікуванні), засуджений сам або через інших осіб повинен повідомити про це адміністрацію установи, зазначивши місце свого перебування, а після прибуття до установи – надати адміністрації документи, що підтверджують причину несвоєчасного повернення. Виконання цих обов'язків виключає відповідальність за ст. 390.

Згідно із законодавством під час перебування у короткочасному виїзді засудженим забороняється залишати межі населеного пункту, до якого дозволено виїзд (за винятком випадків відвідування підрозділу кримінально-виконавчої інспекції для реєстрації прибуття або вибуття, а також виїзду до лікувального закладу для одержання медичної допомоги). У день закінчення строку перебування в пункті призначення засуджений зобов'язаний прибути до того ж територіального органу кримінально-виконавчої інспекції для отримання відмітки про свій від'їзд. Проте порушення цих заборон та обов'язків за відсутності ознак неповернення до місця відбування покарання може бути підставою лише для дисциплінарної відповідальності засудженого.

Злісним є таке **ухилення від робіт**, яке пов'язане з прямою відмовою засудженого від виконання покладеного на нього обов'язку працювати або з тривалим фактичним уникненням його від роботи, якщо за подібні дії до нього вже застосовувались відповідні заходи стягнення.

Злочин вважається закінченим у першій формі – з моменту вчинення відповідного діяння, у другій – з моменту вчинення другого за рахунок ухилення від роботи, за що особа була притягнута до дисциплінарної відповідальності, у четвертій і п'ятій формах – з наступного дня після того, якого засуджений мав повернутися до місця відбування покарання після дозволеного йому короткочасного виїзду.

Поважні причини, через які засуджений з'явився до місця відбування покарання із запізненням, за наявності підстав можуть бути розцінені як обставини, що виключають злочинність діяння (зокрема, передбачені ст. 39 і ст. 40), або враховані судом як обставини, що пом'якшують покарання (ст. 66).

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом. Тому у діях особи, яка, наприклад, затрималась з відпустки на дві-три доби через те, що розраховувала на можливість вчасного повернення до місця відбування покарання автомобілем, який поламався в дорозі з причини його неналежного технічного стану чи аварії, складу цього злочину немає.

5.10.3.3. Об'єктивна сторона **ухилення від покарання, не пов'язано-го з позбавленням волі** (ст. 389), полягає в:

1) ухиленні від: а) сплати штрафу; б) позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю (ч. 1 ст. 389);

2) ухиленні від відбування: а) громадських робіт; б) виправних робіт (ч. 2 ст. 389).

Ухиленням від сплати штрафу може бути пряма відмова від його сплати, приховування доходів як підстави його несплати тощо. Стаття 389 не узгоджується з положеннями частин 4 і 5 ст. 53 КК в редакції Закону від 15 листопада 2011 р., які поліпшили становище особи і згідно з якими:

– з урахуванням майнового стану особи суд може призначити штраф із розстрочкою виплати певними частинами строком до одного року;

– у разі несплати штрафу в розмірі *не більше 3 тис. нмдг* та відсутності підстав для розстрочки його виплати суд замінює несплачену суму штрафу покаранням у вигляді громадських робіт або виправних робіт;

– у разі несплати штрафу в розмірі *понад 3 тис. нмдг*, призначеного як основне покарання, та відсутності підстав для розстрочки його виплати суд замінює несплачену суму штрафу покаранням у вигляді позбавлення волі.

Отже, в частині відповідальності за ухилення від сплати штрафу ст. 389 КК з 17 січня 2012 р., коли набрав чинності Закон від 15 листопада 2011 р., не підлягає застосуванню, оскільки згідно із ч. 1 ст. 5 КК закон про кримінальну відповідальність, що поліпшує становище особи, має зворотну дію в часі.

Ухилення від виконання покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю – це продовження обійняття такої посади або зайняття такою діяльністю на старому чи новому місці.

У частині ухилення від виконання покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади ст. 389 КК також не підлягає виконанню, адже у ній не враховано, що особа сама себе не призначає на посаду

і не звільняє з посади. Тому можна говорити лише про ухилення від покарання у вигляді позбавлення права зайняття певною діяльністю.

Ухиленням від відбування покарання у вигляді громадських робіт, так само як і від виправних робіт, відповідно до ч. 3 ст. 40, ч. 6 ст. 46 КВК визнається: невиконання встановлених обов'язків; порушення порядку та умов відбування покарання; вчинення проступку, за який особу було притягнуто до адміністративної відповідальності; більше двох разів протягом місяця невихід на роботу без поважних причин; допущення більше двох порушень трудової дисципліни протягом місяця, поява на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного чи токсичного сп'яніння.

Положення про те, що ухиленням від відбування покарання у вигляді громадських робіт і виправних робіт є вчинення проступку, за який особу було притягнуто до адміністративної відповідальності, більше двох разів протягом місяця невихід на роботу без поважних причин, допущення більше двох порушень трудової дисципліни протягом місяця, поява на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного чи токсичного сп'яніння, суперечать положенням ч. 1 ст. 37, ч. 6 ст. 41, ст. 42 КВК, не враховують, що відрахування із суми заробітку засудженого до виправних робіт робить бухгалтерія (а тому від виправних робіт в частині здійснення відрахувань із заробітку засудженого ухилитися неможливо), а також не відповідають положенням ч. 1 ст. 24, ч. 3 ст. 63 Конституції України, згідно з якими громадяни є рівними перед законом, а засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і встановлені вироком суду. Таким чином закон, згідно з яким засуджені повинні нести кримінальну відповідальність за діяння, за які усі інші особи несуть адміністративну або дисциплінарну відповідальність, не підлягає застосуванню відповідно до ст. 8 Конституції України.

5.10.3.4. Згідно із Законом від 13 квітня 2012 р. КК доповнено ст. 389-1, якою встановлена відповідальність за **умисне невиконання засудженою угоди про примирення або про визнання винуватості**. Ця стаття є прикладом надмірної криміналізації. Адже змістом угоди завжди є узгоджене покарання. Тому, якщо невиконання угоди:

– це ухилення від покарання, то за таке діяння кримінальна відповідальність вже передбачена ст. 389 і ст. 390 КК;

– це невиконання обов'язків засудженого щодо співпраці у викритті к.пр., то така співпраця, як правило, закінчується, а не починається, з вироком суду (починається вона тоді, коли на стадії досудового розслідування цього забажав сам підозрюваний).

Крім того, ст. 389-1 суб'єктом злочину визнає тільки засудженого, тобто особу, стосовно якої винесено обвинувальний вирок. Отже, вирок винесено і не скасовано, угоду не розірвано, але її невиконання передбачає ще один вирок. Це дисонує із положеннями частин 1–3 ст. 476

КПК про правові наслідки невиконання угоди (ними є або можуть бути: а) скасування вироку за клопотанням потерпілого або прокурора та наступне; б) призначення судового розгляду в загальному порядку або в) направлення матеріалів провадження для завершення досудового розслідування в загальному порядку, якщо угода була ініційована на стадії досудового розслідування).

Нарешті, проблемним є також доказування у справах про злочини, передбачені ст. 389-1 КК. Адже згідно із п. 8 ч. 2 ст. 65 КПК не можуть бути допитані як свідки особи, які брали участь в укладенні та виконанні угоди про примирення в кримінальному провадженні, – про обставини, які стали їм відомі у зв'язку з участю в укладенні та виконанні угоди про примирення. Обґрунтувати вирок за ст. 389-1 КК без показань цих осіб практично неможливо.

5.10.4. Кримінальні правопорушення інших учасників кримінального провадження

5.10.4.1. Одним з найбільш поширених злочинів інших учасників кримінального провадження є **завідомо неправдиве показання** (ст. 384 КК).

Подібний склад злочину традиційно є у КК практично усіх держав світу. Доречно згадати, що ще за давньоримськими Законами XII таблиць завідомо неправдиве показання належало до небагатьох діянь, які карались смертю, – лжесвідків скидали з Тарпейської скелі (VIII, 23).

Сьогодні, наприклад, у Книзі 2 КК Іспанії міститься спеціальна глава VI «Неправдиве свідчення» розділу XX «Злочини проти судової влади». Крім неправдивого свідчення «зі злим умислом» (ст. 458 і ст. 459), свідок, експерт і перекладач несуть відповідальність і за те, що, «істотно не погрішивши проти істини, викривлять її недомовками, неточностями чи замовчуватимуть важливі дії чи дати» (ст. 460). Неправдиве свідчення визнається злочином і якщо воно вчинене перед Міжнародним судом (ст. 458). Караним є також умисне представлення неправдивого свідка, експерта чи перекладача (ст. 461). Особа, яка, надавши неправдиві показання у кримінальній справі, однозначно відмовиться від них до винесення вироку, звільняється від покарання (ст. 462).

Статтею 3 глави 15 «Лжесвідчення, неправдиве обвинувачення та інші неправдиві заяви» КК Швеції передбачена відповідальність за лжесвідчення, зроблене через грубу необережність. Цим самим шведський законодавець акцентував, що він нікому не надасть можливості уникнути покарання за лжесвідчення під приводом відсутності злого умислу. Разом з тим згідно зі ст. 4 покарання за ці злочини не призначається, якщо неправдива заява не має значення для справи. Отже, чітко відрізняються заяви, які, хоча й є неправдивими, проте не стосуються предмета справи, а тому не повинні тягнути відповідальність. Статтями 4-а і 4-б передбачена відповідальність за неправдиву заяву (умисну чи вчинену через грубу необережність) перед Скандинавським судом та перед ЄС. Ці приписи відбивають зобов'язання Швеції, взяті внаслідок членства у відповідних міжнародних організаціях.

Цікавою є диференціація покарання за лжесвідчення – як проти обвинуваченого, так і на його користь – у ст.ст. 215–220 КК Бельгії. Таке покарання залежить від того: а) давались неправдиві показання у кримінальній чи у

цивільній справі. Якщо у першому випадку винний може бути засуджений до тюремного ув'язнення на строк від одного місяця і аж до 30 років, то у другому – від 2 місяців до 3 років; б) у якій саме кримінальній справі давались показання. Якщо у справі про проступок, покаранням є тюремне ув'язнення від 6 місяців до 5 років, а якщо про поліцейське порушення, – то від 3 до 12 місяців; в) до якого покарання внаслідок лжесвідчення засуджено певну особу: якщо до довічного ув'язнення, то винний у лжесвідченні засуджується до ув'язнення від 20 до 30 років; якщо до ув'язнення від 10 до 30 років, то винний у лжесвідченні засуджується до ув'язнення від 10 до 15 років; в інших випадках – від 5 до 10 років.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 384 КК, полягає у завідомо неправдивому:

- 1) показанні свідка чи потерпілого;
- 2) висновку (але не показанні під час допиту) експерта;
- 3) звіті оцінювача про оцінку майна;
- 4) перекладі.

Обов'язковими ознаками об'єктивної сторони злочину є обстановка і час його вчинення. Перелічені дії, крім звіту оцінювача, можуть бути вчинені лише під час проведення досудового розслідування, здійснення виконавчого провадження або проведення розслідування парламентською тимчасовою слідчою чи тимчасовою спеціальною комісією, або в суді, а звіт оцінювача – під час здійснення виконавчого провадження. Відповідно, суб'єктом злочину може бути тільки особа, яка дає показання як свідок чи потерпілий, призначена експертом або залучена як оцінювач (відповідно до Закону «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні»), чи перекладач.

Показання – це відомості про факти, які підлягають встановленню у справі і мають важливе значення для її правильного вирішення, дані уповноваженій на те особі у встановленому законом порядку і належним чином процесуально оформлені. Висновок експерта – належним чином процесуально оформлений документ, складений у результаті дослідження експертом, якому в передбаченому законодавством порядку було доручено провести експертизу і дати відповіді на поставлені перед ним запитання. Оцінка майна передбачає процес визначення його вартості на дату оцінки.

Неправдивими є показання (висновок, оцінка, переклад), в яких, у т.ч. шляхом замовчування, повністю або частково перекошені факти, що мають значення для правильного вирішення справи.

5.10.5. Кримінальні правопорушення осіб, які не є учасниками кримінального провадження

5.10.5.1. Навряд чи можна очікувати виконання усіх судових рішень за відсутності кримінальної відповідальності за їх невиконання, особливо в державі, де нігілістичним світоглядним ставленням до моралі, права і закону характеризується поведінка не лише значної частини

пересічних громадян, а й багатьох службових осіб, які схильні використовувати надані їм повноваження не для захисту прав людини, не в інтересах держави і суспільства, а з метою особистого збагачення чи в інтересах свого оточення.

Відповідно до ст. 382 КК **невиконання судового рішення** з об'єктивної сторони може характеризуватися:

1) невиконанням вироку, рішення, ухвали чи постанови суду, що набрали законної сили;

2) перешкоджанням виконанню вироку, рішення, ухвали чи постанови суду, що набрали законної сили (ч. 1 ст. 382);

3) невиконанням службовою особою рішення ЄСПЛ (ч. 4 ст. 382).

Невиконання судового рішення полягає у невжитті особою, до якої звернуто виконання вироку, рішення, ухвали або постанови суду, що набрали законної сили, передбачених законом заходів щодо їх виконання. Невиконання може діставати вияв у прямій відмові виконати судові рішення або в ухиленні від його виконання.

Перешкоджання виконанню судового рішення передбачає протидію особи реалізації вимог, які у ньому містяться, з метою недопущення його реалізації. Така протидія може виявлятися у прямій забороні певним особам виконувати вимоги представників державної виконавчої служби, погрозі застосувати до них чи інших осіб насильство, у спробі підкупити чи обманути їх з метою недопущення виконання судового рішення тощо.

Судом, як впливає зі ст.ст. 124–125 Конституції України, є орган державної судової влади, що входить до судової системи та здійснює правосуддя, ухвалюючи загальнообов'язкові судові рішення Іменем України. Але у частинах 1 і 2 ст. 382 КК поняттям «суд» охоплюються:

1) всі існуючі в Україні суди загальної юрисдикції;

2) іноземні суди – коли вони виносять рішення у цивільних, трудових, сімейних справах, вироки у кримінальних справах у частині, що стосується конфіскації майна та відшкодування шкоди потерпілим тощо.

Під поняття «суд» у ст. 382 не підпадають: Міжнародний комерційний арбітражний суд та Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України; суди територіальних чи професійних співтовариств (товариські, сільські, суди офіцерської честі); третейські суди та інші громадські суди, які сприяють розгляду цивільних та деяких інших спорів (медіатори, консиліатори, арбітри); релігійні суди.

У ст. 382 КК йдеться про невиконання (перешкоджання виконанню) тільки вироку, рішення, ухвали чи постанови суду.

Отже, не охоплюється цим складом злочину невиконання рішення КС, яким визнано неконституційним правовий акт повністю або в окремій його частині. Оскільки рішення КС може змінити зміст нормативно-правового акта, то і саме це рішення має характер, схожий на нормативно-правовий. Для виконання цього рішення не потрібно

залучати державну виконавчу службу, оскільки воно набуває чинності з моменту його постановлення, виконується не окремими службовими особами, а конкретними державними органами відповідно до їх повноважень, а норма про відповідальність за невиконання рішення КС не може існувати так само, як і норма про відповідальність за невиконання закону (будь-якого закону) чи іншого будь-якого нормативно-правового акта, адже інакше практично втрачається сенс в існуючій усіх інших статей Особливої частини КК.

Крім того, КС дає висновки у справах з питань: офіційного тлумачення Конституції та законів України; про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до ВР для надання згоди на їх обов'язковість; щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту. Але тлумачення закону, у т.ч. офіційне, не має і не може мати обов'язкового характеру, інакше воно було б не тлумаченням, а законодавчим приписом, заборонаю тощо. Тому його неможливо виконати і не потрібно виконувати, а можна і потрібно лише враховувати. Так само ВС дає, наприклад, висновок щодо наявності чи відсутності в діяннях, у яких звинувачують Президента України, ознак державної зради або іншого злочину. Такий висновок може бути підставою для проведення досудового слідства та судового розгляду або підставою для закриття справи. Тобто він є не остаточним судовим рішенням у справі, а лише документом, що створює підстави для здійснення уповноваженою особою певних процесуальних дій, і його так само неможливо виконати, – він лише підлягає врахуванню.

Невиконання іншого судового рішення, крім рішення, вироку, ухвали чи постанови суду (зокрема, наказу господарського суду), кримінальної відповідальності також не тягне.

Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ), відповідальність за невиконання рішень якого передбачена ч. 3 ст. 382 КК, – це міжнародний суд, створений державами – учасницями ЄКПЛ з метою забезпечення виконання ними своїх зобов'язань за Конвенцією та протоколами до неї.

Як зазначено у диспозиції ч. 1 ст. 382, відповідальність настає у випадку невиконання чи перешкоджання виконанню тільки таких судових рішень, які набрали законної сили. Вказівка на цю обставину є абсолютно обґрунтованою, оскільки судові рішення, що не набрали законної сили, не вважаються остаточними і можуть бути змінені. Незважаючи на те, що ч. 4 ст. 382 не містить аналогічної вказівки, так само і рішення ЄСПЛ підлягають виконанню лише за умови, якщо вони є остаточними. Остаточне рішення, як правило, виносить відповідна палата, яка розглядає справу, а в передбачених зазначеною Конвенцією виняткових випадках – Велика палата ЄСПЛ.

Для визначення моменту закінчення злочину, передбаченого ст. 382 КК, важливим є встановлення моменту надходження судового рішення до особи, яка повинна його виконувати, і строку виконання судового рішення, який визначено законом або судом. Так, закон передбачає ряд випадків, коли рішення суду підлягає негайному виконанню (зокрема, це стосується справ про поновлення на роботі незаконно звільненого працівника, про присудження працівникові заробітної плати), або коли негайне виконання рішення не допускається (наприклад, це стосується судових рішень у справах про виселення громадян з житлових приміщень).

Література

- Злочини проти правосуддя: Навч. посібн. / За заг. ред. В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – Харків: Юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 2011. – 160 с.
- Бокоч І. Система злочинів проти правосуддя, що вчиняються працівниками правоохоронних органів під час провадження досудового розслідування // Вісник прокуратури. – 2012. – № 4–5. – С. 72–80.
- Кулешов Ю.И. Преступления против правосудия: современные проблемы теории, законотворчества и правоприменения // Российский ежегодник уголовного права. – 2007. – № 2 / Под ред. Б.В. Волженкина. – СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008. – С. 125–149.

Запитання та завдання

1. Проаналізуйте зміст розділу XVIII Особливої частини КК України та визначте усі інші можливі, крім суб'єктного, критерії класифікації злочинів проти правосуддя.

2. Чи вважаєте ви правильним те, що катування, вчинене під час примушування до давання показань, у КК України визначено як злочин, що не є службовим? Обґрунтуйте свою позицію.

3. Чи є необхідність визначати у ст.ст. 377–379, 398–400 КК України склади злочинів з відповідними спеціальними потерпілими? Обґрунтуйте свою позицію.

4. Знайдіть у ст.ст. 371–400 КК України не менше п'яти положень, які суперечать положенням нового КПК України.

5. ЄСПЛ в рішенні у справі «Ван дер Хеййден (Van der Heijden) проти Нідерландів», № 42857/05, від 3 квітня 2012 р., підтвердив, що держави мають право самостійно встановлювати межі імунітету свідків. Проте Суд не погодився, що стосунки пані Ван дер Хеййден з паном А., які проживають разом 18 років і мають двох спільних дітей, хоча й ідентичні шлюбу або зареєстрованому партнерству у соціальному значенні, можуть мати такі самі юридичні наслідки, як і юридично оформлені стосунки. Адже визначальним фактором є не їхня тривалість або

підтримуючий характер, а існування публічного зобов'язання, яке припускає існування сукупності прав й обов'язків договірною характеру. Тому Суд встановив, що їхні відносини жодним чином не стосуються важливого публічного інтересу, що полягає у кримінальному переслідуванні за вчинення тяжких злочинів, і став на сторону національних судів, які визначили, що пані Ван дер Хейжден, яка була свідком вбивства, вчиненого її чоловіком, не повинен був наданий імунітет, оскільки її особистий інтерес був менш значущим, ніж інтерес прокуратури в одержанні доказів, і вона законно була взята під варту за відмову виконати судові рішення після того, як відмовилась свідчити проти пана А.

Чи застосовне це рішення до ч. 2 ст. 385 КК України?

Рекомендуємо прочитати

- Олександр Радищев «Подорож із Петербурга в Москву» (глава «Зайцово»).
- Лев Толстой «Воскресіння».
- Григорій Квітка-Основ'яненко «Підбрехач».
- Олександр Солженіцин «Архіпелаг ГУЛАГ», «Один день Івана Денисовича», «Доріженька».
- Іван Карпенко-Карий «Мартин Боруля».
- Сергій Довлатов «Зона, або Записки наглядача».
- Варлам Шаламов «Колимські оповідання», «Спогади».

Радимо подивитись

- Мартин Боруля (Україна, 1953, режисери Г. Юра, А. Швачко).
- Правосуддя для всіх (США, 1979, режисер Н. Джужісон).
- Присяжна (США, 1996, режисер Брайан Гібсон).
- Втеча з тюрми (Велика Британія, Ірландія, 2006, режисер Руперт Уайатт).
- Лінкольн для адвоката (США, 2011, режисер Бред Фурман).

Розділ 6

КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ Й ІНТЕРЕСІВ ДЕРЖАВИ, А ТАКОЖ МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ

6.1. Кримінальні правопорушення проти національної безпеки у політичній, воєнній, інформаційній сферах і проти державної безпеки

6.1.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти національної безпеки у політичній, воєнній, інформаційній сферах і проти державної безпеки

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

Отже, злочини проти основ національної безпеки України, передбачені розділом I Особливої частини КК України (ст.ст. 109–114), посягають не тільки на безпеку держави, а й на національну безпеку загалом. Саме завдяки своєму особливому значенню злочини проти основ національної безпеки України і розміщені в розділі I Особливої частини КК.

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

Водночас в Особливій частині чинного КК, порівняно з КК 1960 р., дещо штучно розділені злочини проти основ національної безпеки України (розділ I) і злочини у сфері охорони державної таємниці, недоторканності державних кордонів, забезпечення призову і мобілізації (розділ XIV). Адже й ті, й інші могли б бути об'єднані в одному розділі I. Такий висновок впливає з аналізу положень Закону «Про основи національної безпеки України» (ст. 7 і ст. 8), згідно з яким основними **реальними та потенційними загрозами національній безпеці України** є, зокрема:

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

– у внутрішньополітичній сфері: загрози конституційному устрою; можливість конфліктів у сфері міжетнічних і міжконфесійних відносин; загроза проявів сепаратизму;

– у сфері державної безпеки: розвідувально-підбивна діяльність іноземних спеціальних служб; загроза посягань з боку окремих груп та осіб на державний суверенітет, територіальну цілісність, економічний, науково-технічний і оборонний потенціал України, права і свободи громадян; прояви сепаратизму, намагання автономізації за етнічною ознакою окремих регіонів України;

– у воєнній сфері та сфері безпеки державного кордону України: поширення зброї масового ураження і засобів її доставки; нелегальна міграція; небезпечно зниження рівня забезпечення військовою та спеціальною технікою та озброєнням нового покоління ЗС, інших військових формувань, що загрожує зниженням їх боєздатності;

– в інформаційній сфері: розголошення інформації, яка становить державну та іншу, передбачену законом, таємницю.

Таким чином, злочини, визначені у розділах I і XIV Особливої частини КК України, становлять одну систему (див. табл. 30).

Таблиця 30. Система злочинів проти національної безпеки у політичній, воєнній, інформаційній сферах і проти державної безпеки

Злочини проти національної безпеки:	Конкретні види злочинів	Стаття КК
у політичній сфері і сфері державної безпеки	дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади	ст. 109
	посягання на територіальну цілісність і недоторканність України	ст. 110
	фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України	ст. 110-2
	посягання на життя державного чи громадського діяча	ст. 112
	диверсія	ст. 113
у сфері державної безпеки, воєнній та інформаційній сферах	державна зрада	ст. 111
	шпигунство	ст. 114
	розголошення державної таємниці	ст. 328
	втрата документів, що містять державну таємницю	ст. 329
	передача або збирання відомостей, що становлять службову інформацію, зібрану у процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони держави	ст. 330
	перешкоджання законній діяльності ЗС та інших військових формувань в особливий період	ст. 114-1

у воєнній сфері та сфері безпеки державного кордону України	незаконне переправлення осіб через державний кордон України	ст. 332
	порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї	ст. 332-1
	порушення порядку здійснення міжнародних передач товарів, що підлягають державному експортному контролю	ст. 333
	порушення правил міжнародних польотів	ст. 334
у сфері державної безпеки і воєнній сфері	ухилення від призову на строкову військову службу	ст. 335
	ухилення від призову за мобілізацією	ст. 336
	ухилення від військового обліку або спеціальних зборів	ст. 337

6.1.1.2. Зазначеними сферами і вказаними загрозами в кожній з них зовсім не обмежуються усі реальні та потенційні загрози національній безпеці України.

Так, згідно із Законом «Про основи національної безпеки України» існують численні загрози в економічній, екологічній, науково-технологічній сферах. Також існують багато інших, крім вже згаданих, загроз: у внутрішньополітичній сфері (порушення органами державної влади та органами місцевого самоврядування Конституції і законів України, прав і свобод людини і громадянина, у т.ч. при проведенні виборчих кампаній, структурна та функціональна незбалансованість політичної системи суспільства); в інформаційній сфері (прояви обмеження свободи слова та доступу громадян до інформації; комп'ютерний тероризм; намагання маніпулювати суспільною свідомістю тощо); у воєнній сфері (можливість втягування України в регіональні збройні конфлікти чи у протистояння з іншими державами, поширення зброї масового ураження і засобів її доставки, накопичення великої кількості застарілої та не потрібної для ЗС військової техніки, озброєння, вибухових речовин, недостатня ефективність існуючих структур і механізмів забезпечення міжнародної безпеки та глобальної стабільності тощо); у сфері державної безпеки (поширення корупції, зрощення бізнесу і політики, організованої злочинної діяльності, поширення міжнародного тероризму, спроби створення і функціонування незаконних воєнізованих збройних формувань та намагання використати в інтересах певних сил діяльність військових формувань і правоохоронних органів держави тощо).

В багатьох випадках статтями різних розділів Особливої частини КК (зокрема розділів V, VIII–XIII, XVI, XVII) встановлено відповідальність за створення зазначених та інших загроз основам національної безпеки України. Тому існуюча назва розділу I Особливої частини КК дещо не узгоджується з Законом «Про основи національної безпеки України», положеннями інших розділів Особливої частини КК і має бути змінена.

6.1.1.3. Звернімо увагу на деякі особливості злочинів проти національної безпеки у політичній, воєнній, інформаційній сферах і проти державної безпеки.

Так, злочини, передбачені розділом I Особливої частини КК, з об'єктивної сторони характеризуються переважно суспільно небезпечними діями. Час і обстановка вчинення злочину є обов'язковими ознаками лише однієї із форм державної зради (перехід на бік ворога може бути вчинений тільки в умовах воєнного стану або у період збройного конфлікту), а також злочину, передбаченого у ст. 114-1 КК.

Суб'єктами цих злочинів є осудні особи, які досягли 16-річного віку (суб'єктом злочину, передбаченого ст. 112 КК, – 14-річного). Спеціальний суб'єкт є ознакою лише двох складів злочинів: у злочині, передбаченому ст. 111, – це тільки громадянин України, а у злочині, передбаченому ст. 114, навпаки, – тільки іноземний громадянин або особа без громадянства.

Можливі ситуації, коли шпигунські дії вчиняються за попередньою змовою групою осіб, серед яких є як громадяни України, так й іноземці. У цих випадках перші несуть відповідальність за ч. 1 ст. 111, а другі – за ч. 1 ст. 114 КК.

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

За даними ДСА, у 2005–2013 рр. за злочини проти основ національної безпеки було засуджено усього 12 осіб: одна особа – за ст. 110, 5 осіб – за ст. 111 і ще 6 – за ст. 114 КК.

6.1.1.4. Що стосується діянь, передбачених розділом XIV Особливої частини КК, то більшість з них близькі до адміністративних правопорушень, оскільки не мають ступеня і характеру суспільної небезпеки, звичайно властивих злочинам. Це стосується, зокрема, діянь, передбачених частинами 1 ст.ст. 328, 329, 330, а також ст.ст. 333, 334, 337 КК.

За окремі з них КАП прямо передбачена адміністративна відповідальність, а в деяких інших випадках їх важко відмежувати від суміжних адміністративних правопорушень. Так, КАП передбачена адміністративна відповідальність за невиконання законних вимог посадових осіб спеціально уповноваженого органу виконавчої влади з питань державного експортного контролю і порушення законодавства в галузі державного експортного контролю (ст.ст. 188-17, 212-4), порушення законодавства про державну таємницю (ст. 212-2), порушення порядку використання конфіденційної інформації (ч. 3 ст. 186-3), незаконне перетинання державного кордону України (ст. 204-1), порушення правил міжнародних польотів (ст. 113), порушення військовозобов'язаними чи призовниками законодавства про військовий обов'язок і військову службу та інші порушення у сфері призову та військового обліку (ст.ст. 210–211-6).

Отже, закон визнав одні й ті самі або надзвичайно схожі діяння і злочинами і адміністративними деліктами. При цьому окремі з названих статей КАП були прийняті вже після прийняття КК від 5 квітня 2001 р. або навіть в один день з ним.

Незважаючи на те, що згідно з ч. 2 ст. 9 КАП адміністративна відповідальність настає лише тоді, коли відповідні порушення не тягнуть кримінальної відповідальності, практика йде іншим шляхом.

Випадки, передбачені частинами 1 ст.ст. 328, 329, 330, а також ст.ст. 333, 334, 337 КК, є прикладами надмірної криміналізації діянь. Тому у разі порушення кримінального провадження слід обов'язково брати до уваги положення ч. 2 ст. 11 КК, згідно з яким не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, а під час провадження у кримінальній справі – положення ст.ст. 44, 45, 47, 48 КК, якими встановлені певні підстави звільнення від кримінальної відповідальності.

За злочини, передбачені розділом XIV Особливої частини КК, щороку засуджується зовсім небагато осіб, хоча їх значно більше ніж осіб, засуджених за злочини, передбачені розділом I (див. табл. 31).

Таблиця 31. **Кількість осіб, засуджених за злочини у сфері охорони державної таємниці, недоторканності державних кордонів, забезпечення призову і мобілізації у 2005–2006 і 2011–2013 рр.**

Стаття КК	Кількість засуджених (осіб)				
	2005 р.	2006 р.	2011 р.	2012 р.	2013 р.
Стаття 328 – розголошення державної таємниці	—	—	1	2	1
Стаття 329 – втрата документів, що містять державну таємницю	—	—	—	—	1
Стаття 332 – незаконне переправлення осіб через державний кордон України	120	119	110	73	95
Стаття 333 – порушення порядку здійснення міжнародних передач товарів	—	—	3	10	22
Стаття 335 – ухилення від призову на строкову військову службу*	—	—	49	19	22
Стаття 337 – ухилення від військового обліку або спеціальних зборів	—	—	2	—	—
Усього	120	119	165	105	141

6.1.2. **Окремі види кримінальних правопорушень проти національної безпеки у політичній, війсьній, інформаційній сферах і сфері державної безпеки**

6.1.2.1. **Державна зрада** (ст. 111 КК) з об'єктивної сторони може виявитися у таких формах:

1) перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту. Громадянин України надає безпосередню допомогу

* Після того, як строкова військова служба буде остаточно скасована, ст. 335 із КК має бути виключена.

державі, з якою Україна на той час перебуває у стані війни або збройного конфлікту. Ці дії можуть полягати у вступі на службу до військово-вих чи інших формувань ворожої держави (поліції, розвідки), наданні допомоги агентам спецслужб іноземних держав тощо. Надання згоди виконати такі дії (наприклад, поступити на службу до поліції) є готуванням до вчинення злочину і залишає можливість добровільно відмовитися від його доведення до кінця;

2) шпигунство (його поняття буде розкрито при висвітленні ознак злочину, передбаченого ст. 114);

3) надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України. Це передбачає сприянні їх можливим чи дійсним зусиллям заподіяти шкоду державній безпеці України. При цьому підривною слід визнавати будь-яку діяльність, пов'язану зі спробою зміни системи вищих органів державної влади нелегітимним шляхом, з втручанням у міжнародну або внутрішню політику України, зі спробою змінити її територію або знизити обороноздатність, з ужиттям заходів щодо посилення економічної залежності України від інших держав тощо. Отже, види підривної діяльності проти України можуть бути різноманітними. Різний вигляд може мати й допомога у проведенні такої діяльності. Вона може надаватися шляхом організації чи виконання конкретного злочину, схилення до державної зради інших осіб, усунення перешкод для вчинення певних діянь тощо.

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

Під **іноземною організацією** слід розуміти державну чи недержавну установу, підприємство, об'єднання іншої країни, міждержавну чи міжнародну організацію, крім офіційної міжнародної організації, членом якої є Україна. Іноземною організацією є також військова, політична, фінансова чи інша розвідка.

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

Суб'єктом державної зради у будь-якій її формі може бути тільки громадянин України, який досяг 16-річного віку. Якщо під час провадження у справі буде встановлено, що особа, яка обвинувачується у державній зраді, має, крім українського, ще й громадянство іншої держави,

слід виходити із того, що набуття нею іноземного громадянства виключає її з числа громадян України. Тому вчинені нею шпигунські дії слід кваліфікувати за ст. 114, а діяння, вчинені нею в інших формах із числа передбачених ст. 111, – за відповідними іншими статтями Особливої частини КК, якщо фактично вчинене містить склад іншого злочину.

Суб'єктивна сторона державної зради характеризується виною у вигляді прямого умислу.

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

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

Наприклад, такі дії, передбачені ст. 427 КК, як здача ворогові начальником ввірених йому військових сил, залишення ворогові укріплень, інших засобів ведення війни, вчинені з метою сприяння ворогові, мають кваліфікуватися за ст. 111 як перехід на бік ворога в умовах воєнного стану, в період збройного конфлікту. Розголошення громадянином України державної таємниці (ст. 328) з метою у такий спосіб передати її іноземній державі треба кваліфікувати як державну зраду у формі шпигунства.

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

6.1.2.2. Частина 2 ст. 111 КК визначає спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності, можливий за сукупності трьох умов, коли громадянин України: 1) вступив у зв'язок з іноземною державою, іноземною організацією або їх представниками й отримав їх злочинне завдання; 2) не вчинив жодних дій на виконання цього злочинного завдання; 3) добровільно заявив органам влади України про свій зв'язок із зазначеними державою, організацією або їх представниками та про отримане завдання. Ця норма не виключає можливості застосування до особи положень ст. 17 КК, якщо вони поліпшують становище особи порівняно з положеннями ч. 2 ст. 111.

Ось приклад правильного вчинку громадянина України у відповідній ситуації.

28 травня 2012 р. Красногвардійський районний суд м. Дніпропетровська засудив за ч. 1 ст. 114 КК двох співробітників Торговельного представництва КНДР у Республіці Білорусь, які, з метою збирання відомостей, що становлять державну таємницю, встановили конфіденційне співробітництво з

громадянином України – працівником «КБ «Південне». Прибувши автомобілем в Україну з території Республіки Білорусь, вони попросили його передати за грошову винагороду відомості щодо космічних летальних апаратів, які становлять державну таємницю. Під час проведення оперативно-розшукового заходу «контрольована поставка» в одному з гаражів в м. Дніпропетровську співробітниками Служби безпеки України було виявлено і припинено збирання зазначеними особами відомостей, що становлять державну таємницю, яке здійснювалось ними шляхом фотографування цифровим фотоапаратом наукових дисертацій із грифом «секретно», які розкривають інформацію про прогресивні технології, нові види технологічних процесів зі створення ракетних комплексів, рідинних ракетних двигунів і космічних літальних апаратів.

У цьому випадку працівник «КБ «Південне» про встановлення контакту з іноземцями, які цікавляться державною таємницею, відразу повідомив Службу безпеки України і в подальшому брав участь в контррозвідувальній операції під їхнім контролем (замість справжніх дисертацій із грифом «секретно» їм були надані муляжі). Якби він не зробив цього, то поніс би відповідальність за шпигунство, передбачене ч. 1 ст. 111 КК*.

6.1.2.3. Предметом **шпигунства**, передбаченого ст. 111 і ст. 114 КК, є **відомості, що становлять державну таємницю**. Ними є інформація у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку, розголошення якої може завдати шкоди національній безпеці України і яка рішенням державних експертів з питань таємниць визнана державною таємницею та включена до Зводу відомостей, що становлять державну таємницю (ЗВДТ), який затверджено наказом СБ від 12 серпня 2005 р. № 440.

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

З об'єктивної сторони шпигунство полягає у таких діях:

1) передача іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю. Це означає їх усне повідомлення (телефоном, радіо тощо), вручення матеріальних носіїв інформації (прямо чи з використанням тайника) або надання доступу до них (скажімо, шляхом передачі ключа від камери схову), або їх пересилання (з використанням поштового, електронного зв'язку тощо) безпосередньо адресату чи посереднику. Якщо вказані відомості було передано іншій державі на підставі міжнародних угод та у порядку, передбаченому законодавством України, це не є злочином (протягом

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 24541257 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

1998–2013 рр. Україною укладено і ратифіковано угоди про взаємний захист (охорону) таємної (секретної) інформації та матеріалів з НАТО, а також понад двадцятьма державами);

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

Якщо шпигунство вчинене шляхом несанкціонованого втручання в роботу комп'ютерів, автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку, це потребує додаткової кваліфікації за ст. 361, а якщо шляхом несанкціонованих дій з інформацією, яка обробляється в них або зберігається на їх носіях, – за ст. 362 КК. Шпигунство, поєднане з незаконним використанням спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених ст. 114 (111) і ст. 359 КК.

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

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 114, – тільки іноземець або особа без громадянства.

Згідно з Додатковим протоколом I до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів в умовах воєнного конфлікту, особа зі складу збройних сил сторони, яка перебуває у конфлікті, не вважається такою, що займається шпигунством, і не може бути притягнута до кримінальної відповідальності за ст. 114, якщо вона відповідає сукупності таких ознак: а) від імені цієї сторони збирає інформацію на території, що контролюється супротивною стороною, але, діючи таким чином, носить формений одяг своїх збройних сил (лазутчик); б) проживаючи на території, окупованій супротивною стороною, від імені сторони, від якої вона залежить, збирає на цій території інформацію, що має воєнне значення, але при цьому не діє обманним шляхом або навмисно не вдається до таємних дій; в) не проживаючи на території, окупованій супротивною стороною, фактично займається шпигунством на цій території, але її не захоплено до того, як вона знову приєдналась до збройних сил, до яких вона належить.

Частина 2 ст. 114 передбачає спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вже передала чи збрала для передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам

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

6.1.3. Кримінальні правопорушення проти безпеки держави в інформаційній сфері і сфері державної безпеки

6.1.3.1. Злочин, передбачений ст. 330 КК, вчиняється вкрай рідко. Але приклади застосування судами цієї статті все ж таки є.

6 червня 2012 р. Солом'янський районний суд м. Києва засудив за ст. 330 КК керівника групи супроводу контрактів відділу зовнішньоекономічних зв'язків Державного підприємства «Завод 410 ЦА». За обставинами справи, 30 січня 2010 р., в порушення вимог Інструкції про порядок обліку, зберігання і використання документів, справ, видань та інших матеріальних носіїв інформації, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави, зі своєї електронної поштової скриньки на електронну поштову скриньку, якою користувався аташе з питань оборони Посольства Чеської Республіки в Україні, з метою отримання від нього грошової винагороди він відправив електронний лист, до якого приєднав п'ять файлів з електронною копією проекту договору комісії між ДГЗП «Спецтехноекспорт» та ДП «Завод 410 ЦА» на ремонт та модернізацію літаків Ан-32 для ВПС Республіки Індія, який йому був довірений у зв'язку з виконанням службових обов'язків. За цю інформацію він отримав від аташе з питань оборони Посольства Чеської Республіки в Україні винагороду в розмірі 100 євро.

Як було з'ясовано під час розслідування, відповідно до Переліку видів документів, в яких присутня конфіденційна інформація, що є власністю держави і не містить державної таємниці, і яким надається гриф обмеження доступу «Для службового користування», затв. наказом ДК «Укрспецекспорт» від 1 квітня 2005 р. № 20, відомості, викладені у переданому проекті договору, належать до конфіденційної інформації, яка є власністю держави, та мають гриф «Для службового користування».*

Предмет **передачі або збирання відомостей, що становлять службову інформацію, зібрану у процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони** (ст. 330 КК), – відомості (інформація) зазначеного характеру, що знаходяться у володінні держави та матеріалізовані в певному документі та які не віднесені до державної таємниці. Документу, що містить інформацію, яка становить службову інформацію, присвоюється гриф «Для службового користування», і кожен примірник такого документа має номер. Інші види службової інформації (зокрема інформація, що міститься в доку-

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 24806408 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

ментах суб'єктів владних повноважень, які становлять внутрішньовідомчу службову кореспонденцію, відповідні доповідні записки, рекомендації) не є предметом цього злочину.

З об'єктивної сторони цей злочин може виявитися у таких двох формах: 1) передача іноземним підприємствам, установам, організаціям або їх представникам відповідних відомостей; 2) збирання таких відомостей. За своїм змістом ці дії аналогічні тим, що вчиняються при шпигунстві.

Суб'єкт злочину поряд із загальними має спеціальні ознаки. Категорії працівників, які допускаються до роботи з виданнями з грифом «Для службового користування», визначаються керівниками організацій. Інші особи (наприклад, журналісти) можуть бути допущені до відповідної інформації з грифом «Для службового користування», яка знаходиться у володінні держави, у певному порядку (зокрема, за письмовим клопотанням керівників відповідних організацій, в яких вони працюють), і факт надання допуску означає, що вказані відомості довірені їм у зв'язку з виконанням службових обов'язків.

З суб'єктивної сторони злочин може бути вчинений тільки з прямим умислом: особа усвідомлює, що передає відповідні відомості іноземним підприємству, установі, організації або їхнім представникам, або що збирає ці самі відомості для передачі їм, і бажає це зробити. Обов'язковою ознакою збирання зазначених відомостей є мета їх передачі іноземним підприємству, установі, організації або їхнім представникам. Без наявності такої мети складу злочину немає.

Психічне ставлення винної особи до тяжких наслідків для інтересів держави (ч. 2 ст. 330) може характеризуватися тільки необережністю. В усіх випадках, коли суспільно небезпечні наслідки є невизначеними, психічне ставлення до них не може бути умисним саме через те, що вони не визначені у законі, і особа, вчиняючи злочин, не могла спрямовувати своє діяння на досягнення таких наслідків (її діяння мали інші спрямування, прямо визначені у простих складах злочинів), тобто не могла ставитися до них ні як до бажаних і неминучих, ні як до імовірних (винятками є випадки, коли за конструкцією складу особа спрямовує своє діяння на досягнення будь-яких наслідків).

У випадках, коли шкода від оприлюднення такої інформації є меншою за суспільний інтерес в її отриманні або приблизно дорівнює такому інтересу, відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 6 Закону «Про доступ до публічної інформації» необхідно вивчати питання про можливість застосування положень ч. 2 ст. 11 та ст.ст. 39, 42 КК або положень ст.ст. 45, 48 КК.

6.1.3.2. Від шпигунства (ст. 111 і ст. 114) злочин, передбачений ст. 330, відрізняється за своїм предметом (це відомості, що не становлять державну таємницю) і суб'єктом (у ст. 330 суб'єкт спеціальний). Злочин, передбачений ст. 330, відрізняється від комерційного шпигун-

ства (ст. 231) за предметом (поняття комерційної таємниці визначено в законодавстві досить чітко), об'єктивною стороною (комерційне шпигунство передбачає поняття «використання відомостей», яке є більш широким, ніж поняття «передача відомостей»; крім того, адресат отримання відомостей при комерційному шпигунстві – будь-яка заінтересована юридична чи фізична особа, а не тільки іноземні організації чи їхні представники) і за суб'єктом (у ст. 231 він загальний).

На відміну від злочинів, передбачених ст. 328 і ст. 329 КК, у злочині, передбаченому ст. 330, згадано не загалом про тяжкі наслідки, а про тяжкі наслідки *для інтересів держави*. Йдеться про випадки, коли в результаті розголошення відповідних відомостей саме державі було заподіяно значної матеріальної шкоди чи шкоди організаційного характеру. Чи є ті або інші наслідки тяжкими – питання факту, яке має вирішуватися залежно від сукупності конкретних обставин.

6.1.4. Кримінальні правопорушення проти безпеки держави у воєнній сфері та сфері безпеки державного кордону

6.1.4.1. Згідно із Законом від 18 травня 2004 р. із КК виключено ст. 331, яка передбачала відповідальність за **незаконне перетинання державного кордону**. З того часу такі дії визнаються адміністративним проступком. Так, ст. 204-1 КАП передбачає відповідальність за перетинання або спробу перетинання державного кордону України будь-яким способом поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунктах пропуску через державний кордон України без відповідних документів або за документами, що містять недостовірні відомості про особу, чи без дозволу відповідних органів влади.

Проте чинність цієї статті КАП не поширюється на випадки: а) повернення в Україну без встановлених документів громадян України, які стали жертвами злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми; б) прибуття в Україну іноземців чи осіб без громадянства з наміром отримати притулок чи бути визнаними в Україні біженцями або особами, які потребують додаткового захисту, якщо вони звернулися із заявою про надання притулку чи заявою про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, відповідно до Закону «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту».

6.1.4.2. Нелегальна міграція іноземців через державний кордон України визнається однією із загроз національній безпеці, і з метою її зменшення встановлено кримінальну відповідальність за **незаконне переправлення осіб через державний кордон України** (ст. 332 КК).

З об'єктивної сторони цей злочин може діставати вияв у чотирьох формах:

- 1) незаконне переправлення осіб через державний кордон України;
- 2) організація незаконного переправлення осіб через державний кордон України;

3) керівництво незаконним переправленням осіб через державний кордон України;

4) сприяння незаконному переправленню осіб через державний кордон України порадами, вказівками, наданням засобів або усуненням перешкод.

Незважаючи на те, що ці форми нагадують передбачені частинами 3 або 5 ст. 27 КК види співучасті, специфікою цього злочину є те, що особа, яка організувала зазначене незаконне переправлення, керувала ним або сприяла йому, визнається виконавцем цього злочину, тому її дії треба кваліфікувати за ст. 332 без посилання на ст. 27. Якщо у вчиненні одного злочину особа брала участь як організатор, в іншому – як керівник, а в третьому – давала поради чи вказівки тощо, її дії у кожному разі повинні одержувати самостійну правову оцінку у межах ст. 332 КК.

Незаконне **переправлення осіб через державний кордон України** передбачає дії особи, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину забезпечила перетинання державного кордону України іншими особами (наприклад, перевезла іншу особу через державний кордон України на власному транспортному засобі).

Організація незаконного переправлення осіб через державний кордон України передбачає розробку та безпосередню реалізацію планів незаконного перетинання державного кордону України іншими особами. **Керівництво незаконним переправленням осіб** через державний кордон України – це розпорядження діями осіб, які бажають незаконно перетнути державний кордон України, або інших осіб, з метою досягнення відповідного злочинного результату – незаконного переправлення осіб через державний кордон України. Це може виявлятися у наданні відповідних настанов і проведенні інструктажу щодо виконання тих чи інших фактичних дій, координації останніх, забезпеченні їх прикриття, виробленні заходів щодо нейтралізації діяльності органів ДПС та інших правоохоронних органів тощо.

Відмінністю дій за керівництва незаконним переправленням осіб через державний кордон України від організації такого переправлення є передусім те, що керівництво здійснюється безпосередньо *під час* такого переправлення чи безпосередньо перед його початком.

На відміну від особи, яка керує підготовкою чи вчиненням злочину (ч. 3 ст. 27), керівник незаконним переправленням осіб через державний кордон України спрямовує зусилля не інших співучасників, а осіб, які незаконно перетинають державний кордон України. Так само, як і організаторів цих дій, осіб, які керують ними, може бути двоє і більше, і в такому випадку їх дії кваліфікуються за ч. 2 ст. 332.

Організатором і керівником переправлення осіб через державний кордон України може бути одна й та сама особа. Якщо одна особа здійснювала організаторські дії, а інша – безпосередньо керувала їх виконанням, їх дії підлягають кваліфікації за ч. 2 ст. 332.

На практиці злочин, передбачений ст. 332, найчастіше вчиняється спільними діями двох чи більше осіб. А тому кваліфікація його за ч. 1 ст. 332 може відбуватися лише в окремих випадках, коли йдеться, скажімо, про дії «провідника-одинака», затриманого при переправленні ним однієї чи кількох осіб через державний кордон України.

Сприяння незаконному переправленню осіб через державний кордон України порадами, вказівками, наданням засобів або усуненням перешкод не є пособництвом у злочині, передбаченому ст. 332, а також однією з його форм. Адже таке сприяння стосується не співучасників цього самого злочину, а осіб, які незаконно перетинають державний кордон України.

Сприяння порадами чи вказівками полягає в наданні зазначеним особам інформації щодо найбільш зручних маршрутів руху до державного кордону, місця і часу його незаконного перетинання та інших обставин, яка є необхідною для реалізації їх намірів на незаконне перетинання кордону. Надання засобів полягає у передаванні особам, які незаконно перетинають державний кордон України, транспортних засобів, тимчасового сховища, засобів маскування і засобів приховування слідів злочину, документів, карт, схем або інших предметів матеріального характеру, за допомогою яких вони можуть полегшити досягнення зазначеного результату. Усунення перешкод – це ліквідація перепон, що заважають (ускладнюють, унеможливають) реалізації планів щодо незаконного перетинання державного кордону України.

Вироком від 11 лютого 2011 р. Перечинський районний суд Закарпатської області засудив за ч. 2 ст. 332 КК України Г., В. і Б. За обставинами справи, на початку вересня 2010 р. Г. на ринку «Троєщина» в м. Києві познайомився із В., який в ході розмови запропонував Г. як мешканцю Закарпаття за винагороду здійснити організацію незаконного переправлення групи нелегальних мігрантів через державний кордон України і, отримавши згоду Г., погодив з ним способи доставки нелегальних мігрантів з м. Києва до Закарпаття, місця переховування нелегальних мігрантів, маршрут руху до державного кордону та способи зв'язку під час підготовки та вчинення злочину. Г. залучив до виконання злочину Б., до обов'язків якого входила зустріч нелегальних мігрантів в раніше обумовленому з Г. місці після їх доставки з м. Києва до Закарпаття та надання нелегальним мігрантам приміщення для тимчасового проживання і переховування в прикордонно-контрольованому районі з метою їх подальшого незаконного переправлення через державний кордон України на територію Угорщини або Словаччини. Діючи на виконання попередньої злочинної домовленості, 28 жовтня 2010 р. В. зателефонував Г. та повідомив, що група нелегальних мігрантів з Палестини в кількості чотирьох осіб доставлена з м. Києва до с. Зняцево Мукачівського району. Г., у свою чергу, зателефонував Б. та повідомив, звідки потрібно забрати вказану групу нелегальних мігрантів, щоб доставити їх і розмістити у власному будинку. 29 жовтня 2010 р. палестинці були затримані міліцією в будинку Б.*

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 13768519 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

Переправлення через державний кордон України – це дії, спрямовані на переведення, перевезення тощо осіб через умовну лінію, яка визначає межі території України. При цьому всі дії організатора, керівника такого переправлення або особи, яка сприяє йому, можуть бути повністю виконані ще до того, як особи, яких вони переправляють через державний кордон України, перетнули його.

Тому вчинений цими особами злочин є закінченим у момент, коли виконано відповідні дії: організаційні дії з переправлення осіб через державний кордон України, дії з керівництва таким переправленням, надані необхідні поради, вказівки чи засоби для незаконного перетинання державного кордону України іншими особами або усунені відповідні перешкоди для цього, незалежно від того, чи фактично опинились особи, яких вони переправляють через державний кордон України, за межами України. Злочин також вважається закінченим, якщо зазначені дії стосувались незаконного переправлення через державний кордон України лише однієї особи.

Як випливає зі ст. 204-1 КАП, **незаконним** переправленням осіб через державний кордон України є таке переправлення:

1) будь-яким способом поза відповідними пунктами пропуску (поза місцем розташування пункту пропуску, поза місцем, визначеним у пункті пропуску для безпосереднього перетинання державного кордону, або хоча і в зазначеному місці, але в час, коли пункт пропуску не функціонував);

2) у пунктах пропуску, але без відповідних документів (зокрема, йдеться про паспорт громадянина України для виїзду за кордон і проїзний документ дитини, дипломатичний паспорт, службовий паспорт, посвідчення особи моряка, посвідчення члена екіпажу тощо). Документ вважається відповідним (дійсним), якщо він належить пред'явникові, відповідає установленому зразку, виданий компетентним органом і належним чином оформлений, а термін дії його не закінчився;

3) у пунктах пропуску, але за документами, що містять недостовірні відомості про особу;

4) у пунктах пропуску, але без дозволу відповідних органів влади.

2 лютого 2011 р. Бабушкінський районний суд м. Дніпропетровська засудив Ж. за ч. 1 ст. 332 КК України. За обставинами справи Ж. у вересні 2009 р. запропонував своїй знайомій громадянці України С. працевлаштування в Туреччині. С. погодилася на цю пропозицію, але повідомила про те, що в неї відсутні кошти, а також закордонний паспорт. Ж., маючи у своєму розпорядженні паспорт громадянки України для виїзду за кордон, виданий на ім'я Ч., який він улітку 2009 р. випадково знайшов, вирішив організувати незаконне переправлення С. через державний кордон України з метою виїзду останньої до м. Стамбул. На виконання задуманого 15 жовтня 2009 р. Ж. за особисті кошти придбав авіаційний квиток на рейс до м. Стамбул на ім'я Ч. і передав його, а також згаданий паспорт С. з метою незаконного перетинання останньою державного кордону України. Також він дав С. поради про її поведінку при проходженні прикордонного контролю і вказівку вивчити анкетні

дані особи згідно з паспортом на ім'я Ч. В цей же день С., при проходженні паспортного контролю в пункті пропуску «Дніпропетровськ-Аеропорт» пред'явила як документ, що засвідчує її особу, паспорт громадянки України для виїзду за кордон на ім'я Ч. співробітникам прикордонної служби. Останні, засумнівавшись у вірогідності відомостей про власника паспорта, затримали С., у якої при собі був також паспорт громадянки України на її ім'я».

6.1.4.3. Злочин, передбачений ст. 332 КК, слід відмежовувати від порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї (ст. 332-1 КК), а також від суміжних адміністративних правопорушень.

Так, порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї, криміналізоване відповідно до ст. 10 і ст. 19 Закону від 15 квітня 2014 р. «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», визнається злочином лише якщо воно вчинене з метою заподіяння шкоди інтересам держави (аналогічне діяння, вчинене без такої мети, тягне адміністративну відповідальність згідно зі ст. 204-2 КАП), а його суб'єктом є безпосередньо особа, яка намагається незаконно в'їхати на тимчасово окуповану територію чи виїхати з неї; при цьому у ст. 332-1 КК і ст. 204-2 КАП йдеться про перетинання не державного кордону України, а умовного кордону з тимчасово окупованою територією.

Порушення посадовими особами підприємств, установ і організацій, незалежно від форм власності, у т.ч. іноземних суб'єктів господарської діяльності, що діють на території України, встановленого порядку працевлаштування, прийняття на навчання іноземців та осіб без громадянства, надання їм житла, а також інші порушення, якщо вони будь-яким чином сприяють іноземцям та особам без громадянства в ухиленні від виїзду з України після закінчення терміну перебування або спрямовані на їх незаконну реєстрацію, оформлення документів на проживання, тягне адміністративну відповідальність за ст. 204 КАП.

Надання громадянами іноземцям та особам без громадянства житла, транспортних засобів, сприяння їх незаконній реєстрації, оформленню документів на проживання чи навчання, прийняттю на роботу, надання інших послуг на порушення встановлених правил перебування іноземців та осіб без громадянства в Україні і правил транзитного проїзду їх через територію України, якщо ці дії безпосередньо не пов'язані із незаконним переправленням осіб через державний кордон України, тягне адміністративну відповідальність за ст. 206 КАП.

Відповідно до ст. 206-1 КАП адміністративними проступками визнаються: 1) перевезення водіями іноземців та осіб без громадянства

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 13916726 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

на порушення встановлених правил перебування іноземців та осіб без громадянства в Україні і транзитного проїзду їх через територію України, якщо ці дії безпосередньо не пов'язані із незаконним перетинанням осіб через державний кордон України; 2) обладнання власниками або водіями транспортних засобів спеціально прихованих або замаскованих місць, які використовуються для перевезення нелегальних мігрантів; 3) перевезення іноземців та осіб без громадянства в обладнаних власниками транспортних засобів або водіями спеціальних схованках для перевезення людей. У цій статті йдеться про перевезення зазначених осіб внутрішніми шляхами. Перевезення або спроба перевезення іноземців та осіб без громадянства безпосередньо через державний кордон України, у т.ч. у спеціальних схованках, має кваліфікуватися за ст. 332 КК.

Необхідно також мати на увазі, що підприємства (їх об'єднання), установи та організації, незалежно від форм власності, які здійснюють міжнародні пасажирські повітряні перевезення, за переміщення через державний кордон України пасажирів-іноземців чи осіб без громадянства без документів для в'їзду в Україну або з документами, оформленими з порушенням вимог, встановлених законодавством України, несуть відповідальність згідно із Законом «Про відповідальність за повітряні перевезення пасажирів через державний кордон України без належних документів для в'їзду в Україну». Проте притягнення їх до такої відповідальності не звільняє фізичних осіб, які діяли від імені зазначених підприємств, установ і організацій, від кримінальної відповідальності за ст. 332 КК.

6.1.4.4. При з'ясуванні змісту і застосуванні ст. 333 КК, яка передбачає відповідальність за **порушення порядку здійснення міжнародних передач товарів, що підлягають державному експортному контролю**, необхідно звернути увагу насамперед на кілька моментів, пов'язаних з предметом цього злочину та його об'єктивною стороною.

Предметом цього злочину є **товари, що підлягають державному експортному контролю**. При цьому товарами визнаються як власне товари (вироби), так і послуги з розроблення, виробництва тощо вказаних виробів чи технологій, а також самі технології.

26 лютого 2012 р. Київський районний суд м. Харкова засудив за ч. 1 ст. 333 КК громадянина України Б., який з 2 листопада по 1 грудня 2011 р., не маючи відповідного дозволу Державної служби експортного контролю України, на замовлення Пекінського інституту космічної механіки й електрики (КНР) особисто виїжджав до міста Пекін, де у виробничих приміщеннях Пекінського інституту космічної механіки й електрики з використанням привезеної ним із собою технічної документації проводив роботи і надавав послуги військового призначення з розробки та виробництва космічного тепловізора.*

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 25090002 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

Зазначеними товарами згідно з законодавством України є товари:

1) військового призначення (це, зокрема: озброєння, боєприпаси, військова та спеціальна техніка, спеціальні комплектуючі вироби для їх виробництва, вибухові речовини, а також матеріали та обладнання, спеціально призначені для розроблення, виробництва або використання зазначених виробів; надання іноземним юридичним чи фізичним особам послуг у сфері розроблення, виробництва, будівництва, складання, випробування, ремонту, технічного обслуговування, модифікації, модернізації, експлуатації, управління, демілітаризації, знищення, збуту, зберігання, виявлення, ідентифікації, придбання або використання зазначених виробів чи технологій; спеціальна інформація, яка може надаватися у формі технічних даних або технічної допомоги);

2) подвійного використання. Вони, крім цивільного призначення, можуть бути використані у військових або терористичних цілях чи для розроблення, виробництва, використання товарів військового призначення, зброї масового знищення, засобів доставки зазначеної зброї чи ядерних вибухових пристроїв.

З об'єктивної сторони злочин полягає у будь-якому порушенні встановленого порядку здійснення міжнародних передач товарів, що підлягають державному експортному контролю.

Диспозиція ст. 333 сконструйована як бланкетна. Тому для визначення тих чи інших ознак складу злочину необхідно звертатися до відповідних нормативно-правових актів, передусім Закону «Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання». Стаття 24 цього Закону визначає вичерпний перелік порушень вимог законодавства в галузі державного експортного контролю. Таких порушень дванадцять. Відповідно, усі вони фактично є **формами**, в яких може дістати вияв розглядуваний злочин, відповідно до конструкції диспозиції ст. 333 КК. Це, наприклад:

– проведення діяльності, пов'язаної з міжнародними передачами товарів, без отримання в установленому порядку дозволу, висновку чи документа про гарантії;

– здійснення міжнародних передач товарів на підставі дозволів, висновків чи документів про гарантії, отриманих шляхом подання підроблених документів або документів, що містять недостовірні відомості. Підроблення відповідних документів за наявності підстав додатково кваліфікується за ст. 358 або ст. 366;

– умисне приховання відомостей, які мають значення для вирішення питання про надання дозволу, висновку чи міжнародного імпортного сертифіката.

Фактичне переміщення через митний кордон України з порушенням встановленого порядку такого переміщення відповідних предметів

(зокрема, отруйних, сильнодіючих, радіоактивних або вибухових речовин) кваліфікується за сукупністю злочинів, передбачених ст. 201 (контрабанда) і ст. 333 КК.

6.1.5. Проблеми криміналізації інших діянь проти безпеки держави

6.1.5.1. Зазвичай – і це так само стосується відповідних діянь проти безпеки держави – існують дві основні проблеми криміналізації. Перша пов'язана з надмірною криміналізацією діянь, а друга – з некриміналізацією діянь, які слід було б криміналізувати.

Щодо першої з названих проблем у контексті розділів I і XIV Особливої частини КК, то слід вказати на необхідність – з метою уникнення дублювання положень – виключення із Кодексу:

- ст. 422, яка дублює положення ст. 328 і ст. 329;
- ст. 112, яка дублює положення п. 8 ч. 2 ст. 115;
- ст. 113, яка дублює положення ст.ст. 258, 261, 265, 441 та ін.

Крім того, вище вже згадувалось про паралельну дію положень КК і КАП, які передбачають відповідальність за одні й ті самі діяння, зокрема: ст. 333 КК і ст.ст. 188-17, 212-4 КАП; ст. 330 КК і ч. 3 ст. 186-3 КАП, ст. 334 КК і ст. 113 КАП.

6.1.5.2. З іншого боку, необхідно розглянути питання про криміналізацію деяких діянь, які у кримінальному законодавстві інших держав визнаються злочинами проти безпеки держави, основ конституційного ладу тощо. Це, зокрема:

- порушення санкцій, встановлених Радою Безпеки ООН (ст. 84 КК Латвії);
- колаборування – допомога ворогу в умовах окупації або анексії країни (ст. 120 КК Литви);
- створення або діяльність антиконституційних угруповань чи організацій (ст. 121 КК Литви);
- зловживання офіційними повноваженнями (ст. 123 КК Литви). Йдеться про перевищення повноважень, свідоме невиконання посадових обов'язків, недбале ставлення до них, вчинені уповноваженими представниками республіки у міжнародних відносинах, якщо внаслідок цього було вчинене діяння, яке суперечить інтересам республіки і потягло або могло потягти велику шкоду; умисні дії на шкоду республіці при виконанні державної служби чи доручення в іноземній державі чи в міжнародній організації (ст. 103 КК Болгарії); дії на шкоду республіці, вчинені особою, уповноваженою виступати від імені республіки у зносинах з урядом іноземної держави чи іноземною організацією (ст. 129 КК Польщі); зрадництво у переговорах з іноземною державою – дії особи, яка отримала повноваження вести переговори з іноземною державою від імені держави або іншим чином охороняти

інтереси держави у відносинах з міжнародними організаціями і при цьому зловживала своїми повноваженнями чи посадою та спричинила значну шкоду державі (ст. 3 глави 19 КК Швеції);

– збройний заколот (ст. 340 КК Молдови, ст. 95 КК Болгарії, ст. 221 КК Албанії); підняття бунту чи непокори в армії з метою ослаблення обороноздатності республіки (ст. 102 КК Болгарії);

– захоплення влади у військових формуваннях чи підрозділах (ст. 251 КК Естонії);

– належність до співтовариства, створеного з метою здійснення діяльності, спрямованої проти незалежності і суверенітету республіки, що має стійкий характер і складається з трьох чи більше членів з розподілом між ними обов'язків, утворення такого співтовариства, керівництво ним чи вербування до нього нових членів (ст. 235 КК Естонії);

– зрадлицтво, тобто підбурювання іноземної держави чи громадської групи за кордоном до ворожих дій проти Болгарії (ст. 98 КК Болгарії);

– дії з метою насильницької зміни конституційного ладу, незалежності і територіальної цілісності, участь у діяльності іноземної розвідки, організація такої діяльності чи керівництво нею, вчинені на шкоду «союзницькій державі», якщо ця держава гарантує взаємність (ст. 138 КК Польщі);

– умисне руйнування чи пошкодження оборонних засобів і споруджень (§ 260 КК Австрії).

Окремо варто звернути увагу на систему відповідних к.пр., як вона визначена у КК ФРН, де їм присвячено принаймні чотири великих розділи: 1 – «Зрада миру, державна зрада і створення загрози демократичній правовій державі»; 2 – «Зрада Батьківщині і загроза зовнішній безпеці»; 4 – «Злочинні діяння проти конституційних органів, а також пов'язані з виборами і голосуванням»; 5 – «Злочинні діяння, спрямовані проти оборони країни».

До специфічних можна віднести такі злочини: спроба насильницьким шляхом приєднати територію землі до іншої землі ФРН чи відокремити від землі частину її території, або змінити заснований на Основному Законі землі конституційний порядок (§ 82); підтримання забороненої партії чи організації, розповсюдження пропагандистських матеріалів такої партії чи організації і використання знаків неконституційних організацій (§ 84–86-а); вплив на солдата бундесверу чи органу громадської безпеки з метою підірвати їх готовність до захисту безпеки ФРН (§ 89); образа Федерального Президента, держави ФРН чи однієї з її земель або вищих органів державної влади, передбачених Конституцією (§ 90, 90-а і 90-б); заява про готовність до ведення на користь чужої держави діяльності, спрямованої на здобуття чи повідомлення державної таємниці (§ 98); примушування законодавчого органу Федерації чи землі, одного з його комітетів, федеральних зборів чи його комітету, Федерального уряду, Конституційного Суду Федерації чи її землі, Федерального Президента,

члена законодавчого органу чи федеральних зборів, члена Федерального уряду, Конституційного Суду Федерації чи її землі до невиконання їх повноважень (§ 105, 106); порушення приписів щодо забезпечення безпеки у будівлі законодавчого органу чи на належній йому земельній ділянці (§ 106-b); пропаганда проти бундесверу (§ 109-b); розвідувальна діяльність, що створює загрозу небезпеці у сфері оборони (§ 109-f).

6.1.5.3. У КК багатьох держав до злочинів проти безпеки держави (а не авторитету її органів, як у КК України) прямо віднесені злочини, що полягають у **нарузі над її символами чи іншій публічній образі держави**. Йдеться про такі злочини:

– «заплямування» гербу, прапору чи гімну республіки (ч. 2 ст. 108 КК Болгарії); публічна образа гербу, прапору, штандарту, морського прапору чи іншого державного символу (ст. 137 КК Польщі); наруга над національним прапором чи іншим символом держави, над національними кольорами, які є на іншому, крім прапору, предметі (ст. 292 КК Італії); насильницьке посягання на символи державного суверенітету (ст. 270 КК Швейцарії);

– публічна образа нації чи республіки (ст. 133 КК Польщі); публічна образа республіки, законодавчих палат парламенту, уряду, Конституційного суду чи судової системи, збройних сил, італійської нації (ст. 290 КК Італії).

У главі VI – «Тяжка образа, нанесена Іспанії» єдина ст. 543 цієї глави встановлює відповідальність за публічну образу, нанесену Іспанії, її автономіям або її символам чи емблемам.

Література

- Кучера А.В. Злочини проти основ національної безпеки України. – Івано-Франківськ: Сімик, 2003. – 72 с.
- Шлапаченко В.М. Кримінальна відповідальність за шпигунство в законодавстві держав – членів НАТО: Навч. посібн. – К.: Національна академія Служби безпеки України, 2007. – 57 с.

Запитання та завдання

1. Поясніть, чим відрізняються між собою три форми державної зради, а шпигунство, передбачене ст. 111 КК України, від шпигунства, передбаченого його ст. 114?

2. Ознайомтесь зі змістом Закону України «Про інформацію» та відповідними підзаконними актами і визначте, у чому полягає відмінність між відомостями, що становлять державну таємницю, та відомостями, що становлять конфіденційну інформацію, яка знаходиться у володінні держави.

3. Ознайомтесь зі змістом Зводу відомостей, що становлять державну таємницю (ЗВДТ), який затверджено наказом Служби безпеки України від 12 серпня 2005 р. № 440, а також зі змістом ст. 328 і ст. 381 КК України. По-

яснить, чи є відомості про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист, передбачені ст. 381, державною таємницею, та як необхідно кваліфікувати їх розголошення у випадку, якщо воно спричинило: а) тяжкі наслідки для особи, взятої під захист; б) тяжкі наслідки іншого характеру; в) шкоду здоров'ю особи, взятої під захист; г) не спричинило жодних наслідків?

4. Прочитайте статтю І. Львової «Знакомьтесь, китайский шпион. Как профессор Владимир Чумаков Родину предавал» (<http://argumentua.com/stati/znakomtes-kitaiskii-shpion-kak-professor-vladimir-chumakov-rodinu-predaval#.Uil67x7svb0.facebook>). Чи можуть бути предметом шпигунства відомості, які не становили державну таємницю станом на момент їх передачі іноземній організації?

Рекомендуємо прочитати

- Микола Гоголь «Тарас Бульба».
- Іван Нечуй-Левицький «Князь Ієремія Вишневецький».
- Юрій Яновський «Вершники».

Радимо подивитись

- Кармелюк (Україна, 1985, режисер Григорій Кохан).
- Особливо тяжкі злочини (США, 2002, режисер Карл Франклін).

6.2. Кримінальні правопорушення проти порядку управління

6.2.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти порядку управління (авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування й об'єднань громадян)

6.2.1.1. 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 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 КК зосереджені у розділі XV його Особливої частини, який має назву «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян».

Під **авторитетом** зазвичай розуміють загально визнане значення, вплив, загальну повагу. Очевидно, що авторитет може вважатись необхідною умовою управлінської діяльності, оскільки ефективно здійс-

снення 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).

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 на тій підставі, що вона не зовсім точно відображає специфіку охоронюваних кримінальним законом відносин. Стверджується, що більш вдалою, такою, що відповідає як традиціям вітчизняної законотворчості, так і змісту кримінально-правових норм, які утворюють відповідний розділ КК, є назва «Злочини проти порядку управління». Нагадаємо, що саме таку назву носила глава IX Особливої частини КК 1960 р.; порядок управління розумівся як нормативно визначений порядок здійснення державою своєї управлінської функції, яка реалізується в управлінській діяльності відповідних суб'єктів та особливому режимі функціонування її матеріальних носіїв*.

Інколи назву розділу XV Особливої частини КК 2001 р. пропонується викласти у такій редакції: «Злочини проти порядку публічного управління». Ця назва виправдано бере до уваги ту обставину, що публічне управління складається з управління: 1) державного, де суб'єктом виступає держава в особі відповідних структур; 2) місцевого (самоврядування) як особливої форми публічної влади, відмінної від державної; 3) громадського, де суб'єктами є недержавні утворення (різноманітні об'єднання громадян, політичні партії тощо).

У КК багатьох держав відповідальність за діяння, подібні вітчизняним к.пр. 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).

Ми поділяємо думку про доцільність уточнення назви розділу XV Особливої частини КК, виходячи з того, що переважна більшість діянь, описаних нормами цього розділу, посягають насамперед на встановлений порядок управління, на законну діяльність відповідних суб'єктів, а вже потім на їх авторитет; унаслідок вчинення цих к.пр. передусім страждають відносини, пов'язані з реалізацією передбачених законодавством форм впливу, підпорядкування, вимог, вказівок та розпоряджень органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян у межах їх повноважень.

* Кримінальне право України: Особлива частина: Підруч. для студ. юрид. вузів і фак. / За ред. П.С. Матишевського та ін. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 638.

Кримінальні правопорушення проти порядку управління, описані у розділі XV Особливої частини КК, пропонуємо поділяти на к.пр.:

- 1) проти державних символів (ст.ст. 338, 339);
- 2) пов'язані з перешкоджанням діяльності організацій, об'єднань громадян та представників влади (ст.ст. 340–352);
- 3) проти достовірності документів, штампів, печаток (ст.ст. 357, 358);
- 4) інші (ст.ст. 353–356, 359, 360).

Усього за вчинення відповідних к.пр. у 2013 р. засуджено 2042 особи, з них за: опір представнику влади, працівникові правоохоронного органу, державному виконавцю, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві (ст. 342) – 69 осіб; погрозу або насильство щодо працівника правоохоронного органу (ст. 345) – 216 осіб; примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (ст. 355) – 89 осіб; самоправство – 47 осіб; викрадення, привласнення, вимагання документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем або їх пошкодження (ст. 357) – 93 особи. Найбільше (1304 особи) засуджено за підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів (ст. 358).

6.2.1.2. Обов'язковою ознакою багатьох складів розглядуваних к.пр. є спеціальний потерпілий. Ним можуть бути, зокрема, представник влади, працівник правоохоронного органу, член громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовець, народний депутат України, депутат місцевої ради, керівник політичної партії, громадянин, який виконує громадський обов'язок. Потерпілими від певних к.пр. є близькі родичі: працівника правоохоронного органу; державного чи громадського діяча; представника влади; службової особи; громадянина, який виконує громадський обов'язок; фізичної особи, яка має цивільно-правові зобов'язання.

Принагідно зауважимо, що закріплена у чинному законодавстві система кримінально-правових норм, покликаних захищати осіб, задіяних у системі публічного управління (ст.ст. 342–353, 376–379, 397–400 КК), є доволі громіздкою і заплутаною.

Обов'язковою ознакою окремих складів к.пр. проти порядку управління є предмет. Йдеться, наприклад, про: Державний Прапор України і Державний Герб України; будівлі і споруди, що забезпечують діяльність органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян; майно, що належить працівнику правоохоронного органу або близьким родичам; офіційні документи, штампи, печатки і приватні документи, що знаходяться на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності, паспорт або інший важливий особистий документ; спеціальні технічні засоби негласного отримання інформації; лінії зв'язку.

З об'єктивної сторони більшість к.пр., норми про відповідальність за вчинення яких включені до розділу XV Особливої частини КК, можуть бути вчинені шляхом дії (наруга над державними символами, захоплення державних або громадських будівель чи споруд, самоправство тощо). Деякі з них можуть бути вчинені і шляхом бездіяльності (зокрема, незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій, перешкоджання діяльності народного депутата України та депутата місцевої ради).

Більшість аналізованих к.пр. сконструйовані як правопорушення з формальним складом. В окремих випадках для визнання правопорушення закінченим треба встановити наявність суспільно небезпечних наслідків (матеріальні склади). Так, каране за ст. 356 КК самоправство визнається закінченим з моменту заподіяння самовільним вчиненням певних дій значної шкоди інтересам громадянина, державним чи громадським інтересам або інтересам власника. Самоправство, яке не заподіяло значної шкоди правоохоронюваним інтересам, розглядається як адміністративний проступок (ст. 186 КАП). Зустрічаються серед розглядуваних діянь і к.пр. із формально-матеріальним складом (зокрема, ч. 3 ст. 342, ч. 2 ст. 357, ч. 2 ст. 359 КК).

Переважає більшість к.пр. проти порядку управління може бути вчинена загальним суб'єктом. Однак суб'єкт деяких цих к.пр. є спеціальним. Наприклад, суб'єктом перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій, якщо злочин було вчинено без застосування фізичного насильства, є службова особа. За частину аналізованих к.пр. відповідальність може наставати з 14 років (умисне заподіяння працівникові правоохоронного органу або його близьким родичам середньої тяжкості або тяжкого тілесного ушкодження, умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу, вчинене за наявності кваліфікуючих ознак, посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця тощо).

Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони багатьох складів к.пр. проти порядку управління є певна мета, зокрема: незаконно користуватись державними або громадськими будівлями чи спорудами або перешкодити нормальній роботі підприємств, установ, організацій (ст. 341); перешкодити виконанню працівником правоохоронного органу чи працівником державної виконавчої служби службових обов'язків або домогтися прийняття незаконного рішення (ст. 343); спонукати державну чи іншу установу, підприємство, організацію або службову особу вчинити або утриматися від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника (ст. 349). Мотив (корисливий або інші особисті інтереси) прямо названий тільки в диспозиції ч. 1 ст. 357 КК.

У ряд норм, розташованих у розділі XV Особливої частини КК, містяться вказівки на зв'язок посягання зі службовою або громадською діяльністю потерпілого. Для відображення цього зв'язку законодав-

цем використано юридичну конструкцію «у зв'язку з»: а) виконанням працівником правоохоронного органу службових обов'язків (ст.ст. 345, 347, 348); б) державною чи громадською діяльністю (ст. 346); в) діяльністю щодо охорони громадського порядку (ст. 348); г) службовою чи громадською діяльністю (ч. 2 та ч. 3 ст. 350, ст. 352).

Наприклад, вжите у ст. 348 («Посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця») словосполучення «у зв'язку з» означає, що мотивами вчинення цього злочину можуть бути прагнення перешкодити зазначеному потерпілому у момент посягання чи в майбутньому виконувати свої службові обов'язки чи здійснювати діяльність щодо охорони громадського порядку або помста за виконання цих обов'язків чи за таку діяльність у минулому. Таким чином, посягання на життя потерпілого за часом може не збігатися зі службовою діяльністю чи діяльністю щодо охорони громадського порядку, яка зумовила посягання. Якщо названого потерпілого вбито не у зв'язку з його службовою діяльністю чи діяльністю щодо охорони громадського порядку, а з інших мотивів (особиста неприязнь, ревності, хуліганські спонукання, помста на побутовому ґрунті тощо), відповідальність за ст. 348 КК виключається.

Як зазначається у літературі, домінуючим мотивом вчинення злочинів, передбачених ст.ст. 342, 343, 345, 347, 348 КК, є невдоволення законним виконанням обов'язків представником влади, працівником правоохоронного органу, членом громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовцем. Причому виникнення цього мотиву можливе як під час вчинення посягання, так і до такого посягання*.

6.2.2. Кримінальні правопорушення проти державних символів

6.2.2.1. **Наруга над державними символами** (ст. 338 КК). Державні символи є офіційними емблемами будь-якої держави, що демонструють її суверенітет, самобутність, свідчать про високий дух народу, відображають його історичні корені і традиції. Шанування державних символів України є обов'язком її громадян (ст. 65 Конституції України).

Кримінальне законодавство переважної більшості держав передбачає відповідальність за поругу над державними символами. Наприклад, згідно з § 90а КК ФРН «Образ держави та її символів» карається той, хто публічно, на зборах або шляхом поширення письмових матеріалів завдає образи ФРН або одній з її земель або їх конституційному порядку або умисно ганьбить чи ображає кольори, прапор (прапори), герб або гімн ФРН або однієї з її земель.

* Осадчий В.І. Кримінально-правовий захист правоохоронної діяльності: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – С. 158.

Стаття 543 КК Іспанії передбачає покарання за образу або тяжку образу, завдану у письмовій формі або дією Іспанії, її автономіям або її символам і емблемам, здійснену публічно.

Однією з небагатьох держав, в яких питання про кримінальну караність розглядуваної поведінки належить до числа гостро дискусійних, є США. Закони більшості штатів (хоч і не всіх), а з 1990 р. – і федеральне законодавство цієї держави визнають злочином свідоме пошкодження, знівечення, фізичне осквернення, спалювання, розміщення на підлозі або на землі прапора США, топтання його ногами. Проте Верховний Суд США неодноразово скасовував вироки, якими особи засуджувались за такі дії, на тій підставі, що визнання їх злочинними суперечить конституційній поправці про свободу слова.

Чинний КК охороняє від наруги державні символи не лише України, а і зарубіжних держав. У ст. 338 міститься описання двох суміжних складів к.п.р., які розрізняються між собою лише за предметом. Предметом к.п.р., передбаченого ч. 1 ст. 338, є Державний Прапор України, Державний Герб України і Державний Гімн України (згідно зі ст. 20 Конституції України саме ці три елементи є державними символами України), а предметом к.п.р., передбаченого ч. 2 ст. 338, – офіційно встановлений або піднятий прапор чи герб іноземної держави. При цьому не має значення те, чи визнана остання Україною і чи підтримує Україна з нею дипломатичні відносини. Наруга над гімном іноземної держави не утворює складу к.п.р., передбаченого ч. 2 ст. 338 КК.

Державним Гербом України є тризуб у пропорціях, затверджений постановою ВР від 19 лютого 1992 р., а Державним Гімном України – національний гімн на музику М. Вербицького зі словами першого куплету та приспіву твору П. Чубинського в редакції, встановленій ст. 1 Закону від 6 березня 2003 р. «Про Державний Гімн України».

Цікаво, що кримінальне законодавство окремих держав охороняє від наруги і деякі інші символи, наприклад, мучеників Нації (КК Албанії), кольори держави (КК ФРН), національні кольори (КК Італії), пам'ять видатних діячів і героїв Батьківщини (КК Перу), а також регіональні символи суб'єктів федерації (Австрія, Аргентина, ФРН, Швейцарії) чи автономних регіонів (Португалія, Узбекистан). І навпаки, Державний гімн Російської Федерації ст. 329 КК Росії не охороняється**.*

Предметом к.п.р., передбаченого ч. 2 ст. 338 КК, є не будь-який, а лише офіційно встановлений або піднятий прапор чи герб іноземної держави. Натомість для кваліфікації за ч. 1 ст. 388 КК не має значення,

* Згідно зі ст. 292 КК Італії образа національного прапору або іншого символу держави карається позбавленням волі на строк від одного до трьох років. Встановлено, що ця стаття КК застосовується і щодо випадків образи національних кольорів, нанесених на предмети, які не є національним прапором.

** З огляду на те, що останній також забезпечує авторитет держави, а зневажливе ставлення до її гімну є несумісним ні з нормами моралі, ні з міжнародно-правовими приписами, в літературі висувається пропозиція криміналізувати наругу над Державним гімном РФ як рівнозначним державним символом (Кругликов Л.Л., Спиридонова О.Е. Юридические конструкции и символы в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. – С. 241, 243, 250).

чи були офіційно встановлені або підняті Державний Герб або Державний Прапор України (коли саме державний прапор та державний герб іноземної держави вважаються офіційно встановленими або піднятими, визначено Положенням про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні, затв. Указом Президента України від 10 червня 1993 р. № 198/93, а Порядок офіційного підняття державного прапора іноземної держави під час прийому в Україні глав іноземних держав, глав парламентів, урядів, інших високопоставлених посадових осіб регламентується Положенням про Державний Протокол та Церемоніал України, затв. Указом Президента України від 22 серпня 2002 р. № 746/2002). Знищення або пошкодження прапора чи герба іноземної держави, який не був офіційно піднятий (встановлений), інша публічна наруга над ним або над прапором (гербом) міжнародної організації, якщо це було поєднано з порушенням громадського порядку і супроводжувалось особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом, можуть бути кваліфіковані за ст. 296 КК як хуліганство.

До предмета аналізованого к.пр. не належать: прапори і герби, які не є офіційними символами іноземної держави (наприклад, прапор суб'єкта федерації або полотнище, яке лише схоже на прапор іноземної держави); Державний прапор і Державний герб колишнього СРСР; прапори і герби міжнародних організацій (наприклад, ООН або РЕ).

В окремих державах (Албанія, Данія, Литва, Хорватія) встановлено кримінальну відповідальність і за наругу над символами певних міжнародних організацій.

Декоративні зображення Державного Прапора України і Державного Герба України (на маленьких прапорцях, сувенірах, значках, картинках, магнітах, чашках, футболках, рушниках тощо) як предмети, що не мають офіційного характеру, також не є предметом к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 338 КК України.

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 338 КК, полягає у публічній нарузі над зазначеними державними символами. Під наругою розуміється грубе, зневажливе ставлення особи до названих державних символів України або іноземної держави, яке дістає вияв, зокрема, в таких діях, як зривання прапора чи герба, їх знищення або пошкодження, у т.ч. шляхом спалювання і забруднення, топтання їх ногами, використання не за призначенням (наприклад, використання як ковдри або скатертини), нанесення на них непристойних написів або малюнків, спотворення тексту або музики Гімну, поширення спотвореного Гімну, непристойна, цинічна поведінка під час виконання Державного Гімну України.

Не тягнуть відповідальності за ст. 338 КК заборонені законами «Про рекламу» і «Про політичні партії України» імітація державних символів України, відтворення їх у символіці політичної партії, використання у такій символіці державних символів іноземних держав.

Для визнання дій, невичерпний перелік яких наведено вище, кримінально караними потрібно, щоб вони були вчинені публічно. Це означає, що наруга має бути вчинена відкрито, за наявності інших людей (зокрема, під час проведення урочистих масових заходів) або навіть таємно, але із розрахунку на те, що про це згодом стане відомо невичерпному колу людей.

10 травня 2010 р. приблизно о 19 год. 30 хв. суб'єкт, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння на території однієї зі шкіл м. Калинівки, посперечався з товаришем на ящик пива, що зніме Державний Прапор України з приміщення школи. У присутності групи неповнолітніх винний виліз на флагшток, на якому кріпився Державний Прапор України, зірвав його, після чого розстелив прапор на клумбі біля будівлі школи.*

Публічність як умова визнання наруги над державними символами злочинном передбачена кримінальним законодавством не лише України, а й Австрії, Албанії, Іспанії, Угорщини, Франції, ФРН та ін.

Мотиви публічної наруги над державними символами можуть бути різними і на кваліфікацію за ст. 338 КК не впливають (образу на певний державний орган або його працівника, ідеологічні або хуліганські спонукання, національна чи релігійна ворожнеча, негативне ставлення до внутрішньої або зовнішньої політики держави тощо).

6.2.3. Кримінальні правопорушення, пов'язані з перешкоджанням діяльності організацій, об'єднань громадян та представників влади

6.2.3.1. Незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій (ст. 340 КК). Це к.пр. посягає на закріплене у ст. 39 Конституції України невідчужуване і непорушне право громадян збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади або органи місцевого самоврядування. З огляду на це місце розглядуваної кримінально-правової заборони – у розділі V Особливої частини КК.

*Згідно зі ст. 38 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» вирішення відповідно до закону питань про проведення зборів, мітингів, маніфестацій і демонстрацій, спортивних, видовищних та інших масових заходів, здійснення контролю за забезпеченням при їх проведенні громадського порядку віднесено до делегованих повноважень виконавчих органів сільських, селищних, міських рад. Однак закону, який би регулював проведення зазначених заходів, у незалежній Україні так і не прийнято, хоч такі спроби і робились неодноразово**.* Тому сьогодні органи місцевого самоврядування нерідко ухва-

* Архів Калинівського районного суду Вінницької області. Справа № 1-22810 за 2010 р.

** Див., наприклад: Лавренюк С. Право збиратись мирно і без зброї // Голос України. – 2008. – № 163; Дудін В. Ліквідація законодавчих прогалин чи звуження громадянських свобод? // Юридичний вісник України. – 2009. – № 31.

люють акти щодо організації і проведення мирних заходів на місцях, посилячись на положення Указу Президії Верховної Ради СРСР від 28 липня 1988 р. «Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в СРСР». Вважається, що цей документ згідно з «Перехідними положеннями» Конституції України є чинним у частині, що не суперечить їй. Але багато правників наголошують на нелегітимності посилання органів місцевого самоврядування на цей акт*, зокрема через те, що він встановлює дозвоільний, а не реєстраційний характер проведення мирного зібрання, а отже, суперечить ст. 39 Конституції України.

Варто брати до уваги і правову позицію, яку висловив КС у своєму Рішенні від 19 квітня 2001 р. № 4-рп у справі щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання. Так, у ньому зазначено, що завчасне сповіщення відповідних органів про проведення тих чи інших масових зібрань – це строк від дня такого сповіщення до дати проведення масового зібрання. Тривалість строку завчасного сповіщення має бути розумною і не обмежувати конституційного права громадян. Упродовж цього строку органи держави мають здійснити низку підготовчих заходів, зокрема, для забезпечення безперешкодного проведення громадянами зборів, мітингу, походу чи демонстрації, підтримання громадського порядку, охорони прав і свобод інших людей. Строк завчасного сповіщення має бути достатнім і для того, щоб органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування могли визначитися, наскільки проведення таких зібрань відповідає закону та, в разі потреби, згідно з ч. 2 ст. 39 Конституції України звернутися до суду для вирішення спірних питань. КС зробив висновок, що визначення строків завчасного сповіщення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування з урахуванням особливостей мирних зібрань, їх форм, масовості, місця і часу проведення тощо має бути предметом законодавчого регулювання.

Докладний аналіз законодавства України, присвяченого проведенню мирних зібрань, в аспекті положень ЄКПЛ наводиться у рішенні ЄСПЛ від 11 квітня 2013 р. у справі «Веренцов проти України»**.

З об'єктивної сторони к.пр., передбачене ст. 340 КК, дістає вияву у незаконному перешкоджанні організації або проведенню зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій. Кримінальна відповідальність за перешкоджання настає за наявності однієї з таких умов, а саме якщо воно вчинено: 1) службовою особою; 2) із застосуванням фізичного насильства.

Перешкоджання може виявлятися як в дії (наприклад, заборона проведення будь-якої з названих акцій взагалі або у конкретному місці***, вказівка розігнати мітинг), так і в бездіяльності (наприклад, незаконне ненадання службовою особою приміщення для проведення зборів). Способами перешкоджання можуть бути винесення рішення про за-

* Міщенко С.М., Солоткий С.А. Стаття 39 Конституції України: проблемні питання застосування // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 1. – С. 57; Савчин М. Конституційні цінності і право народу на протип // Юридичний вісник України. – 2013. – № 51.

** http://pla.court.gov.ua/sud1690/evro_sud/verencov

*** Із ч. 2 ст. 39 Конституції України випливає, що органи виконавчої влади і місцевого самоврядування самі не вправі визначати місце проведення масових заходів. За наявності підстав вони можуть звернутись до суду із заявою про обмеження реалізації громадянами свого права збиратися мирно і проводити масові заходи (у т.ч. щодо певного місця їх проведення).

борону їх проведення, погроза застосуванням до їх організаторів чи учасників насильства, фактичне його застосування, блокування вулиць і площ, підкуп організаторів відповідного заходу чи введення їх в оману, вимкнення освітлення тощо.

Умисне заподіяння особі тілесних ушкоджень середньої тяжкості, вчинене з метою залякування потерпілого або його родичів чи з метою примусу до відмови від організації відповідного мирного заходу або участі в ньому, а так само заподіяння йому тяжкого тілесного ушкодження або смерті потребує додаткової кваліфікації за ч. 2 ст. 122 або відповідними частинами ст. 121, ст. 115 КК.

Незаконність перешкоджання з точки зору застосування ст. 340 КК означає, що це діяння вчиняється безпідставно, тобто всупереч належному порядку, частково висвітленому вище. Як уже зазначалось, в Україні встановлено реєстраційний (інформаційний, повідомний), а не дозвільний порядок проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій, і їх проведення може бути обмежене тільки за рішенням суду.

Законодавством передбачені умови, за наявності яких суд має право винести рішення про заборону проведення певного заходу, а представники уповноважених органів мають право вимагати від учасників припинити проведення зборів, мітингу, вуличного походу або демонстрації. Так, у ч. 2 ст. 39 Конституції України встановлено, що право громадян на збори, мітинги, походи і демонстрації можна обмежити винятково з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, захисту прав і свобод інших людей. Крім того, певні тимчасові обмеження права громадян на мирні зібрання можуть встановлюватися в умовах воєнного або надзвичайного стану.

Зміст цієї конституційної норми відповідає положенням міжнародних договорів. Так, відповідно до ст. 21 Міжнародного пакту ООН про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. користування правом на мирні зібрання не підлягає ніяким обмеженням, крім тих, які накладаються відповідно до закону і які необхідні в демократичному суспільстві в інтересах державної чи суспільної безпеки, громадського порядку, охорони здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших осіб. Аналогічне положення закріплене у ст. 11 ЄКПЛ.

Збори, мітинги, вуличні походи та демонстрації можуть бути припинені на вимогу уповноважених представників державних органів, якщо не було подано відповідну заяву, за наявності рішення суду про заборону проведення заходу, при порушенні порядку його проведення (наприклад, не у той строк або не в тому місці, що зазначені в заяві), при виникненні небезпеки для життя і здоров'я громадян.

Перешкоджання організації або проведенню вказаних у ст. 340 КК заходів, які здійснюються у встановленому порядку, буде незаконним. Крім того, перешкоджання буде незаконним у випадках, коли воно вчинюється: 1) неслужбовою особою і пов'язане із застосуванням фізичного насильства до організаторів чи учасників мирних заходів;

2) службовою особою, яка діє не у межах своїх повноважень або не у спосіб, передбачений законами України.

Незаконне перешкодження організації або проведенню інших заходів, крім тих, що безпосередньо названі у диспозиції ст. 340 КК, не утворює складу к.пр., передбаченого цією статтею. Йдеться, наприклад, про пікетування, голодування, публічні богослужіння, паломництва, збори трудових колективів, політичних партій, громадських організацій.

Якщо службова особа створює умови для організації і проведення з порушенням встановленого порядку зборів, мітингів, вуличних походів або демонстрацій, така поведінка розцінюється як адміністративний проступок (ст. 185-2 КАП).

6.2.3.2. Опір представникові влади, працівникові правоохоронного органу, державному виконавцю, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовцеві або уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб (ст. 342 КК).

Це посягання підлягає кваліфікації за ч. 2 ст. 342, якщо воно вчинене щодо потерпілого, який є працівником правоохоронного органу, державним виконавцем, членом громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовцем або уповноваженою особою Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, і за ч. 1 ст. 342, – якщо воно вчинене щодо іншого представника влади.

Об'єктивна сторона к.пр., передбаченого ст. 342 КК, характеризується: а) діянням – опором одному із зазначених потерпілих; б) часом вчинення к.пр. Це: час виконання представником влади, у т.ч. працівником правоохоронного органу і державним виконавцем, службових обов'язків; час виконання членом громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцем покладених на них обов'язків щодо охорони громадського порядку. Час вчинення опору уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб у ч. 2 ст. 342 КК не конкретизовано, що слід визнати вадою цієї кримінально-правової норми.

Під **опором** треба розуміти дії, які:

– безпосередньо спрямовані проти фізичної недоторканності потерпілого, тобто винний впливає на його організм, застосовуючи фізичну силу (штовхання, нанесення ударів, спрямування на потерпілого транспортного засобу тощо);

– спрямовані проти предметів, необхідних потерпілому для виконання своїх обов'язків (наприклад, винний вихоплює з рук працівника міліції зброю або спеціальний засіб чи вириває з рук державного виконавця рішення суду);

– потерпілому потрібно нейтралізувати у безпосередньому контакті з винним (наприклад, працівник міліції вимушений перебороти суб'єкта, який хапається за громіздкі предмети, щоб уникнути затримання);

– створюють перешкоди для вільного пересування потерпілого (наприклад, особа, зачинивши двері і притримуючи їх, перешкоджає державному виконавцю входити до приміщення, що належить боржнику).

Перелічені дії або позбавляють потерпілих можливості виконувати покладені на них обов'язки, або ускладнюють виконання цих обов'язків. При цьому на визнання аналізованого к.пр. закінченням не впливає, чи перешкодив винний потерпілому фактично виконати певні обов'язки.

Для кваліфікації за ч. 1 та ч. 2 ст. 342 КК також не має значення, виконували особи, зазначені у цих нормах, свої обов'язки, перебуваючи на службі, чи діяли в межах своїх повноважень з власної ініціативи у вільний від роботи час. Наприклад, працівник міліції, перебуваючи на відпочинку, намагається припинити хуліганство, а винний чинить йому опір.

Опір представнику влади, здійснений під час хуліганських дій, охоплюється ч. 3 ст. 296 і додатковою кваліфікацією за ч. 2 або ч. 3 ст. 342 КК не потребує. Коли опір має місце після припинення хуліганства, набуваючи вигляду протидії затриманню хулігана, дії останнього слід кваліфікувати за сукупністю к.пр., передбачених відповідними частинами ст. 296 і ст. 342. Опір працівнику правоохоронного органу або члену громадського формування з охорони громадського порядку, вчинений при вчиненні дрібного хуліганства як адміністративного проступку, має кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 342 КК.

Кримінально караний опір слід відрізнити від злісної непокори законному розпорядженню або вимозі працівника міліції, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовця у зв'язку з їх участю в охороні громадського порядку (ст. 185 КАП). Злісною непокорою є відмова від виконання наполегливих, неодноразово повторених законних вимог чи розпоряджень працівника міліції при виконанні ним службових обов'язків, члена громадського формування з охорони громадського порядку чи військовослужбовця у зв'язку з їх участю в охороні громадського порядку або відмова, виражена у зухвалій формі, що свідчить про явну зневагу до осіб, які охороняють громадський порядок.

Злісна непокора – не завжди пасивна поведінка; іноді адміністративно карана непокора може бути виражена і в активній поведінці особи. Наприклад, невиконання законних вимог працівника міліції може полягати у втечі суб'єкта, або злочинець ховається від працівників міліції, які намагаються його затримати*. В обох цих випадках немає опору при тому, що має місце активна поведінка правопорушника.

* Осадчий В.І. Кримінально-правовий захист правоохоронної діяльності: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – С. 133; Давидович І.І. Кримінально-правова охорона представників влади і громадськості, які охороняють правопорядок: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – С. 142.

Відповідальність за ст. 342 виключається, якщо винний не усвідомлював, що чинив опір представнику влади, працівнику правоохоронного органу тощо. Про те, що потерпілий знаходився при виконанні службових обов'язків або обов'язків з охорони громадського порядку, можуть свідчити наявність форменого одягу, нагрудного знака, нарукавної пов'язки, значка і жетону, факт пред'явлення службового посвідчення, особисте знайомство тощо.

Кваліфікуючою ознакою к.пр. (ч. 3 ст. 342) є вчинення опору, поєднаного із примушуванням потерпілого шляхом насильства або погрози його застосуванням до виконання явно незаконних дій (наприклад, насильство застосовується з метою звільнення затриманого правопорушника). Примушування потерпілого до виконання законних дій із застосуванням насильства чи погрозою застосуванням такого насильства складу к.пр., передбаченого ч. 3 ст. 342, не утворює і за наявності підстав може розцінюватись як к.пр. проти життя та здоров'я особи, проти власності чи самоправство.

Під примушуванням шляхом насильства слід розуміти заподіяння потерпілому ударів, побоїв, тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості, незаконне позбавлення або обмеження волі (наприклад, ізоляція в приміщенні чи автомобілі), інші насильницькі дії (наприклад, щипання, викручування кінцівок, здушування шиї, виривання волосся, застосування електричного струму або термічних факторів).

Спричинення працівникові правоохоронного органу під час опору побоїв, легкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження утворює сукупність к.пр. і потребує додаткової кваліфікації за ч. 2 ст. 345. У разі заподіяння працівнику правоохоронного органу під час опору тяжких тілесних ушкоджень дії винного слід кваліфікувати за ч. 2 або ч. 3 ст. 342 і ч. 3 ст. 345 КК.

Якщо під час опору представнику влади (крім працівника правоохоронного органу), державному виконавцю, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, військовослужбовцю або уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб були заподіяні побої, легкі або середньої тяжкості тілесні ушкодження, дії винного підлягають кваліфікації за сукупністю к.пр., передбачених ч. 2 або ч. 3 ст. 342 і ч. 2 ст. 350, а якщо одній з названих осіб було умисно заподіяно тяжке тілесне ушкодження, – за ч. 2 або ч. 3 ст. 342 і ч. 3 ст. 350 КК.

Посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця, вчинене в процесі опору потерпілому під час виконання ним службових обов'язків або обов'язків щодо охорони громадського порядку, охоплюється ст. 348 і додаткової кваліфікації за ст. 342 КК не потребує.

6.2.4. Кримінальні правопорушення проти достовірності документів, штампів, печаток

6.2.4.1. Підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів (ст. 358 КК).

КК окремих зарубіжних держав (Австрії, Болгарії, Голландії, Польщі, ФРН, Франції, Швейцарії та ін.), з огляду на специфіку предмета злочинного впливу, містять самостійні розділи (глави) «Підроблення документів». Прикладом може вважатись розділ 23 Особливої частини КК ФРН, який розташований між розділами, присвяченими шахрайству і банкрутству, і в якому зосереджені всі норми про відповідальність за різноманітні підроблення документів та інші кримінальні проступки проти документів (за винятком підроблення грошових знаків і знаків оплати, про які йдеться у розділі 8). Маються на увазі: § 267 – підроблення документів; § 268 – підроблення технічних записів; § 269 – підроблення даних, що мають доказове значення; § 270 – обман у правозастосовній діяльності шляхом використання результатів перероблення даних; § 271 – опосередковане підроблення документів; § 273 – зміна службових посвідчень; § 274 – приховування документів, зміна знаків, що позначають кордон; § 275 – готування до підроблення і § 276 – придбання фальшивих службових посвідчень; § 277а – використання підроблених документів на право проживання і документів, пов'язаних з транспортним засобом; § 277 – підроблення свідоцтв про стан здоров'я; § 278 – видача і § 279 – використання неправильних свідоцтв про стан здоров'я; § 281 – зловживання документами, що посвідчують особу.*

У європейській кримінально-правовій доктрині з питання про караність підроблення документів поширеною є висунута ще на початку XIX століття німецьким криміналістом Ансельмом Фейєрбахом теорія громадської довіри, згідно з якою внаслідок вчинення цього злочину страждає особливий правовий інтерес – довіра членів суспільства до певних предметів матеріального світу. Кримінально карані посягання на громадську довіру – це злочинні діяння проти достовірності юридичних фактів і відносин. Показовою у зв'язку з цим є назва розділу IV КК Франції («Посягання на громадську довіру»), який складається з чотирьох глав: 1 – «Підлоги»; 2 – «Фальшування грошей»; 3 – «Фальсифікація цінних паперів та інших фідуціарних (заснованих на довірі) цінностей, випущених державною владою»; 4 – «Фальсифікація знаків влади». Окремі розділи, присвячені посяганням на громадську довіру, містять також КК Бельгії і КК Італії.

Щодо України, то ст. 358, як і ст. 357 КК, варто розглядати як важливу законодавчу гарантію здійснення і захисту прав та законних інтересів фізичних осіб та організацій. Належна схоронність документів,

* Майле А., Першин А. Виды уголовной ответственности за подделку документов в ФРГ // Уголовное право. – 2010. – № 5. – С. 48–49.

Про зарубіжний досвід кримінально-правової протидії підробленню документів див. також: Клепицький І.А. Документ как предмет подлога в уголовном праве // Государство и право. – 1998. – № 5. – С. 68–75; Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – С. 920–925; Фіалка М.І. Кримінальне законодавство окремих європейських країн про кримінально-правову охорону документообігу // Вісник Запорізького юридичного інституту. – 2007. – № 3. – С. 225–232.

бланків, штампів і печаток, а так само відсутність в обігу підроблених документів, штампів, печаток і бланків є важливими передумовами інформаційного забезпечення правомірної управлінської діяльності, що захищається кримінальним законом. У вітчизняній доктрині доводиться недоцільність виділення окремого розділу КК, який би вміщував усі (або майже усі) норми про відповідальність за кримінально карані підроблення. Місцезнаходження в Особливій частині КК норм про злочини, способом вчинення яких є підроблення, має визначатись тим об'єктом, якому спричиняється шкода від такого діяння*.

6.2.4.2. Предметом к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 358 КК, є: 1) посвідчення або інший офіційний документ, який видають чи посвідчують підприємство, установа, організація, громадянин-підприємець, приватний нотаріус, аудитор чи інша особа, яка має право видавати чи посвідчувати такі документи, та який надає права або звільняє від обов'язків; 2) печатка, штамп, бланк підприємства, установи, організації, інші офіційні печатка, штамп або бланк.

Відповідно до Закону від 15 квітня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення порядку відкриття бізнесу» сферу застосування печаток істотно звужено. Так, суб'єкти господарювання не зобов'язані, а лише можуть мати печатки (ст. 58-1 ГК). Відповідно, у цій частині сфера застосування ст. 358 КК обмежується.

Законодавча вказівка на надання прав і звільнення від обов'язків як на змістовну ознаку документа – предмета к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 358, є умовною: насправді документи як такі не надають права і не звільняють від обов'язків; підставами виникнення, зміни і припинення прав та обов'язків є юридичні факти, а документи лише посвідчують ці факти**.

Предметом к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 358, не визнаються документи, які, хоч і посвідчують певні факти, що мають юридичне значення, але не надають при цьому прав або не звільняють від обов'язків (наприклад, різноманітні заявки, запити, характеристики, супровідні листи, вкладиші до посвідчень, довідки з архівів, журнали і книги реєстрації певних подій і фактів, звіти про виконану роботу, пояснення особи, складені під час перевірки заяви про вчинений злочин).

Так, закриваючи за відсутністю складу злочину кримінальну справу щодо М. за використання підробленого документа (ч. 2 ст. 194 КК 1960 р.), судова колегія у кримінальних справах ВС у своїй ухвалі зазначила, що вкладиш до посвідчення співробітника СБУ не є тим документом, що надає права або звільняє

* Тучков С.С. Підроблення як спосіб вчинення злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – С. 8.

** Клепицкий И.А. Документ как предмет подлога в уголовном праве // Государство и право. – 1998. – № 5. – С. 72; Бриллиантов А. О понятии важного личного документа // Уголовное право. – 2011. – № 1. – С. 10–11.

від обов'язків. Таким документом є належним чином оформлене посвідчення співробітника СБУ. Укладіші до посвідчення лише перелічуються встановлені законом права та обов'язки володільця останнього, і пред'явлення такого укладіша не може бути підставою для реалізації цих прав та обов'язків.*

Проте предметом к.пр., передбаченого ч. 2 ст. 358 КК, є будь-які офіційні документи (у т.ч. особисті документи особи), а не лише ті з них, які надають права чи звільняють від обов'язків.

Документи, штампи і печатки визнаються **офіційними**, якщо їх зміст стосується відносин, врегульованих правом, і якщо вони видаються або використовуються у встановленому законодавством порядку для посвідчення конкретних подій і фактів, що мають юридичне значення. Згідно з приміткою до ст. 358 основними ознаками офіційного документа є: 1) походження від уповноваженого суб'єкта; 2) формальна визначеність; 3) виконання в системі документообігу посвідчувальної функції.

Офіційні документи можуть походити від органів державної влади та органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми, а також окремих громадян, у т.ч. самозайнятих осіб (їх поняття розкривається у ст. 14 ПК), які у зв'язку зі своєю професійною чи службовою діяльністю мають право складати, видавати або посвідчувати такі документи. Офіційними мають вважатись також документи, які походять від тих фізичних осіб – підприємців, які не визнаються самозайнятими особами у розумінні ПК. Ці підприємці з точки зору примітки до ст. 358 повинні розглядатись як громадяни, які у зв'язку зі своєю професійною діяльністю уповноважені на складання, видачу або посвідчення певних видів документів (наприклад, це можуть бути накази про прийняття на роботу, про звільнення з роботи, довідки про розмір заробітної плати працівників).

Офіційні документи за формою повинні бути складені належним чином і мати необхідні реквізити.

Так, відповідно до підпункту 4.4 Національного стандарту України ДСТУ 4163-2003 «Вимоги до оформлювання документів», затв. наказом Держспоживстандарту України від 7 квітня 2003 р. № 55, документи, що їх складають в організації, повинні мати такі обов'язкові реквізити: назва організації; назва виду документа; дата; реєстраційний індекс документа; заголовок до тексту документа; текст документа; підпис.

Офіційними слід визнавати також документи приватних осіб за умови, що вони у встановленому законодавством порядку використовуються у правозастосовній діяльності як докази (у цьому випадку закріплена у примітці до ст. 358 КК й адресована до всіх офіційних документів вимога про дотримання визначеної законом форми і наяв-

* Вісник Верховного Суду України. – 2000. – № 6. – С. 15.

ність передбачених законом реквізитів видається некоректною*) або посвідчені у встановленому порядку (зокрема, нотаріально). Так, ст. 40 Закону «Про нотаріат» передбачає, що заповіти і довіреності, крім нотаріуса, можуть посвідчувати й інші особи (головні лікарі лікувальних закладів, санаторіїв, будинків для престарілих та інвалідів, капітани суден, начальники експедицій, командири військових частин, начальники установ виконання покарань тощо).

Офіційними документами, крім посвідчення, можуть визнаватися, наприклад, атестат про повну загальну середню освіту, диплом про закінчення вищого навчального закладу, трудова книжка, рішення суду, виконавчий лист або інший виконавчий документ, листок тимчасової непрацездатності, свідоцтво про шлюб, розірвання шлюбу або про народження дитини, свідоцтво про право на спадщину, атестат доцента або професора, сертифікат про проходження профілактичного наркологічного огляду, медична довідка щодо придатності до керування транспортним засобом.

Визнаючи свідоцтво про закінчення навчального закладу з підготовки водіїв транспортних засобів офіційним документом, Судова палата у кримінальних справах ВС у своїй постанові зазначила, що форму цього документа затверджено відомчим нормативним документом центрального органу влади. Згаданий документ містить певну інформацію, потребує дотримання форми і відображення реквізитів: свідоцтво засвідчується підписом директора школи і скріплюється печаткою навчального закладу. Наявність вказаного документа є умовою, за якої особа, яка ним володіє, допускається для складання іспитів на право керування транспортним засобом у реєстраційно-екзаменаційних підрозділах ДАІ, а працівники цих підрозділів не повинні ставити під сумнів, що володілець свідоцтва пройшов відповідний курс навчання**.

Підроблення документів, які мають джерелом походження фізичну особу, яка не уповноважена складати, видавати чи посвідчувати документи, а також неіснуючу насправді юридичну особу (за умови, що ці документи не використовуються як докази у правозастосовній діяльності), складу к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 358, не утворює. Залежно від спрямованості умислу винного підроблення вказаних документів (листів, розписок тощо) може кваліфікуватися як готування до вчинення відповідного к.пр. (наприклад, шахрайства за обтяжуючих обставин).

Особистими документами особи, згаданими у ч. 2 ст. 358, є офіційні документи, які посвідчують ті події і факти, що стосуються безпосередньо особи (наприклад, довідки – про місце роботи, навчання або проживання особи, розмір її заробітної плати тощо).

* Див. про це: Дудоров О. Проблеми кримінальної відповідальності за підроблення документа // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2011. – № 3. – С. 92–93.

** Вісник Верховного Суду України. – 2013. – № 9. – С. 26–28.

На відміну від частин 1–3 ст. 358, предметом к.пр., передбаченого ч. 4 ст. 358, є будь-який документ.

Об'єктивна сторона цього к.пр. може набувати вигляду:

1) підроблення посвідчення або іншого офіційного документа (частини 1 і 2 ст. 358);

2) збуту підробленого офіційного документа (частини 1 і 2 ст. 358);

3) виготовлення підроблених печатки, штампу або бланку (частини 1 і 2 ст. 358 КК);

4) збуту таких штампів, печаток, бланків (частини 1 і 2 ст. 358);

5) складання або видачі підробленого офіційного документа (ч. 2 ст. 358);

б) використання завідомо підробленого документа (ч. 4 ст. 358).

Під підробленням документа потрібно розуміти як повне виготовлення сфальсифікованого документа, так і часткову фальсифікацію змісту справжнього документа. В останньому випадку (так звана переробка) перекручення істини відбувається шляхом внесення у документ неправдивих відомостей (виправлення, внесення фіктивних записів, знищення частини тексту, витравлення, підчистка, змивання, підроблення підпису, переклеювання фотографії, проставляння на документі відбитка підробленої печатки тощо). Підроблення документа становлять, наприклад, дії особи, яка, скориставшись бланком підприємства або організації, на якому є підпис уповноваженої особи, заповнює його відповідним текстом. Поняттям підроблення документа охоплюється і внесення неправдивих відомостей у вже підроблений документ (наприклад, особа, придбавши підроблене посвідчення водія, вклеює у нього свою фотографію). Якщо особа підроблює відбиток штампу або печатки, її дії слід вважати підробленням документа, оскільки вказаний відбиток є необхідним реквізитом документа.

Під збутом підроблених документів, штампів, печаток, бланків слід розуміти будь-яке оплатне чи безоплатне відчуження цих предметів та випуск їх в обіг, здійснюване особою, яка усвідомлює їх характер (продаж, обмін, дарування, передача в рахунок погашення боргу тощо). У випадку збуту володілець підробленого документа втрачає контроль щодо його подальшого використання, тому законодавець визнає це діяння к.пр. незалежно від того, якими мотивами керувався той, хто відчужував цей предмет.

Виготовлення підроблених штампів, бланків або печаток означає повне виготовлення сфальсифікованих форм і бланків, а також внесення змін у справжні штампи, печатки або бланки, що спотворює їх належний зміст.

Складання підробленого офіційного документа – це створення документа, який, будучи правильно оформленим із зовнішнього боку, містить відомості, що повністю або частково не відповідають дійсності.

Видача підробленого офіційного документа означає передачу документа зацікавленій особі, вчинену як тим, хто цей документ склав чи підробив, так і тим працівником юридичної особи, або іншим належним суб'єктом, який не вчиняв його складання або підроблення.

Кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 або ч. 2 ст. 358, вважається закінченим з моменту вчинення однієї з дій, які альтернативно становлять його об'єктивну сторону.

Використання завідомо підробленого документа, виокремлене в самостійний склад к.пр. (ч. 4 ст. 358), може бути вчинене одним із двох способів: 1) пред'явлення документа; 2) подання документа. При пред'явленні документа суб'єкт, видаючи підробку за справжній документ, знайомить з його змістом інших осіб. При цьому підроблений документ залишається у володінні винного (скажімо, пред'явлення підробленого посвідчення водія працівникові міліції), і в разі невикриття підробки вона може бути використана винним знову.

Подання документа також передбачає, що певне коло осіб ознайомлюються із змістом підробленого документа. Але підробку винний не залишає собі, а передає уповноваженим особам для посвідчення тих чи інших фактів (наприклад, при вступі до вузу подає підроблений атестат про середню освіту, або для того, щоб зайняти певну посаду, подає підприємству підроблений документ про закінчення вищого закладу освіти).

За використання підробленого документа (ч. 3 ст. 358 КК у попередній редакції) засудив Богунський районний суд м. Житомира Г., який, отримавши підроблений паспорт громадянина України, з березня по листопад 2003 р. використовував його на території України, а саме подавав цей паспорт до уповноважених державних органів для отримання тимчасового талону про реєстрацію транспортного засобу, посвідчення водія, свідоцтва про реєстрацію шлюбу і свідоцтва про народження дитини. Обґрунтовуючи безпідставність кваліфікації дій Г. за ч. 2 ст. 358 КК, суд зазначив у вироку, що Г. не вступав у попередню змову з іншими особами для виготовлення йому підробленого паспорта громадянина України і не знав, хто конкретно і в який спосіб виготовив для нього підроблений паспорт.*

Слід враховувати, що подання державному реєстратору документів, які містять завідомо неправдиві відомості, має кваліфікуватись за ст. 205-1 КК.

За ч. 4 ст. 358 слід кваліфікувати дії службової особи, яка використовує підроблений нею документ (адже ст. 366 не передбачає відповідальності за використання особою підроблених документів), і дії особи, яка використовує завідомо підроблений документ, підроблення якого тягне відповідальність за спеціальними щодо частин 1 чи 2 ст. 358 нормами КК.

* Юридична газета. – 2005. – № 3.

Кримінально каране використання завідомо підробленого документа відсутнє, якщо ознайомлення з його змістом відбувається всупереч волі володільця такого документа (наприклад, при затриманні особи працівники міліції вилучають у неї підроблений паспорт і вивчають його).

Використання завідомо підробленого документа є закінченим з моменту, коли документ пред'явлено або подано винним незалежно від того, чи вдалося йому досягти поставленої мети. Незаконне придбання права або звільнення від обов'язку внаслідок використання підробленого документа знаходиться поза межами складу аналізованого к.пр.

Використання штампів і печаток, які не можна ні пред'явити, ні подати, означає проставляння за їх допомогою відбитків на документах, тобто підроблення останніх, і охоплюється частинами 1 або 2 ст. 358 КК.

Неправомірне використання справжнього документа, який належить іншій особі (наприклад, чужого паспорта або посвідчення), хоч і містить елементи обману, але за ч. 4 ст. 358 відповідальності не тягне. Справжній документ, на якому відсутні сліди підроблення, є антиподом підробленого документа, про використання якого йдеться у ч. 4 ст. 358 КК.

Такий стан речей є підстави визнати прогалиною у кримінальному законодавстві, для усунення якої можна було б доповнити аналізовану статтю нормою про відповідальність за незаконне використання чужого офіційного документа з корисливої або іншої особистої заінтересованості*.

На користь наведеної пропозиції вказує і зарубіжний досвід. Так, у ст. 318 КК Болгарії встановлено відповідальність за незаконне використання з певною метою офіційного документа, виданого іншій особі, у § 231 КК Австрії – за використання чужих посвідчень, у § 281 КК ФРН – за використання чужих документів як власних.

Відсутній склад к.пр., передбаченого ч. 4 ст. 358 КК, у випадку, коли особа: 1) демонструє предмет, який лише із зовнішнього боку нагадує документ, але насправді таким не є (зокрема пред'явлення обкладинки посвідчення замість посвідчення); 2) обманним шляхом, використовуючи справжній документ, видає його за інший (наприклад, під виглядом посвідчення працівника міліції демонструє читацький квиток); 3) неправильно тлумачить зміст справжнього документа, що характеризується невизначеністю або неповнотою.

В юридичній літературі досить поширеною є точка зору, згідно з якою особа, яка виготовила підроблений документ і потім його використала, підлягає відповідальності лише за підроблення документа (ч. 1 ст. 358 КК). Однак дії особи, яка спочатку підробила документ, а згодом його

* Букалєрова Л.А. Уголовно-правовая охрана официального информационного оборота. – М.: Юрлитинформ, 2006. – С. 280.

використала, слід кваліфікувати за сукупністю к.пр., передбачених ч. 1 (ч. 2) ст. 358 і ч. 4 ст. 358, оскільки за таких обставин має місце реальна сукупність к.пр., утворена діяннями, передбаченими різними частинами однієї статті. Використання підробленого документа є самостійним складом к.пр., який не охоплюється поняттями підроблення, складання, видачі і збуту і передбачений окремою кримінально-правовою нормою.

Проте в контексті вдосконалення законодавства заслуговує на підтримку висловлена у літературі пропозиція передбачити кримінальну відповідальність за використання підробленого документа у тій самій нормі, в якій йдеться про підроблення офіційного документа. З одного боку, це сприятиме однотипному конструюванню законодавцем подібних складів злочинів, з іншого – зніме дискусійне у теорії і на практиці питання про кваліфікацію дій особи, яка вчинила і підроблення офіційного документа, і його подальше використання*.

Суб'єкт к.пр., передбаченого ч. 1 ст. 358, є загальним, а к.пр., карано-го за ч. 2 ст. 358, – спеціальним. Це – працівник юридичної особи, який водночас не є службовою особою, а також приватний підприємець, аудитор, оцінювач, адвокат або інша особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг**. Якщо офіційний документ підроблюється працівником не юридичної особи, а фізичної особи – підприємця, то вчинене за наявності підстав має кваліфікуватись за ч. 1 ст. 358.

Отже, основною розмежувальною ознакою к.пр., передбачених частинами 1 і 2 ст. 358, вчинених у формі підроблення, виготовлення та збуту певних предметів, є суб'єкт.

Обов'язковою суб'єктивною ознакою підроблення офіційного документа, виготовлення підроблених печатки, штампа або бланку (ч. 1 ст. 358) є мета використання зазначених предметів як підроблювачем, так і іншою особою, обов'язковою ознакою підроблення офіційного документа (ч. 2 ст. 358) – мета його використання або збуту підроблювачем, а обов'язковою ознакою виготовлення підроблених офіційних печатки, штампа або бланку (ч. 2 ст. 358) – мета їх збуту. Складання

* Тімошенко Н.О. Кримінально-правова характеристика підроблення документів, печаток та бланків, їх збуту та використання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – С. 7, 12; Парасюк Н.М. Питання ефективності норми кримінального закону про відповідальність за підроблення документів, печаток, штамтів та бланків, їх збут, використання підроблених документів / Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності. Міжнародний симпозіум, 11–12 вересня 2009 р. – Львів, 2009. – С. 176.

** Звернімо увагу на неоднозначність формулювання ч. 2 ст. 358 КК у частині позначення кола осіб, які можуть нести відповідальність за цю нормою, що породжує суперечливі тлумачення кримінального закону (див.: Задоя К.П. Техніко-юридичні недоліки законодавчої характеристики суб'єкта злочинів, юридичні склади яких передбачені частинами 2 і 3 ст. 358, ст. 365-2 та частинами 3 і 4 ст. 368-4 КК України / Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 11–12 жовтня 2012 р. / Ред.-кол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Харків: Право, 2012. – С. 337–338).

і видача завідомо підробленого офіційного документа відповідним суб'єктом (ч. 2 ст. 358) визнаються к.пр. незалежно від мети, яку переслідувала винна особа.

Мета використання підробленого документа має конкретний характер і, зокрема, означає прагнення винного отримати певні права або звільнитись від обов'язків (приховати шлюб або судимість, збільшити стаж роботи за спеціальністю, влаштуватись на певну посаду, вступити до вузу тощо). Склад аналізованого к.пр. не утворюють випадки підроблення документів, виготовлення підроблених штампів і печаток, наприклад, для демонстрації своїх художніх здібностей, жарту, поповнення колекції.

Підроблення документів, штампів, печаток або бланків з метою використати їх надалі для незаконного і безоплатного заволодіння чужим майном шляхом обману слід кваліфікувати за сукупністю к.пр. – за ч. 1 (ч. 2) ст. 358 і за ч. 1 ст. 14, частинами 2, 3 або 4 ст. 190 КК як готування до шахрайства за обтяжуючих обставин.

Кваліфікація за ст. 358 КК не виключається, якщо особа шляхом підроблення документа прагне реалізувати своє дійсне право, що ґрунтується на чинному законодавстві, оскільки і в такій ситуації відбувається посягання на встановлений порядок документального посвідчення фактів, які мають юридичне значення.

6.2.5. Інші кримінальні правопорушення проти порядку управління

6.2.5.1. **Самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи** (ст. 353 КК). Його об'єктивна сторона виявляється у двох взаємопов'язаних діяннях: а) самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи; б) вчинення з використанням цих повноважень або звання суспільно небезпечного діяння.

Аналогом ст. 353 КК України може вважатись ст. 227 КК Польщі, згідно з якою вчиняє злочин той, хто, видаючи себе за публічну службову особу і використовуючи помилкове уявлення іншої особи про це, здійснює діяльність, пов'язану з функціями такої особи.

Під самовільним присвоєнням владних повноважень або звання службової особи розуміється неправомірне (за відсутності підстав) прийняття особою на себе таких повноважень або звання і введення в оману оточуючих щодо свого справжнього статусу. Способи самовільного присвоєння можуть бути різними: словесне повідомлення про відповідні повноваження; пред'явлення підроблених або чужих документів; одягнення форменого одягу або одягу, дуже схожого на нього, тощо. Самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи матиме місце і в тому випадку, коли винний був помилково сприйнятий за службову особу і, підтримавши цю хибну думку інших осіб, скористався такою обставиною для вчинення суспільно небезпечного діяння.

З метою відкритого заволодіння чужим майном (мобільним телефоном) В. під час розмови з неповнолітніми С. і А. представився працівником міліції, чим самовільно присвоїв собі повноваження службової особи. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВС скасувала вирок Червоногвардійського районного суду м. Макіївки та ухвалу апеляційного суду Донецької області у частині засудження В. за ст. 353 КК, а справу в цій частині провадженням закрила за відсутністю в його діях складу злочину, передбаченого цією статтею КК. В обґрунтування такого рішення в ухвалі колегії суддів зазначається, що у вирокі суду не вказано на використання засудженим підробленого або чужого документа, форменого одягу представника влади. В. не називав конкретне звання представника міліції. «Словесне представлення працівником міліції без реальних дій на підтвердження своїх слів і за відсутності способу підтвердження може розцінюватись як фарс, обман, але не містить ознак злочину».*

З наведеним обґрунтуванням погодитись не можна, оскільки вчинити кримінально каране самовільне присвоєння владних повноважень можна і шляхом усного представлення себе як певної службової особи, що і зробив В. Показово і те, що в ухвалі колегії суддів ВС перед наведеним вище вельми сумнівним обґрунтуванням цілком справедливо вказується, що одним зі способів самовільного присвоєння владних повноважень службової особи може бути те, що винний просто називає себе представником влади. Використання форменого одягу чи службового посвідчення працівника правоохоронного органу є ознакою не основного, а кваліфікованого складу к.пр., передбаченого ст. 353 КК.

Під званням з точки зору кваліфікації за ст. 353 КК слід розуміти тільки військові або спеціальні звання. Військові звання присвоюються військовослужбовцям ЗС та інших військових формувань, а спеціальні – працівникам міліції, податкової міліції тощо. Якщо винний самовільно присвоїв собі ранг (державного службовця, дипломата, працівника прокуратури), чин або кваліфікаційний клас (наприклад, судді), які мають певні категорії службових осіб, то його дії утворюють самовільне присвоєння владних повноважень.

Суспільно небезпечне діяння з точки зору відповідальності за ст. 353 КК України може бути злочином або адміністративним проступком (натомість у ст. 273 КК Латвії передбачено покарання за самовільне присвоєння звання і влади державної посадової особи з метою вчинення лише злочинного діяння).

У випадку, коли діяння, вчинене з використанням самовільно присвоєних владних повноважень або звання службової особи, утворює склад певного к.пр., вчинене слід кваліфікувати за сукупністю – за ст. 353 і відповідною нормою Особливої частини КК про відповідальність за те чи інше к.пр. (наприклад, за ст. 190 КК).

* Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки / За ред. П.П. Пилипчука. – К.: Істина, 2011. – С. 179–180.

Склад к.пр., передбаченого ст. 353 КК, відсутній, якщо винний видає себе не за службову особу, що наділена владними повноваженнями, а за представника певної професії (скажімо, адвоката, лікаря, тренера, будівельника).

Для порівняння: КК Іспанії передбачає покарання не лише за незаконне здійснення функцій службової особи або державного службовця, коли винний привласнює офіційні повноваження (ст. 402 КК Іспанії може вважатись аналогом ст. 353 КК України), а й за виконання професійних дій без наявності вченого ступеня чи офіційного титулу, які для цього вимагаються, і за публічне привласнення якості професіонала (ст. 403 КК). Подібний підхід знаходить втілення й у КК ФРН, § 132 якого передбачає покарання за привласнення влади посадової особи, а § 132a – за незаконне використання академічних ступенів, професійних позначень лікаря, адвоката, податкового інспектора, бухгалтера, ревізора, за носіння уніформи чи службового обмундирування. Згідно зі ст. 5 глави 17 КК Швеції до привласнення публічної посади прирівнюються такі дії, як незаконне носіння форми, емблеми, іншого службового знака, який вказує на належність до збройних сил, публічних служб, служб зв'язку, поставки населенню води, світла, тепла чи електроенергії, а також видача себе за адвоката особою, яка ним не є.

Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони к.пр., описаного у ст. 353 КК, є мета – використати самовільно присвоєні владні повноваження або звання службової особи для вчинення суспільно небезпечного діяння. Самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи, яке не переслідує цієї мети, складу аналізованого к.пр. не утворює (скажімо, особа видає себе за працівника міліції з метою припинити хуліганські дії або за суддю – щоб показати свою значущість).

Кваліфікуючими ознаками цього к.пр. є використання: 1) форменого одягу працівника правоохоронного органу; 2) службового посвідчення працівника правоохоронного органу (ч. 2 ст. 353). Під форменим одягом працівника правоохоронного органу слід розуміти однотипний одяг (однострій), який затверджується нормативно-правовими актами органів державної влади з метою відокремлення службових осіб, що виконують покладені на них спеціальні обов'язки у сфері правоохоронної діяльності. Службове посвідчення працівника правоохоронного органу – це документ, який засвідчує належність службової особи до системи цього правоохоронного органу та підтверджує її повноваження, визначені відповідними нормативно-правовими актами.

Література

- Андрушко П.П. Документи як предмет злочинів, склади яких передбачені статтями 357, 358 та 366 КК України // Альманах кримінального права. – 2009. – Вип. 1. – С. 4–76.
- Давидович І.І. Кримінально-правова охорона представників влади і громадськості, які охороняють правопорядок: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 20 с.

- Осадчий В.І. Кримінально-правовий захист правоохоронної діяльності: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 336 с.

Запитання і завдання

1. Проаналізуйте склад к.пр. «Наруга над державними символами». Визначте спільні і відмінні риси ст. 338 КК України та зарубіжних аналогів цієї кримінально-правової заборони.

2. Ознайомтесь з існуючими законопроектами, покликаними врегулювати порядок організації і проведення мирних заходів (зібрань), і проаналізуйте, яким чином їх ухвалення могло б вплинути на застосування ст. 340 КК України, яка встановлює відповідальність за незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій.

3. З'ясуйте недоліки ст. 358 КК України, якою встановлено відповідальність за підроблення документів, печаток, штампів та бланків, їх збут, а також за використання підроблених документів, і запропонуйте шляхи їх усунення.

4. Проаналізуйте склад к.пр. «Самовільне присвоєння владних повноважень або звання службової особи».

Рекомендуємо прочитати

- Френк Вільям Абігнейл «Спіймай мене, якщо зможеш».

Радимо подивитись

- Спіймай мене, якщо зможеш (США, 2002, режисер Стівен Спілберг).
- Життя і часи судді Роя Біна (США, 1972, режисер Джон Хьюстон).
- Схватка (США, 1995, режисер Майкл Манн).

6.3. Кримінальні правопорушення проти порядку несення військової служби (військові злочини)

6.3.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти порядку несення військової служби

6.3.1.1. За останні вісім-дев'ять років кількість вчинених злочинів проти встановленого порядку несення військової служби зменшилася майже утричі.

Скажімо, у 2005 р. за такі злочини було засуджено 524 військовослужбовця, а в 2013 р. – лише 184. Частково це пов'язано із скороченням ЗС (згідно із законами від 17 березня 2005 р. «Про чисельність Збройних Сил України на 2005 рік» і від 20 вересня 2011 р. «Про чисельність Збройних Сил Украї-

ни на 2012 рік» кількість військовослужбовців ЗС скоротилась із 180 тис. до 139 тис., тобто майже на 23%), частково – з ліквідацією військових прокуратур та військових судів, що спричинило скорочення випадків застосування запобіжних заходів і зниження рівня виявлення військових злочинів і законної системної реакції на них.

Усі склади військових злочинів, передбачені розділом XIX КК України, можна поділити на **два групи**:

1) **квазівійськові злочини**, тобто ті, які відрізняються від інших загальнокримінальних злочинів переважно за суб'єктом. Вони посягають водночас на два основних безпосередніх об'єкта, а тому мають значну кількість суміжних загальнокримінальних злочинів. Це злочини:

– проти порядку підлеглості і військової честі, пов'язані із застосуванням фізичного чи психічного насильства: опір начальникові чи іншій особі, яка виконує обов'язки з військової служби, або примушування їх до порушення службових обов'язків, у т.ч. пов'язані із умисним вбивством начальника або іншої особи (ст. 404); погроза або насильство щодо начальника (ст. 405); порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості (ст. 406). Ці злочини слід відмежовувати від відповідних злочинів проти життя і здоров'я особи (зокрема, п. 8 ч. 2 ст. 115, ст.ст. 120–122, 125–127, 129, а також ст. 195) і проти авторитету органів державної влади (ст.ст. 342, 343, 345);

– проти власності, предметом яких є військове майно: викрадення, привласнення, вимагання військового майна, заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ст. 410); умисне знищення або пошкодження військового майна (ст. 411); необережне знищення або пошкодження військового майна (ст. 412). Суміжними з ними є відповідні злочини проти власності (ст.ст. 185–187, 189–191, 194, 196), проти громадської безпеки (ст. 262), у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ст.ст. 308, 312–313);

– порушення правил поведінки зброєю, а також із речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення (ст. 414). Суміжними є злочини проти власності (ч. 2 ст. 194), довілля (ст. 250), громадської безпеки (ст.ст. 264, 265, 267, 269), безпеки виробництва (ст. 273), безпеки руху та експлуатації транспорту (ст. 282);

– порушення правил водіння або експлуатації машин (ст. 415); порушення правил польотів або підготовки до них (ст. 416); порушення правил кораблеводіння (ст. 417). Суміжними з ними є відповідні злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту (ст.ст. 276–277, 281–282, 286–287);

– розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю, або втрата документів чи матеріалів, що містять такі відомості (ст. 422). Цей злочин слід відмежовувати від злочинів, передбачених ст. 328 і ст. 329, розділом XIV Особливої частини КК;

– недбале ставлення до військової служби (ст. 425); бездіяльність військової влади (ст. 426). Суміжними з ними є злочини у сфері службової діяльності (ст.ст. 364, 367);

– деякі злочини проти порядку дій військовослужбовців в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці (ст.ст. 432–435). Ці злочини є суміжними, зокрема, з деякими злочинами проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку (ст.ст. 438, 442, 445). Наприклад, мародерство, насильство над населенням у районі воєнних дій і погане поводження з військовополоненими можуть становити собою порушення законів та звичаїв війни (ст. 438);

2) **власне військові злочини**, тобто ті, які не мають суміжних загальнокримінальних злочинів (решта статей розділу XIX Особливої частини КК). Ці злочини посягають тільки на встановлений законодавством порядок несення або проходження військової служби і можуть мати певний додатковий об'єкт, але лише як факультативний. Суміжних загальнокримінальних злочинів, схожих за об'єктивною і суб'єктивною сторонами, вони не мають. До таких злочинів належать злочини проти:

– порядку підлеглості (ст.ст. 402–403). Вони полягають у невиконанні військовослужбовцем законного наказу свого начальника;

– порядку проходження військової служби (ст.ст. 407–409). Це дезертирство та інші способи ухилення від служби, а також пряма відмова нести її. За певними ознаками ці злочини схожі з ухиленням від призову на строкову військову службу та ухиленням від призову за мобілізацією (ст. 335 і ст. 336). Але останні два злочини можуть вчинити тільки особи, які ще не є або вже не є військовослужбовцями; крім того, важливе значення для їх відмежування від військових злочинів є момент початку відповідного ухилення (для призовників, наприклад, початком проходження військової служби є день відправлення у військову частину з районного (міського) військового комісаріату);

– порядку несення спеціальних служб (ст.ст. 418–421). Лише для військової служби притаманними є несення патрулювання, вартової (вахтової), прикордонної, внутрішньої служби, бойового чергування та кримінальна відповідальність за порушення правил їх несення;

– порядку дій військовослужбовців в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці (ст.ст. 427, 428, 429, 430, 431 КК).

Отже, принаймні 12 із 32 статей розділу XIX Особливої частини КК є зайвими і підлягають виключенню, оскільки створюють: а) підстави для порушення встановлених у ст. 8 і ст. 24 Конституції України принципів верховенства права (зокрема його складової – принципу юридичної визначеності) та рівності усіх перед законом; б) непотрібні складнощі при кваліфікації злочинів.

Наприклад, військова службова особа згідно із ст. 426 КК може бути покарана за бездіяльність військової влади, яка спричинила істотну шкоду, лише за умови, що розмір збитків (в яких дістає вияв ця шкода) перевищує

250 нмдг; на відміну від цього «планка» кримінальності «бездіяльного зловживання», вчиненого іншою публічною службовою особою, згідно із ст. 364 КК, знаходиться значно нижче – «на рівні» 100 нмдг.

З іншого боку, немає жодних підстав в кримінальному порядку карати військовослужбовців за цивільний за своїм характером делікт – необережне знищення чи пошкодження військового майна, що спричинило майнову шкоду (ч. 1 ст. 412 КК). За аналогічні діяння цивільні особи несуть кримінальну відповідальність лише за умови, що їхнім наслідком були тяжкі тілесні ушкодження чи загибель людей (ч. 1 ст. 196 КК).

6.3.1.2. Як показують статистичні дані ДСА, в структурі військових злочинів, за які були засуджені військовослужбовці, переважають якраз квазівійськові злочини. Із 287/184 військовослужбовців, засуджених у 2012/2013 рр. за військові злочини, 230/135 військовослужбовців (78,0/73,3%) засуджено саме за квазівійськові злочини, у т.ч.:

– 123/28 – порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості (ст. 406);

– 51/63 – викрадення, привласнення, вимагання військового майна, заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ст. 410);

– 56/44 – військові службові злочини (ст.ст. 423–426 КК).

Відповідно, у 2012/2013 рр. лише 41/35 військовослужбовців засуджено за ухилення від військової служби (ст.ст. 407–409), 3/2 – за порушення правил несення спеціальних служб (ст.ст. 418–421) і 0/5 – за непокору (ст. 402 КК).

6.3.1.3. На відміну від інших груп злочинів, передбачених КК, поняття військового злочину визначене безпосередньо в законі (ч. 1 ст. 401). Проте у цьому визначенні розкриваються не всі ознаки військового злочину, а лише специфічні, які дають змогу відмежувати військові злочини від інших. Водночас для військових злочинів цілком притаманними залишаються і загальні ознаки злочину. До **специфічних ознак** військового злочину віднесені спеціальні: 1) об'єкт посягання – встановлений законодавством порядок несення або проходження військової служби; 2) суб'єкт – військовослужбовець, а у разі вчинення більшості військових злочинів – також і військовозобов'язаний під час проходження останнім навчальних (перевірних) або спеціальних зборів; 3) кримінальна протиправність – визнання діяння військовим злочином тільки в тому разі, якщо воно прямо передбачене у розділі XIX Особливої частини КК.

Встановлений законодавством порядок несення та проходження військової служби (військовий правопорядок) – це сукупність таких, що виникають у процесі життя і бойової діяльності військ, суспільних відносин, закріплених у законах, військових статутах, положеннях про проходження служби різними категоріями військовослужбовців та інших актах законодавства.

Для того, щоб зрозуміти, чи було посягання на порядок несення (проходження) саме військової служби, необхідно встановити, чи було покладено відповідними актами законодавства на військовослужбовця обов'язок діяти певним чином або, навпаки, утримуватися від певної поведінки. Якщо ні – за наявності відповідних підстав слід говорити про вчинення іншого, невійськового злочину.

*Так, 29 липня 2011 р. Бердичівський міськрайонний суд Житомирської області правильно засудив військовослужбовця 54 радіоелектронного батальйону А. за ч. 1 ст. 185 КК України за те, що той, перебуваючи в приміщенні кафе «Лада» в м. Бердичеві, з метою таємного викрадення чужого майна, шляхом вільного доступу зайшов до гардеробу і з кишені дублянки таємно викрав мобільний телефон «Нокія Х3-00», вартістю 840 грн., споряджений сім-карткою мобільного оператора «Ді-джус», вартістю 25 грн., чим заподіяв потерпілій особі матеріальної шкоди на загальну суму 865 грн.**

6.3.1.4. Значна кількість військових злочинів вчиняються в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці. Крім вже згадуваних злочинів, передбачених ст.ст. 427–435, це злочини, передбачені ч. 3 ст. 402, ч. 2 ст. 403, ч. 3 ст. 404, ч. 3 ст. 405, ч. 4 ст. 407, ч. 3 ст. 408, ч. 3 ст. 409, ч. 3 ст. 410, ч. 3 ст. 411, ч. 3 ст. 413, ч. 2 ст. 418, ч. 2 ст. 420, ч. 2 ст. 421, ч. 3 ст. 425, ч. 3 ст. 426 КК.

Воєнний стан – це особливий правовий режим (політико-економічна ситуація), що запроваджується в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню і органам місцевого самоврядування певних додаткових повноважень. Воєнний стан вводиться за пропозицією РНБО указом Президента України, який підлягає затвердженню ВР протягом двох днів з моменту звернення Президента України.

Бойова обстановка – це певний стан військових з'єднань, частин (кораблів), підрозділів, за яким вони ведуть погоджені дії з метою знешкодження (розгрому) військового супротивника, оволодіння важливими районами (рубежами) або утримання їх і виконання інших тактичних завдань. Бойова обстановка може мати місце під час загальновійськового, танкового, протиповітряного, повітряного і морського, а також наступального й оборонного бою, бою в оточенні, відбиття висаджування морського десанту тощо. Вона може виникнути і в мирний час (наприклад, при ліквідації прикордонних конфліктів, при порушенні недоторканності повітряного чи морського простору України, у деяких інших випадках).

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 17762363 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

Ознаки «вчинення злочину в умовах воєнного стану» та «вчинення злочину в бойовій обстановці» не застосовуються при кваліфікації злочинів, вчинених військовослужбовцями українських миротворчих контингентів під час проходження служби в цих контингентах, оскільки: а) ВР стан війни ні з однією з держав, на території яких дислокуються ці контингенти, не оголошує; б) у вказаних випадках воєнного нападу на Україну не існує, а внутрішні конфлікти в тій чи іншій державі не мають характеру агресії проти держав, з якими Україна підписала договори про спільну оборону від агресії; в) зазначені контингенти не призначені для ведення військових дій з метою знешкодження військового супротивника та виконання інших тактичних завдань, взагалі не мають такого супротивника та фактично не ведуть такі дії. Те саме стосується кваліфікації злочинів, вчинених військовослужбовцями під час антитерористичної операції (АТО), оскільки Законом «Про боротьбу з тероризмом» перебування військовослужбовців у бойовій обстановці прямо не передбачено.

6.3.2. Суб'єкт військового кримінального правопорушення

6.3.2.1. Суб'єктами військових злочинів можуть бути тільки військовослужбовці, а також військовозобов'язані під час проходження ними відповідних зборів.

Військовослужбовцями є особи, які проходять військову службу у ЗС та інших військових формуваннях (як виняток – відкомандировані до інших державних органів). Військова служба є державною службою особливого характеру, яка полягає у професійній діяльності придатних до неї за станом здоров'я і віком громадян України, пов'язаній із захистом Вітчизни. Видами військової служби відповідно до ст. 2 Закону «Про військовий обов'язок і військову службу» є: 1) строкова військова служба; 2) військова служба за контрактом осіб рядового, сержантського і старшинського складу; 3) військова служба (навчання) курсантів (слухачів) вищих військових навчальних закладів, а також вищих навчальних закладів, які мають у своєму складі військові інститути, факультети військової підготовки, кафедри військової підготовки; 4) військова служба за контрактом осіб офіцерського складу; 5) військова служба за призовом осіб офіцерського складу.

Військове формування – це створена відповідно до законодавства сукупність військових об'єднань, з'єднань і частин та органів управління ними, які комплектуються військовослужбовцями і призначені для оборони України, захисту її суверенітету, державної незалежності і національних інтересів, територіальної цілісності і недоторканності у випадку озброєної агресії, збройного конфлікту або загрози нападу шляхом безпосереднього ведення військових (бойових) дій.

Крім ЗС, військовими формуваннями є Служба безпеки, Служба зовнішньої розвідки, Державна прикордонна служба, Національна гвардія, Управління державної охорони, Державна спеціальна служба транспорту і Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації.

Військовими формуваннями відповідно до виконуваних ними функцій, завдань, їхньої структури та інших критеріїв не визнаються, скажімо, державна воєнізована гірничорятувальна служба у вугільній промисловості, відомча воєнізована охорона на залізничному транспорті та їм подібні.

6.3.2.2. **Військовозобов'язаними** є особи, які перебувають у запасі для комплектування ЗС чи інших військових формувань на особливий період, а також для виконання робіт із забезпечення оборони держави. Згідно із законодавством вони періодично призиваються на навчальні (або перевірні) та спеціальні збори. Військовозобов'язані під час проходження ними навчальних або інших зборів прирівнюються до військовослужбовців: вони приймають на зборах військову присягу, їм присвоюється військовий звання, вони носять військову форму одягу та відзнаки військовослужбовців, як і військовослужбовці поділяються на рядовий, сержантський і старшинський та офіцерський склад, мають однакові з військовослужбовцями права й обов'язки, що впливають з умов військової служби, тощо. Військовозобов'язаними також є резервісти – особи, які у добровільному порядку проходять службу у військовому резерві ЗС чи інших військових формувань.

В окремих нормах розділу XIX Особливої частини КК як суб'єкти злочину вказуються лише військовослужбовці (частини 2 і 3 ст. 407, ч. 1 ст. 409, ч. 1 ст. 410, ст. 431), у т.ч. військовослужбовці строкової служби (ч. 1 ст. 407). Якщо конкретна норма розділу XIX Особливої частини КК прямо вказує лише на військовослужбовця як суб'єкта відповідного злочину, цій нормі не можна давати розширювальне тлумачення. Відтак – законодавцем зроблено винятки із загальної норми (ч. 1 ст. 401) про те, що військові злочини вчиняються як військовослужбовцями, так і військовозобов'язаними під час проходження останніми навчальних (перевірних) або спеціальних зборів.

У деяких випадках пояснення щодо такого підходу впливають також із відповідних норм самого КК або інших законів.

Так, за змістом Закону «Про військовий обов'язок і військову службу» поняття «проходження військової служби» не охоплює собою поняття «проходження зборів», а останнє є лише видом виконання військового обов'язку в запасі.

Тому військовозобов'язані можуть виконувати лише окремі обов'язки військової служби і не несуть відповідальність за злочини проти порядку проходження військової служби (ст.ст. 407–409). Військовозобов'язані не можуть нести відповідальність за дезертирство (ст. 408) і тому, що вони фактично не можуть ухилитися від військової служби (тим більше – назавжди). З тих самих причин військовозобов'язані не несуть відповідальність за ухилення від військової служби шляхом самокалічення або симуляції хвороби, підроблення документів чи

іншого обману, а також за відмову від несення обов'язків військової служби (ст. 409). Терміни проходження зборів військовозобов'язаними зазвичай не є тривалими: термін навчальних зборів для військовозобов'язаних першого розряду не перевищує двох місяців, а для військовозобов'язаних другого розряду – одного місяця, термін перевірних зборів для всіх військовозобов'язаних не перевищує п'ятнадцяти днів, а термін спеціальних зборів – двох місяців. Тому військовозобов'язані зазвичай і не вчиняють цих злочинів, а частіше ухиляються від проходження зборів взагалі, за що несуть відповідальність за ч. 2 ст. 337 КК.

Нарешті, практично неможливим є вчинення військовозобов'язаними будь-яких військових злочинів в умовах воєнного стану, у т.ч. злочинів, передбачених ст.ст. 427, 429–435, оскільки з початком воєнних дій усі військовозобов'язані призиваються на військову службу за мобілізацією і стають, таким чином, військовослужбовцями.

За викрадення (шляхом крадіжки, грабежу чи розбою), привласнення, вимагання військового майна, заволодіння ним шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем військовозобов'язані несуть відповідальність за відповідними статтями розділу VI Особливої частини, а за зловживання владою або службовим становищем, перевищення влади чи службових повноважень, бездіяльність влади, недбале ставлення до служби – за статтями розділу XVII Особливої частини КК.

За такого підходу загальне положення ст. 401 про те, що військовими злочинами визнаються передбачені вказаним розділом злочини проти встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби, вчинені військовослужбовцями, а також військовозобов'язаними під час проходження останніми навчальних (чи перевірних) або спеціальних зборів, не порушується. Адже за багатьма іншими статтями цього розділу, крім ст.ст. 407–410, 427, 429–435, військовозобов'язані дійсно несуть відповідальність нарівні з військовослужбовцями.

6.3.2.3. До **інших осіб, визначених законом**, які не входять до складу військових формувань, утворених відповідно до законів, але несуть відповідальність за статтями розділу XIX КК, слід відносити, зокрема, військовослужбовців:

- які відповідно до законів на час виконання певних завдань працюють на штатних посадах в інших установах, підприємствах, організаціях;
- які за їх згодою відкомандировані до органів виконавчої влади, на підприємства і в організації, що виконують роботи в інтересах оборони держави та її безпеки (наприклад, до Національного космічного агентства, Державного підприємства обслуговування повітряного руху);
- адміністративного та професорсько-викладацького складу навчальних закладів, що входять до системи МОН (скажімо, Військового інституту Київського національного університету імені Тараса Шевченка);

– військових підрозділів, що мають постійну чи тимчасову організацію, перебувають під командуванням особи, відповідальної перед Україною та іншою державою за поведінку своїх підлеглих, які зобов'язані додержуватись внутрішньої дисципліни, норм міжнародного права, і направляються до іншої держави з метою виконання бойових або миротворчих завдань, або гуманітарних завдань, пов'язаних із захистом цивільного населення від радіаційної, хімічної, біологічної небезпеки та ліквідацією наслідків застосування зброї масового ураження;

– які відповідно до міжнародних угод направляються Україною для участі в міжнародних миротворчих операціях і не входять до складу миротворчого контингенту (військові спостерігачі, радники, штабні офіцери тощо);

– військовополонених, яких Україна тримає у полоні. Згідно з міжнародним законодавством вони підкоряються законам, статутам і наказам, які діють у збройних силах держави, що тримає їх у полоні. Остання має право вживати судових заходів щодо будь-якого військовополоненого, який вчинить порушення цих законів, статутів чи наказів. Проте військовополонені не несуть відповідальності за втечу з полону, спробу такої втечі і співучасть у ній.

Незважаючи на те, що особи керівного та рядового складу органів міліції, податкової міліції та деяких інших державних органів за своїм соціальним і правовим захистом прирівнюються за законодавством до військовослужбовців, що в цих органах діють дисципліна та відносини підлеглості, близькі до військових, що для працівників цих органів встановлюються спеціальна форма одягу, схожа на військову, спеціальні звання тощо, все це не дає підстав прирівнювати зазначених осіб до військовослужбовців. Це стосується й осіб, які обіймають посади міністра оборони і його заступників, якщо ці особи є цивільними. Відповідно, такі особи не є суб'єктами військових злочинів. Не є військовослужбовцями і, відповідно, суб'єктами військових злочинів військові ліцеїсти. Незважаючи на те, що вартову службу несуть працівники відомчої воєнізованої охорони, а вахтову – моряки торговельних суден, вони не є суб'єктами злочину, передбаченого ст. 418, так само як і суб'єктами інших військових злочинів.

6.3.2.4. Суб'єктом військових злочинів особа може бути тільки у відповідних часових межах, які визначені у ст. 24 Закону «Про військовий обов'язок і військову службу» – після початку і до закінчення проходження військової служби. **Початком проходження військової служби вважається:** а) день відправлення у військову частину з районного (міського) військового комісаріату – для громадян, призваних на строкову військову службу; б) день зарахування до списків особового складу військової частини (військового навчального закладу, установи тощо) – для громадян, прийнятих на військову службу за контрактом;

в) день призначення на посаду курсанта вищого військового навчального закладу, військового навчального підрозділу вищого навчального закладу – для громадян, які не проходили військову службу, та військово-визобов'язаних.

Закінченням проходження військової служби вважається день, з якого військовослужбовця виключено зі списків особового складу наказом по військовій частині (військовому навчальному закладу, установі тощо) у порядку, встановленому положеннями про проходження військової служби громадянами України. Разом з тим особа, яка вчинила злочин проти встановленого порядку несення військової служби під час її проходження (військово-визобов'язаний – під час проходження зборів), підлягає притягненню до відповідальності за такий злочин і після звільнення з військової служби (закінчення зборів).

6.3.2.5. Певне значення для кваліфікації військових злочинів можуть мати вік та інші особисті якості особи. Так, на строкову військову службу в мирний час призиваються придатні для неї за станом здоров'я громадяни чоловічої статі, яким до дня відправки у військові частини виповнилося 18 років. Призовники віком від 17 до 21 року, у т.ч. ті, яким 17 років виповнюється у рік зарахування на навчання, можуть бути призвані на військову службу (навчання) курсантів вищих військових навчальних закладів або вищих навчальних закладів, які мають військові навчальні підрозділи, тобто на практиці може виникнути ситуація, коли військовослужбовцем є особа у віці 16–17 років. У випадку вчинення такою особою злочину це повинно, згідно з п. 3 ч. 1 ст. 66 КК, розцінюватися як обставина, що пом'якшує покарання.

За загальним правилом, особа, яка незаконно (наприклад, через недосягнення нею певного віку або непридатність до військової служби за станом здоров'я) призвана на військову службу, не є суб'єктом військових злочинів, адже вона є незаконно призваною на військову службу. У зв'язку з цим на неї не може бути покладено обов'язки, пов'язані з проходженням військової служби, у т.ч. і у вигляді кримінальної відповідальності за дії, що підпадають під ознаки військового злочину. Такий висновок ґрунтується на положенні ст. 19 Конституції України, згідно з яким ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. За наявності підстав зазначена особа може понести відповідальність за вчинення іншого, невійськового злочину.

Військові злочини, вчинені військовослужбовцями, які входять до складу з'єднань та військових частин Чорноморського флоту Російської Федерації, дислокованих на території України, є злочинами проти Російської Федерації, а тому згідно з міжнародними договорами України у справах про їх вчинення застосовується законодавство Російської Федерації.

6.3.2.6. Із спеціальним суб'єктом військових злочинів як специфічною їх ознакою пов'язані деякі питання кваліфікації цих злочинів.

Згідно з ч. 3 ст. 401 КК співучасть у військових злочинах осіб, не зазначених у цій статті, тягне відповідальність за відповідними статтями розділу XIX Особливої частини КК. Це положення є законодавчим визначенням принципу відповідальності співучасників злочинів зі спеціальним суб'єктом. Іншими словами, виконавцями будь-якого злочину, передбаченого ст.ст. 402–435, можуть бути лише військовослужбовці, а іншими співучасниками – й цивільні особи (наприклад, як пособник – у разі підробки документів, які стали підставою незаконного звільнення з військової служби, або як підбурювач – у разі схиляння військовослужбовця до викрадення зброї тощо).

Цивільні особи не можуть бути співвиконавцями військових злочинів. Тому у разі, коли військовослужбовець і цивільна особа спільними зусиллями виконують об'єктивну сторону військового злочину, остання несе відповідальність за вчинення військового злочину як пособник (кваліфікуюча ознака «за попередньою змовою групою осіб» у цьому випадку не застосовується). Так само кваліфікуються і дії цивільної особи, яка вчинила діяння, що містить ознаки військового злочину, замість військовослужбовця (наприклад, якщо військовослужбовець схилив цивільну особу до умисного знищення військового майна. При цьому такий військовослужбовець визнається виконавцем злочину).

6.3.2.7. Окремі військові злочини можуть бути вчинені лише військовослужбовцями (військовозобов'язаними), для яких властиві спеціальні ознаки, що підлягають встановленню у кожній конкретній кримінальній справі. Такими військовослужбовцями (військовозобов'язаними), зокрема, є військова службова особа (ст.ст. 425–426), військовий начальник (ст. 427), командир військового корабля, особа зі складу команди військового корабля (ст. 428), підлеглий (ст.ст. 402–405), особа, яка входить до складу варті (вахти) або патруля (ст. 418), наряду з охорони державного кордону України (ст. 419), сил бойового чергування (бойової служби) (ст. 420) або добового наряду частини (крім варті і вахти) (ст. 421), особа, якій були довірені документи або матеріали, що містять відомості військового характеру, які становлять державну таємницю, а також предмети, відомості про які становлять державну таємницю (ч. 2 ст. 422), український військовослужбовець, який перебуває у полоні (ст. 431), тощо. Виконавцями перелічених злочинів можуть бути лише особи, які мають відповідні ознаки. Інші військовослужбовці (військовозобов'язані), а так само цивільні особи можуть нести відповідальність за вказані злочини тільки як організатори, підбурювачі чи пособники.

6.3.3. Кримінальні правопорушення проти порядку підлеглості та військової честі

6.3.3.1. Одним із головних загальних обов'язків усіх військовослужбовців є обов'язок беззастережно виконувати накази командирів (начальників), крім явно злочинних. Це обумовлено притаманним для всіх військових формувань принципом єдиноначальності. Положення ст. 402 і ст. 403 КК є кримінально-правовими гарантіями забезпечення зазначеного важливого обов'язку.

З об'єктивної сторони **непокора** (ст. 402 КК) може виявлятися у двох формах: 1) відкрита відмова виконати наказ начальника; 2) інше умисне невиконання наказу.

Під **наказом** у ст. 402 розуміється одна із форм реалізації владних функцій, організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків військової службової особи, змістом якої є пряма, обов'язкова для виконання вимога начальника про вчинення або невчинення підлеглим (групою підлеглих) певних дій по службі. Наказ може мати форму розпорядження, команди тощо.

Суттєве кримінально-правове значення має характер відданого наказу. Так, наказ завжди має бути конкретним. Тому не можна розглядати як невиконання наказу невиконання військовослужбовцем загальних вимог служби, які містяться в статутах, порадниках, інструкціях тощо. Крім того, наказ має бути законним і виданим тільки в межах компетенції відповідної службової особи, а наказ з фінансових, матеріально-технічних та кадрових питань, – у письмовій формі. Якщо наказ виданий з порушенням вимог, які до нього ставляться законодавством, він є незаконним.

Підлеглий не несе відповідальності за ст. 402 за невиконання наказу начальника, якщо цей наказ був незаконним (відданий невідповідною особою, в неналежному порядку, виходив за межі повноважень командира (начальника), був пов'язаний з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина, іншим чином за своїм змістом суперечив закону). За виконання явно злочинного наказу начальника підлеглий підлягає відповідальності як пособник відповідного військового службового злочину (скажімо, за виконання наказу начальника караулу про застосування фізичного насильства щодо заарештованих чатовий має нести відповідальність за ч. 5 ст. 27 і ч. 2 ст. 364 КК).

Крім того, у кожному конкретному випадку має бути з'ясовано, чи не обумовлене невиконання наказу тим, що він був сформульований невиразно, нечітко, незрозуміло, або чи не був він перешкодою для виконання наказу іншого начальника.

До **військових начальників** слід відносити військовослужбовців, які для виконання певних завдань мають у своєму розпорядженні підлеглих, наділені правом віддавати останнім накази, розпорядження та інші обов'язкові для виконання вимоги і застосовувати щодо них дис-

циплінарну владу. Під військовими начальниками у військових статутах та інших актах військового законодавства розуміються: 1) начальники за службовим становищем (посадою), тобто військовослужбовці, яким доручено постійно чи тимчасово керувати службовою діяльністю інших військовослужбовців або робітників та службовців (підлеглих) (командир взводу, роти, полку, дивізії, командувач військ оперативного командування тощо, начальник гарнізону, військовий комендант гарнізону та ін.); 2) начальники за військовим званням.

За своїми військовими званнями начальниками є, наприклад, сержанти і старшини – для рядових і матросів однієї з ними військової частини; молодші офіцери – для всіх сержантів і старшин, рядових і матросів; старші офіцери за військовим званням підполковник, капітан 2 рангу, майор, капітан 3 рангу – для прапорщиків і мічманів, сержантів і старшин, рядових і матросів.

Черговий роти є начальником для всіх військовослужбовців роти рівного з ним чи нижчого військового звання; черговий їдальні – начальником для всіх осіб добового наряду, призначених для робіт в їдальні, та поварів; черговий парку – для днювальних парку та механіка-водія чергового тягача; начальник військового ешелону – для всього особового складу ешелону, черговий і помічник чергового частини – для всіх осіб добового наряду тощо.

Відкрита відмова виконати наказ начальника – найбільш зухвала форма непокори – передбачає наявність заяви (усної чи письмової) підлеглого про його небажання виконувати наказ або інше демонстративне його невиконання, яке може супроводжуватись будь-якими репліками чи здійснюватися мовчки. Від непокори слід відрізняти випадки суперечки, коли підлеглий вступає в обговорення наказу, виявляючи своє незадоволення у зв'язку з його отриманням, але врешті-решт наказ виконує.

Інше умисне невиконання наказу полягає в тому, що підлеглим наказ начебто приймається до виконання, але насправді не виконується. Невиконання наказу може полягати: а) у діях, вчиняти які наказ прямо забороняв; б) невиконанні дій, які мали бути виконані згідно з наказом; в) у виконанні таких дій з порушенням встановлених наказом строків та інших обов'язкових умов їх виконання.

З суб'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 402 КК, може бути вчинений лише з прямим умислом.

6.3.3.2. **Невиконання наказу начальника** (ст. 403 КК) з суб'єктивної сторони, навпаки, вчиняється лише з необережності у вигляді злочинної недбалості або злочинної самовпевненості.

Об'єктивна сторона цього злочину характеризується тільки бездіяльністю. За ст. 403 мають каратися випадки невиконання, неточного або неповного виконання законного наказу внаслідок неухважності, безпам'ятності тощо.

6.3.3.3. До **тяжких наслідків**, які у ст. 403 є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони, а в ст. 402 – кваліфікуючою ознакою, можуть бути віднесені: зрив виконання бойового завдання, катастрофа чи пожежа, наслідком яких стало завдання великої матеріальної шкоди, радіоактивне, хімічне чи бактеріологічне забруднення, масове отруєння людей тощо. До тяжких наслідків невиконання наказу, змістом якого, наприклад, було запобігання найбільш серйозним формам підриву військової дисципліни з боку інших військовослужбовців, є вчинення таких дій, як викрадення зброї, дезертирство тощо.

6.3.4. Кримінальні правопорушення проти порядку проходження військової служби

6.3.4.1. КК передбачає відповідальність за такі види ухилення від військової служби:

- самовільне залишення військової частини або місця служби військовослужбовцем строкової служби тривалістю понад три доби, але не більше місяця (ч. 1 ст. 407);

- нез'явлення військовослужбовця строкової служби вчасно без поважних причин на службу у разі звільнення з частини, призначення або переведення, нез'явлення з відрадження, відпустки або з лікувального закладу тривалістю понад три доби, але не більше місяця (ч. 1 ст. 407);

- самовільне залишення військової частини або місця служби військовослужбовцем (крім строкової служби) тривалістю: а) понад десять днів, але не більше місяця; б) хоч і менше десяти днів, але більше трьох днів, вчинені повторно протягом року (ч. 2 ст. 407);

- нез'явлення військовослужбовця (крім військовослужбовця строкової служби) вчасно на службу без поважних причин тривалістю: а) понад десять днів, але не більше місяця; б) хоч і менше десяти днів, але більше трьох днів, вчинені повторно протягом року (ч. 2 ст. 407);

- самовільне залишення військової частини або місця служби будь-яким військовослужбовцем тривалістю понад один місяць (ч. 3 ст. 407);

- нез'явлення вчасно на службу без поважних причин будь-якого військовослужбовця тривалістю понад один місяць (ч. 3 ст. 407);

- дезертирство, тобто самовільне залишення військової частини або місця служби з метою ухилитися від неї назавжди (ст. 408);

- ухилення військовослужбовця від несення обов'язків військової служби шляхом: а) самокалічення; б) симуляції хвороби; в) підроблення документів; г) іншого обману (ч. 1 ст. 409);

- відмова від несення обов'язків військової служби (ч. 2 ст. 409);

- залишення гинучого військового корабля (ст. 428);

- самовільне залишення поля бою (ст. 429).

Останній із названих злочинів фактично є дублем злочинів, передбачених ст. 407 і ст. 408 КК, якщо вони вчинені в умовах бойової обстановки.

6.3.4.2. Найбільш тяжким із усіх названих злочинів, що вчиняються у мирний час, є **дезертирство**. Воно відрізняється від самовільного залишення військової частини або місця служби (ст. 407 КК) двома моментами:

1) моментом закінчення (дезертирство є закінченням злочином з моменту, коли суб'єкт фактично залишив розташування військової частини чи місця служби, а самовільне залишення – коли він не з'явився в частину чи до місця служби в установленний строк).

Фактичний термін відсутності військовослужбовця в місці служби при дезертирстві може не перевищувати навіть і однієї доби, але це має значення лише для призначення покарання. Тому замах на дезертирство, що може бути притаманним для дезертирства зі зброєю, виданою, скажімо, для несення спеціальної служби, можливий лише у вигляді спроби залишити військову частину (місце служби). Під час дезертирства винний не перестає бути військовослужбовцем. Тому у разі вчинення ним опору військовому начальникові під час його затримання, навіть якщо воно відбувається і після кількох років дезертирства, такий військовослужбовець несе відповідальність і за ст. 404;

2) метою – військовослужбовець має намір ухилитися від військової служби протягом не трьох діб, місяця, двох місяців тощо, тобто не тимчасово, а ухилитися від військової служби взагалі, назавжди.

Фактичними обставинами, які зазвичай вказують на таку мету, можуть бути (часто в сукупності): вчинення військовослужбовцем до моменту дезертирства іншого злочину, за який він притягується чи може бути притягнутий до кримінальної відповідальності, знищення чи викидання ним військової форми і військового квитка, підроблення документів чи придбання підроблених документів і проживання на нелегальному становищі, працевлаштування, створення сім'ї, часта зміна місця проживання, злочинна діяльність під час дезертирства, виїзд за кордон, втеча після затримання, невжиття жодних заходів до повернення у військову частину або до з'явлення у військкомат за наявності можливості для цього тощо.

19 квітня 2011 р. Новоград-Волинський міськрайонний суд Житомирської області засудив за ч. 1 ст. 408 КК О. За обставинами справи 22 грудня 2006 р. він уклав контракт про проходження військової служби у ЗС строком на три роки та згідно з наказом командира військової частини А0409 від 22 грудня 2006 р. був прийнятий на військову службу за контрактом, зарахований до списків особового складу військової частини А0409, та йому присвоєно військове звання «солдат». В період з 4 червня по 13 червня 2007 р. О. знаходився у відпустці за сімейними обставинами. Однак з метою ухилитися від подальшого проходження військової служби він вирішив з відпустки до військової частини А0409 не перебувати та не виконувати свої службові обов'язки. В подальшому, протягом понад три роки він перебував в містах Одеса, Санкт-Петербург, Вінниця, де працював будівельником і вантажником, а також періодично відпочивав. У лютому 2011 р. О. був затриманий у м. Вінниці працівниками міліції».

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 15313264 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

Проте один лише факт тривалого (два і більше місяців) незаконного перебування поза межами місця служби ще не може свідчити про мету ухилитися від військової служби взагалі (наприклад, військовослужбовець, який вчинив необережне вбивство іншого військовослужбовця, переховується від помсти).

Для наявності складу дезертирства не має значення, в який момент у особи виник намір ухилитися від служби – безпосередньо в момент самовільного залишення частини або вже в період незаконного перебування за її межами. Коли військовослужбовець після самовільного залишення частини приймає рішення ухилитися від військової служби, його дії слід кваліфікувати як дезертирство, оскільки будь-яке за способом самовільне залишення частини може бути і способом дезертирства, а отже, поглинається останнім і не утворює множинності злочинів.

Дезертирство є триваючим злочином, тому, зокрема, дія закону про амністію не поширюється на нього, якщо дезертирство закінчено, припинено або перервано після прийняття закону про амністію.

Військовозобов'язаний суб'єктом цього злочину бути не може, оскільки навчальні (перевірні) і спеціальні збори не є видом військової служби (вони є видом виконання військового обов'язку в запасі). Отже, військовозобов'язаний, призваний на відповідні збори, не проходить військову службу і фактично не може ухилитися від неї назавжди.

6.3.4.3. **Ухилення** чи **відмова** від несення обов'язків військової служби відповідно до ст. 409 КК передбачає, на відміну від дезертирства і самовільного залишення військової частини чи місця служби, альтернативу – ухилення чи відмову від несення військової служби: а) взагалі, назавжди; б) протягом певного терміну; в) постійно або тимчасово – у певній військовій частині (підрозділі), на певній території (місцевості), у певному військовому формуванні, роді військ, під час надзвичайного чи воєнного стану, військового конфлікту чи бойової обстановки, в умовах тривалого закордонного відрядження тощо, – а також ухилення чи відмову від несення; г) постійно або тимчасово – окремих обов'язків військової служби (систематичного несення прикордонної, вартової чи інших спеціальних служб, участі у заняттях, походах, польових навчаннях, стрільбах тощо).

Самокалічення – це штучне покалічення самому собі будь-якого органа чи тканини тіла, порушення їхніх функцій, спричинення якого-небудь захворювання або загострення захворювання, яке вже було. Самокалічення має бути суттєвим, тобто таким, що фактично унеможливує постійне або тимчасове несення військовослужбовцем усіх або окремих обов'язків з військової служби. Проте не обов'язково, щоб наслідком самокалічення було визнання військовослужбовця непридатним до військової служби повністю або частково.

Симуляція хвороби полягає в тому, що військовослужбовець, зображуючи певні симптоми чи синдроми, удає із себе хворого, у т.ч. перебільшує захворювання, яке у нього є насправді (агравация хвороби). Можливою є симуляція будь-яких хвороб: хірургічних, нервових, психічних, інфекційних, венеричних, симуляція отруєнь тощо.

Для ухилення від несення обов'язків військової служби шляхом **підроблення документів** військовослужбовець подає командирю (начальнику) підроблений ним або на його прохання (вимогу) іншою особою документ (свідоцтво про народження дитини, документ про припинення громадянства України, телеграму про тяжку хворобу родича тощо).

Додатково кваліфікувати ухилення від військової служби, яке було вчинене з підробленням документів (наприклад, запізнення із відпустки, одержаної за підробленим документом), не потрібно ні за ст. 358, ні за ст. 407. Ухилення від військової служби з підробленням документів і виготовленням військовослужбовцем з такою самою метою підроблених документів для інших військовослужбовців повністю охоплюється ст. 409.

Інший обман як форма ухилення військовослужбовця від військової служби полягає в тому, що військовослужбовець доводить до відома командира (начальника) завідомо неправдиві відомості про певні події чи обставини або свідомо замовчує їх з метою ухилитися від військової служби.

8 листопада 2012 р. Комінтернівський районний суд Одеської області засудив рядового А. за ч. 1 ст. 409 КК України. За обставинами справи А. з 11 жовтня 2011 р. по 11 жовтня 2012 р. проходив строкову військову службу на посаді оператора пункту радіоперехоплення маневреного центру військової частини А3438 в с. Красноселка Одеської області. 28 травня 2012 р. А. згідно з наказом командира військової частини була надана відпустка як заохочення, строком на 5 діб, тобто до 1 червня 2012 р.

30 травня 2012 р., бажаючи ухилитися від несення обов'язків військової служби, А. у співробітників Любашевської центральної районної лікарні Одеської області одержав фіктивну довідку, в яку останніми на прохання А. були внесені завідомо неправдиві відомості про те, що останній нібито перебуває на стаціонарному лікуванні в інфекційному відділенні цієї медичної установи. 1 червня 2012 р. А. у військову частину А3438 не прибув, ухилившись без поважних причин від несення обов'язків військової служби до 22 червня 2012 р., при цьому проводив час на власний розсуд, відпочиваючи від служби за місцем свого проживання. 22 червня 2012 р. А. прибув у військову частину А3438, де надав командуванню військової частини випуску з амбулаторної карти стаціонарного хворого про те, що він нібито перебував на стаціонарному лікуванні.

Таким чином, А., будучи військовослужбовцем строкової служби, у період з 1 по 22 червня 2012 р. вчинив ухилення від несення обов'язків військової служби шляхом підроблення документів та іншого обману – надання фіктивної довідки про нібито перебування на стаціонарному лікуванні.

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 27455718 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

Відмова від несення обов'язків військової служби – найзухваліша форма злочину, передбаченого ст. 409, – полягає в тому, що військово-службовець відкрито, не вдаючись до обману, заявляє про своє небажання нести такі обов'язки та/або фактично припиняє їх виконувати. Тобто зазначена відмова може полягати і в бездіяльності – коли військовослужбовець, хоч і перебуває на території військової частини (у місці служби) (або, якщо він є, наприклад, особою офіцерського складу, систематично з'являється на службу), але демонстративно не виконує обов'язків військової служби, явно ігноруючи встановлений порядок її проходження.

Якщо військовослужбовець відмовляється під час бою діяти зброєю, відповідальність настає за ст. 429, яка містить спеціальний склад відмови від несення обов'язків військової служби.

Ухилення від несення обов'язків військової служби незалежно від того, яким шляхом воно досягнуте, а також відмова від несення таких обов'язків вважаються закінченим злочином з моменту фактичного припинення несення обов'язків військової служби. Тривалість ухилення не має значення для кваліфікації і враховується тільки при призначенні покарання. Одна лише заява про небажання проходити військову службу без конкретних дій (бездіяльності), спрямованих на здійснення зазначеного наміру, не може розглядатися як відмова від несення обов'язків військової служби.

Суб'єктом злочину є тільки військовослужбовець (незалежно від категорії). Проте суб'єктом відмови від несення обов'язків військової служби не можуть бути: курсант – у разі відмови від подальшого навчання у військовому навчальному закладі, особа, яка проходить військову службу за контрактом, чи особа офіцерського складу, яка проходить кадрову військову службу, – у разі небажання її проходити.

Особи, які мають релігійні переконання і належать до діючих відповідно до законодавства релігійних організацій, віровчення яких не допускає користування зброєю (адвентисти-реформісти, адвентисти сьомого дня, євангельські християни, євангельські християни-баптисти, покутники, свідки єгови та деякі інші), зазвичай проходять альтернативну службу і не можуть стати суб'єктами цього злочину. Але в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть бути встановлені окремі обмеження права на альтернативну службу. У цьому разі відмова від несення обов'язків військової служби може бути вчинена й особою, яка, маючи в звичайних умовах право на альтернативну службу, в цих надзвичайних умовах призвана на військову.

6.3.5. Кримінальні правопорушення проти порядку несення спеціальних служб

6.3.5.1. Видами злочинів проти порядку несення спеціальних служб є злочини, передбачені ст.ст. 418–421 КК, – порушення статутних правил: – вартової служби чи патрулювання;

- несення прикордонної служби;
- несення бойового чергування;
- внутрішньої служби.

Спільним для вказаних статей КК є те, що відповідальність за будь-який з цих злочинів настає за умови спричинення порушенням відповідних правил тяжких наслідків.

Відмінність же в основному полягає: а) в змісті правил, які порушуються; б) в спеціальних суб'єктах цих злочинів (ними є виключно особи, які в установленому порядку були призначені для несення відповідної спеціальної служби); в) у тому, що тяжкі наслідки у ст. 419 і ст. 420 мають абстрактний (загальний) характер, у ст. 418 йдеться про тяжкі наслідки, для запобігання яким призначено варту (вахту) чи патрулювання, а у ст. 421 – про тяжкі наслідки, запобігання яким входило в обов'язки особи.

Наприклад, тяжкими наслідками, для запобігання яким призначено варту (вахту), слід вважати випадки викрадення військового майна з об'єктів, що охороняються, його знищення, втрату Бойового Прапора, втечу з гауптвахти заарештованих тощо. Тяжкими наслідками, для запобігання яким призначено патруль, можуть бути визнані випадки масового або грубого порушення порядку серед військовослужбовців у громадських місцях, яким, на порушення своїх обов'язків, не запобіг склад патруля, заподіяння потерпілим тяжких тілесних ушкоджень унаслідок порушення правил застосування патрульними зброї тощо.

Вироком від 6 лютого 2013 р. Ратнівський районний суд Волинської області, яким засуджено за ст. 419 КК молодшого інспектора прикордонної служби I категорії – інструктора кінологічного відділення відділу прикордонної служби «Самари», визнав тяжкими наслідками неналежного виконання підсудним обов'язку з охорони державного кордону в прикордонних нарядах «Огляд транспортних засобів» та «Вартовий біля шлагбаума» те, що через його злочинну недбалість стало можливим переміщення через державний кордон України тютюнових виробів на загальну суму 325 тис. грн., зірвано виконання зміною прикордонних нарядів безпосередньо покладених на неї обов'язків, а також підірвано авторитет ДПрС та держави в цілому в очах її громадян.*

6.3.5.2. Основні **правила вартової служби**, про які йдеться у ст. 418 КК, встановлені Статутом гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України, дія якого поширюється на інші військові формування, створені відповідно до законів. У розвиток статутних правил вартової (вахтової) служби в гарнізонах, у військових частинах (на кораблях) видаються розклад гарнізонних (внутрішніх) варт, схема розміщення постів у кожній варті, відомість наряду варт, табель постів, схема розміщення по-

* Єдиний державний реєстр судових рішень. Рішення № 29192998 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

стів та інструкція начальникові варти, план посилення охорони об'єктів варти, а для варт, які змінюються під час тривоги, крім цього, – документація на випадок оголошення тривоги. Особливості несення вахтової служби, крім того, визначаються Положенням про корабельну службу у Військово-Морських Силах Збройних Сил України, затв. наказом МО від 25 листопада 2003 р. № 415.

Вартою є озброєний підрозділ, відряджений для виконання бойового завдання з метою охорони та оборони військових об'єктів, бойових прапорів та осіб, яких тримають на гауптвахті й у дисциплінарній частині (батальйоні).

Спеціальними видами варти є: а) почесна варта (почесний ескорт); б) варта з охорони та оборони об'єктів, обладнаних технічними засобами охорони, яка здійснюється з чергуванням контрольно-охоронних груп з виставленням або без виставлення чатових на пости; в) варта з охорони озброєння і техніки під час перевезення військ; г) варта з охорони військових вантажів під час перевезення; ґ) **вахта** – особливий вид чергування на кораблях ВМС; д) конвоювання – супроводження засуджених, що утримуються в дисциплінарному батальйоні, а також на гауптвахті.

Порушення статутних правил вартової (вахтової) служби може виявитися, зокрема з боку чатового (озброєного вахтового), у відволіканні від пильної охорони свого поста, залишенні поста, допущенні до поста ближче встановленої відстані сторонніх осіб, відданий зброї стороннім особам тощо.

Основні **правила патрулювання** встановлені Статутом гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України. В їх розвиток військовим комендантом гарнізону складаються і начальником гарнізону затверджуються схеми патрулювання та інструкції патрулям. До інструкції додаються: схема руху патрульних, список осіб, які мають право розпечатувати сховища або бути допущеними до приймання техніки і майна, зразки допусків, зліпки з печаток (відтиски пломб).

Патруль може перебувати у складі гарнізонного або внутрішнього наряду. У складі гарнізонного наряду передбачаються, зокрема, гарнізонні патрулі і патрульні контрольних постів військової інспекції безпеки дорожнього руху.

Патрулювання в гарнізоні призначене для підтримання порядку серед військовослужбовців на вулицях і в громадських місцях, на залізничних станціях (вокзалах), у морських (річкових) портах, аеропортах, а також у прилеглих до гарнізону населених пунктах і організується наказом начальника гарнізону.

Патрулі споряджаються зі складу військових частин гарнізону. При цьому патруль складається із начальника патруля (офіцера, прапорщика (мічмана) або сержанта (старшини) і двох–трьох патрульних (осіб рядового чи сержантського складу). Патрулі можуть бути піші чи на

автотранспорті. Патрулювання проводять протягом доби або лише у певний час дня чи ночі.

Порушення статутних правил патрулювання може полягати, скажімо, з боку начальника патруля – у незатриманні військовослужбовців, які порушують військову дисципліну чи громадський порядок або порушенні встановленого порядку застосування сили до правопорушника.

Суб'єктом злочину у першій його формі є військовослужбовець (військовозобов'язаний під час проходження відповідних зборів), в установленому порядку призначений: начальником варті, вартовим, чатовим, розвідним, помічником начальника варті тощо; у варті при гауптвахті – вивідним чи конвойним; у варті з охорони штабів та установ – вартовим контрольно-пропускних пунктів; на військовому кораблі – вартовим офіцером, командиром вахтового поста тощо.

Суб'єктом злочину у другій формі може бути військовослужбовець (військовозобов'язаний під час проходження зборів) – начальник патруля або патрульний.

Література

- Хавронюк М.І., Дячук С.І., Мельник М.І. Військові злочини: Коментар законодавства / Відп. ред. М.Д. Дрига, В.І. Кравченко. – К.: А.С.К., 2003. – 272 с.
- Грищук В.К., Сенько М.М. Кримінальна відповідальність за самовільне залишення військової частини або місця служби: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2007. – 308 с.

Запитання та завдання

1. Подумайте, за якою статтею КК України має нести відповідальність військовослужбовець, який в службовий час, керуючи власним транспортним засобом, порушив правила безпеки дорожнього руху, що спричинило загибель іншого військовослужбовця? Обґрунтуйте свою відповідь.

2. Чим відрізняються за своїм правовим статусом військовослужбовці від військовозобов'язаних?

3. Проаналізуйте зміст ст.ст. 407, 408, 409, 428 і 429 КК України і дайте відповідь за запитання: які із передбачених цими статтями склади злочинів є загальними, а які – спеціальними та за якими ознаками?

4. Подумайте, які зміни бажано внести до ст.ст. 406, 410, 425–426 КК України з метою їх удосконалення?

Радимо подивитись

- Делай – раз! (СРСР, 1990, режисер Андрій Малюков).
- Караул (СРСР, 1989, режисер Олександр Рогожкін).
- Сто днів до наказу (СРСР, 1990, режисер Хусейн Еркенов).

6.4. Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку

6.4.1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку

6.4.1.1. Усі к.пр., передбачені розділом XX Особливої частини КК, виходячи з їхніх безпосередніх об'єктів можна поділити на **три групи**:

1) злочини проти миру. Це: пропаганда війни; планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни; найманство (ст.ст. 436, 437, 447). Згідно із Законом від 28 січня 2014 р. розділ XX Особливої частини КК доповнено ще однією статтею – ст. 436-1, яка передбачила відповідальність за публічне заперечення чи виправдання злочинів фашизму проти людяності, пропаганду неонацистської ідеології, виготовлення та/або розповсюдження матеріалів, у яких виправдовуються злочини фашистів і їх прибічників;

2) злочини проти безпеки людства: застосування зброї масового знищення; виробництво, придбання, збут та інші дії зі зброєю масового знищення; екоцид; геноцид (ст.ст. 439–442);

3) злочини проти міжнародного правопорядку взагалі: порушення законів та звичаїв війни; посягання на життя представника іноземної держави; злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист; незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала; піратство (ст.ст. 438, 443–446).

Наведена класифікація має дещо умовний характер, оскільки міжнародний правопорядок охоплює собою і порядок, встановлений з метою забезпечення миру на нашій планеті, і порядок, встановлений для забезпечення безпеки людства.

Крім положень розділу XX Особливої частини, міжнародний правопорядок гарантують і положення деяких інших статей КК (наприклад, ч. 2 ст. 338 – публічна наруга над прапором чи гербом іноземної держави; ст. 339 – незаконне підняття Державного Прапора України на річковому або морському судні; ст. 285 – неповідомлення капітаном назви свого судна при зіткненні суден на морі).

Починаючи з 2002 р. за статтями розділу XX Особливої частини КК в Україні було засуджено лише одну особу – за ч. 2 ст. 444.

6.4.1.2. У відповідних розділах (главах) КК різних держав зустрічається найбільше «трансформованих описів деліктів» (як їх назвав М. Хрунхаузен*) – національних норм, описи яких запозичені із міжнародних

* Хрунхаузен М. Некоторые основы и главные принципы Нидерландского Уголовного кодекса / В кн.: Уголовный кодекс Голландии. – СПб., 2002. – С. 32–33.

і наднаціональних договорів, згідно з якими відповідні держави зобов'язалися забезпечити кримінальне переслідування за певні діяння. Тому ці розділи різних КК, в яких імплементовано положення відповідних конвенцій та інших міжнародних актів, найбільше схожі між собою. До вказаних міжнародних актів насамперед треба віднести ті, що визначають міжнародні злочини, а також ті, що передбачають відповідальність за злочинні діяння, які посягають на стабільність міжнародних відносин.

Поступово все більше європейських держав визнають юрисдикцію Міжнародного кримінального суду, і відповідно з їх національних кримінальних кодексів положення про відповідальність за міжнародні злочини (злочини проти миру та безпеки людства, воєнні злочини, геноцид тощо) зникають. Утім, це не можна визнати тенденцією, притаманною для усіх держав.

КК деяких держав, які визнали юрисдикцію Міжнародного кримінального суду, практично дублюють його положення. Наприклад, це стосується КК Іспанії, в якому розділ XXIV «Злочини проти міжнародної спільноти» згідно з Законом від 25 листопада 2003 р. № 15 було доповнено главою II-bis «Злочини проти людства» (ст. 607-bis), а також ст.ст. 614-bis, 615-bis і 616-bis.

Склади агресії, геноциду, військових злочинів сформульовані у КК ФРН (§ 80–80-а, 220-а «Міжнародний кримінальний кодекс ФРН»), Франції (глава I розділу I книги II), Іспанії (розділ XXIV), Росії (глава 34) та інших держав романо-германської правової сім'ї в силу прямої вказівки відповідних актів міжнародного права.

6.4.1.3. Можна відзначити дві особливості злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, які відрізняють їх від інших злочинів.

Перша з них полягає у тому, що ці злочини безпосередньо пов'язані з сучасним міжнародним кримінальним правом як галуззю міжнародного публічного права. Тому при їх кваліфікації, з'ясовуючи зміст відповідних статей цього розділу, необхідно звертатися до відповідних міжнародних актів: Статуту Міжнародного військового трибуналу (1945 р.), яким були передбачені злочини проти миру (планування, підготовка, розв'язування чи ведення агресивної війни), проти людяності (жорстоке поводження з цивільним населенням, геноцид тощо), воєнні злочини (порушення законів та звичаїв війни); Женевських конвенцій (1949 р.) про поводження з військовополоненими, про поліпшення долі поранених і хворих в діючих арміях, про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які потерпіли аварію на кораблі, із складу збройних сил на морі, про захист цивільного населення під час війни; Додаткових протоколів до Женевських конвенцій: Протокол I, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (1977 р.) і Протокол II, що стосується захисту жертв збройних конфліктів немежна-

родного характеру (1977 р.); статутів міжнародних трибуналів по Югославії (1993 р.) і по Руанді (1994 р.), Римського статуту Міжнародного кримінального суду (1998 р.) і багатьох інших.

Друга особливість – це те, що необережних злочинів серед злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку немає; із суб'єктивної сторони усі вони характеризуються умислом, а саме прямим умислом. Останнє зумовлюється, зокрема, і тим, що для злочинів, передбачених ст.ст. 436, 442, 443, 444, 446, 447 КК, обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони є спеціальна *мета*.

6.4.2. Кримінальні правопорушення проти миру

6.4.2.1. Зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальноvizначеними принципами і нормами міжнародного права. Одним із таких принципів є відмова від війни як засобу вирішення спірних питань міжнародної політики. Варто згадати, що Договір про відмову від війни як знаряддя національної політики («Пакт Бріана – Келлога») був прийнятий ще 27 серпня 1928 р., і вже за десять днів, 6 вересня, до нього приєднався СРСР.

Відтоді Україна, як й інші держави – учасниці відповідних міжнародних угод, засуджує звернення до війни як засобу врегулювання міжнародних суперечок і відмовляється у своїх взаємовідносинах з іншими державами від війни як знаряддя національної політики.

6.4.2.2. **Пропаганда війни**, передбачена ст. 436 КК, з об'єктивної сторони характеризується діями у таких формах:

1) публічні заклики до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту. **Публічні заклики** передбачають хоча б одне відкрите звернення до невизначеного, але значного кола осіб, в якому висловлюються ідеї, погляди чи вимоги, спрямовані на те, щоб шляхом поширення їх серед населення чи його окремих категорій (представників влади, військовослужбовців тощо) схилити певну кількість осіб до певних дій. Публічність є оціночною ознакою, і питання про наявність її має вирішуватися в кожному конкретному випадку з урахуванням часу, місця, обстановки здійснення закликів тощо. Наприклад, публічними завжди є заклики, зроблені під час демонстрацій, мітингів, інших подібних заходів. **Агресивна війна** і **воєнний конфлікт** є видами актів агресії, які різняться між собою, зокрема, масштабами дій, і передбачають застосування державою чи від її імені збройних сил першою проти суверенітету, територіальної недоторканності або політичної незалежності іншої держави чи нації (див. про це: Визначення агресії. Резолюція XXIX сесії Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1974 р.);

2) виготовлення матеріалів із закликами до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту. **Матеріали** – письмові чи зафіксовані на іншому носіїві інформації (дискеті, аудіо- чи відеокasetі) звернення, листівки, плакати, газети, журнали тощо – тут виступають засобами вчинення злочину;

3) розповсюдження таких матеріалів – дії, метою яких є доведення змісту відповідних матеріалів до відома багатьох людей (невизначеної їх кількості або певного кола). Розповсюдження матеріалів є закінченим злочином з моменту, коли хоча б частина вказаних підготовлених матеріалів потрапила до адресатів.

Оскільки цей злочин є міжнародним, а об'єктом його є мир у всьому світі, особа має нести відповідальність за ст. 436 за пропаганду агресивної війни або воєнного конфлікту як між Україною та іншою державою, так і між третіми державами.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом. При цьому винний бажає нав'язати певному колу осіб думку про необхідність агресивної війни чи розв'язування воєнного конфлікту. Не обов'язково, щоб винний сам вважав агресивну війну чи розв'язування воєнного конфлікту необхідними: він може, наприклад, діяти з корисливим мотивом (з метою отримати матеріальну винагороду за свою пропагандистську діяльність, одержати державне замовлення на виробництво зброї тощо), або з метою перешкодити процесу укладення договору про дружбу та співробітництво з іншою державою, із помсти певним державним діячам.

6.4.3. Кримінальні правопорушення проти безпеки людства

6.4.3.1. Найбільш небезпечним серед злочинів проти безпеки людства в Україні визнається злочин **геноциду**. Конвенція про запобігання злочинів геноцид та покарання за нього від 9 грудня 1948 р. ратифікована Українською РСР ще 22 липня 1954 р.

Безпосереднім об'єктом геноциду є безпека існування національних, етнічних, расових та релігійних груп. Потерпілими від цього злочину можуть бути тільки члени національної, етнічної, расової чи релігійної групи, на знищення якої спрямоване діяння винних осіб. До найнебезпечніших сучасних форм дискримінації належать расизм, антисемітизм, нетерпимість стосовно арабів, мусульман, циган, негрофобія, ксенофобія (ворожість до будь-яких іноземців). Видом геноциду є апартеїд – обмеження прав громадян за расовою ознакою.

Національні, етнічні й расові групи – це стійкі соціальні групи (спільноти) людей (людства), які склались історично.

При цьому для **расової групи** (раси) притаманні спільність фізичних ознак, що наслідуються (колір шкіри, волосся та очей, форма черепа, зріст тощо), обумовлених спільністю походження і початкового розселення; для **національної групи** (нації) – спільна територія, економічні

зв'язки, своя мова, відмітні особливості побуту, культури і духовності; для **етнічної групи** (етносу) – єдність культури і духовності, особливості побуту, звичаїв. Етнічна група становить собою плем'я, народність, народ, і для неї можуть не бути притаманними ознаки, що є визначальними для національної групи (наприклад, євреї тривалий час не мали спільної території, не були пов'язані між собою економічно, багато із них не володіли своєю мовою).

Релігійна (конфесійна) група – це група людей, для якої спільною є сукупність духовних уявлень про надприродні (для відповідного рівня розвитку науки) сили та істоти, яким ця група поклоняється.

Вчинення діянь, зовні схожих на геноцид, стосовно релігійних груп, які заборонені в Україні у зв'язку з тим, що їхня діяльність порушує права і свободи інших людей, створює напругу в суспільстві і тому не має перебувати під охороною закону (наприклад, так звані сатаністи, «Біле братство» або «Аум синрике»), не створює злочину, передбаченого ст. 442 КК.

6.4.3.2. З об'єктивної сторони злочин дістає вияв у таких **формах**:

- 1) позбавлення життя членів національної, етнічної, расової чи релігійної групи;
- 2) заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень;
- 3) створення для національної, етнічної, расової чи релігійної групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення;
- 4) скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі;
- 5) насильницька передача дітей з однієї національної, етнічної, расової чи релігійної групи в іншу (ч. 1 ст. 442);
- 6) публічні заклики до вчинення перелічених дій;
- 7) виготовлення матеріалів із закликами до вчинення перелічених дій;
- 8) розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення перелічених дій (ч. 2 ст. 442).

Створення для певної групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення передбачає, наприклад, економічну блокаду групи та позбавлення її реальної можливості забезпечувати для себе достатнє харчування і медичне забезпечення, заборону існування групи за межами невеликої території резервації чи гетто, експропріація землі, що належить групі або її членам, примусове переміщення населення з місця його споконвічного проживання, насильницьке переселення (депортацію) в місцевість, несприятливу для проживання людей взагалі або для представників цієї групи зокрема, штучне створення складних екологічних умов, поширення епідемій тощо.

Найбільш яскравими проявами геноциду у цій формі в історії України були масова депортація населення у віддалені регіони СРСР у 1929–1931 рр. і голодомор 1932–1933 рр.

Голод 1920–1921 рр., спричинений, зокрема, «продразв'яорсткой» 1918–1921 рр., забрав в Україні щонайменше 250 тис. людських життів, голод 1946–1947 рр., основною причиною якого знову було «викачування» хліба із села, що збіглося з небаченою засухою, – ще понад 100 тис., а голодомор 1932–1933 рр. – майже 4 млн українських селян. Ще 120 тис. було страчено в часи політичного терору 1937–1938 рр., а 500 тис. загинуло в таборах ГУЛАГу.*

Якби не політичний терор, голодомор тощо, населення України могло би бути принаймні удвічі більшим (лише внаслідок голодомору 1932–1933 рр. втрати у частині ненароджених становлять, за оцінками експертів, понад 6 млн осіб). Поза сумніву, не будь геноциду, представники Українського народу сьогодні були б набагато міцнішими фізично, психічно та інтелектуально.

Скорочення дітонародження чи запобігання йому може відбуватися шляхом застосування методів генної інженерії, примусової стерилізації, насильницької контрацепції, примушування жінок до вчинення абортів, незаконного позбавлення волі чоловіків групи або створення умов для окремого проживання чоловіків та жінок, заборони шлюбів між членами однієї расової, етнічної чи національної групи, кастрація тощо.

Насильницька передача дітей з однієї групи в іншу передбачає передачу їх із однієї національної в іншу національну, із однієї етнічної в іншу етнічну, із однієї расової в іншу расову, із однієї релігійної в іншу релігійну групу. Метою цієї передачі зазвичай є стирання із пам'яті дитини інформації, що ідентифікує її у власному уявленні як члена певної групи з подальшим біологічним розчиненням її нащадків серед представників іншої групи.

Прояви етноциду – національно-культурного (духовного) геноциду – пропаганда расової, національної, етнічної, релігійної винятковості або нетерпимості, наруга над певними історичними та культурними реліквіями, заборона відзначення національних свят чи відправлення релігійних культів, знищення або пошкодження культурних цінностей якої-небудь групи, організоване асимілювання національних меншин, спрямоване на поступове зменшення корінного населення, діяння, спрямовані на знищення мови, національної самосвідомості, та інші подібні діяння кваліфікуються за ст. 161 як порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії.

Суб'єкт геноциду загальний. Не має значення, чи вчинено його представником так званої титульної нації або національної меншини, європейської раси або негроїдної, віруючим або атеїстом. Так само не

* Дані взято з: Каппелер А. Історична спадщина України / Українські метаморфози. Політика. Економіка. Суспільство: Зб. статей / Пер. з нім. – К.: К.І.С., 2010. – 240 с. (С. 34–36); Омельченко Г., Сабалдир В. Чи варто ділити пиріг Перемоги? // Голос України. – 2011. – 6 травня; <http://uk.wikipedia.org>

має значення, чи належать суб'єкт злочину і потерпілі до однієї раси, національності, етносу, конфесії.

З суб'єктивної сторони злочин характеризується прямим умислом. Спеціальною ознакою геноциду у перших його п'яти формах є мета – повне або часткове знищення будь-якої національної, етнічної, расової або релігійної групи. Тому дискримінаційні дії, що позбавляють представників певної групи можливості повністю використовувати свої права і свободи – право на свободу пересування, на підприємницьку діяльність, на судовий захист, на охорону здоров'я, на освіту, на користування рідною мовою, на розвиток національних культурних традицій, на створення культурних і навчальних закладів національних меншин, на участь у діяльності міжнародних неурядових організацій тощо, – але не спрямовані на знищення цієї групи, кваліфікуються за ст. 161 КК. Метою виготовлення матеріалів із закликами до геноциду є їх розповсюдження. Для таких форм злочину, як публічні заклики до геноциду і розповсюдження матеріалів із закликами до геноциду, мета не є обов'язковою ознакою складу.

Ніякі строки давності не застосовуються до геноциду, незалежно від часу його вчинення (ст. 1 Конвенції про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства від 26 листопада 1968 р., ратифікованої УРСР 25 березня 1969 р.).

6.4.3.3. Законом від 28 листопада 2006 р. голодомор 1932–1933 рр. в Україні визнано геноцидом Українського народу. У 2007 і наступних роках було кілька спроб встановити кримінальну та адміністративну відповідальність за **заперечення голодомору**. Проте підтримки у ВР ці спроби не знайшли. Очевидно, це трапилось тому, що превалює підхід, згідно з яким «встановлення кримінальної відповідальності за публічне висловлення певних думок чи переконань вважається прийнятним лише у тих випадках, коли такі висловлювання спрямовані на розпалювання національної, релігійної, етнічної чи іншої ворожнечі та конфліктів у суспільстві або зроблені в образливій формі. Однак історико-політичні оцінки навіть такої трагічної події, як Голодомор (зокрема, і щодо того, слід чи не слід вважати Голодомор геноцидом українського народу), якщо вони зроблені у коректній формі, не можуть розцінюватись як дії, що спрямовані на розпалювання ворожнечі чи на образу почуттів людей. А тому встановлення кримінальної відповідальності за просте заперечення офіційної оцінки цієї події виглядає відходом від усталених традиційних уявлень про вільне, демократичне та цивілізоване суспільство»^{*}.

^{*} Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України» (щодо відповідальності за публічне заперечення факту Голодомору 1932–1933 років як геноциду українського народу) (реєстр. № 1427 від 24 січня 2008 р.) // http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=31473

Між тим, в багатьох державах злочином вважається факт заперечення вчинених раніше злочинів проти людяності (Австрія, Бельгія, Канада, Ліхтенштейн, Люксембург, Польща, Португалія, Румунія, Словенія, Угорщина, Франція, ФРН, Чехія, Швейцарія), зокрема Голокосту (Ізраїль, Литва).

Наприклад, в Австрії (§ 3 Verbotsgesetz, 1947) і ФРН (§ 130 КК) кримінально караними діями є публічне заперечення, применшення, схвалення або виправдання злочинів націонал-соціалізму, в Бельгії (ст. 1 Negationism Law, 1995) – заперечення або надзвичайне применшення, намагання виправдати або схвалення геноциду німецького націонал-соціалістичного режиму під час Другої світової війни, в Угорщині (закон 2010 р.) – заперечення Голокосту, а також заперечення геноциду, що здійснювався націонал-соціалістичними чи комуністичними системами або інших злочинів проти людяності, в Чехії (§ 261-а КК, з 2001 р.) – публічне заперечення, поставлення під сумнів, схвалення або намагання виправдати нацистський чи комуністичний геноцид або інші злочини нацистів чи комуністів, в Ізраїлі – заперечення, применшення, схвалення або виправдання злочинів нацистського режиму проти єврейського народу або проти людяності (закон 1986 р.), у Франції – заперечення злочинів проти людяності, установлених вироком Нюрнберзького трибуналу (закон 1990 р.), а у Люксембурзі – заперечення, применшення або виправдання злочинів нацистського режиму чи фактів геноциду, визнаних люксембурзькими чи міжнародними судами або іншими владними органами (ст. 457-3 КК).

Лише протягом кількох останніх років в різних країнах за ці злочини було засуджено до ув'язнення та/або штрафу понад двадцять осіб: політик Жан-Марі Ле Пен – у Франції і ФРН (за виправдання гестапо і заперечення злочинів проти людяності), французький письменник Робер Фаріссон – у Франції (за заперечення того факту, що фашисти в Освенцимі вбивали людей в газових камерах), британський єпископ Ричард Вільямсон (за заперечення Голокосту в своєму інтерв'ю шведському телебаченню), австрійський письменник Герд Хрнзик – в Австрії (за заперечення Голокосту і пропаганду нацизму).

В інших державах, навпаки, злочинами намагаються визнати заперечення військової слави цих держав. Так, 7 травня 2014 р. набрала чинності ст. 354.1 КК Росії «Реабілітація нацизму». Нею передбачено відповідальність не лише за публічне заперечення фактів, установлених вироком Міжнародного військового трибуналу для суду і покарання головних військових злочинців європейських країн (Нюрнберзького трибуналу) і схвалення злочинів, установлених зазначеним вироком, а й за публічне поширення завідомо неправдивих відомостей про діяльність СРСР у роки Другої світової війни, поширення відомостей, що виражають явну неповагу до днів військової слави й пам'ятних дат Росії, пов'язаних із захистом Батьківщини, а також за осквернення символів

військової слави Росії. Цей закон експерти оцінили як спрямований на обмеження свободи слова, зокрема історичної дискусії.

Так само тільки хвалити владу дозволено у В'єтнамі. Там у вересні 2013 р. набув чинності так званий Декрет 72, що забороняє користувачам Інтернету публікувати в соціальних мережах критичну щодо діючого уряду інформацію. Пряма антидержавна пропаганда карається тюремним ув'язненням на строк до 20 років. Використовувати соцмережі у В'єтнамі дозволено лише для листування.*

6.4.4. Кримінальні правопорушення проти міжнародного правопорядку взагалі

6.4.4.1. Надмірна жорстокість у війні, грубе нехтування її законами і звичаями викликає лише відповідну і ще більшу жорстокість другої сторони, відстрочення спроб вирішити конфлікт мирними засобами.

Тому неабиякого значення під час можливої війни набуває дотримання сторонами зазначених законів та звичаїв: це не тільки свідчить про прихильність до загально визнаних принципів права, а й у випадку вступу у зовнішню війну або виникнення внутрішнього конфлікту дає змогу вести їх з мінімальними втратами та жертвами і завершити швидше. У сучасних умовах основне завдання збройних сил у випадку виникнення війни – утримувати конфлікт у первинних рамках, щоб не допустити його ескалації, проводити конфлікт раціонально, фахово, з дотриманням оперативних принципів, що не виходять за межі права війни.

Основним безпосереднім об'єктом злочину є встановлений відповідними міжнародними актами порядок ведення війни. Його додатковим обов'язковим об'єктом, залежно від форми злочину, є життя та здоров'я особи, власність, а додатковим факультативним об'єктом може бути життя особи.

З об'єктивної сторони злочин характеризується переважно діями; в окремих випадках закони і звичаї війни можуть порушуватися шляхом бездіяльності. **Формами** цього злочину є:

- 1) жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням;
- 2) вигнання цивільного населення для примусових робіт;
- 3) розграбування національних цінностей на окупованій території;
- 4) застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом;
- 5) інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВР;
- 6) віддання наказу про вчинення таких дій.

* У В'єтнамі за критику влади в Інтернеті доведеться заплатити 100 млн // http://dt.ua/WORLD/u-v-yetnami-za-kritiku-vladi-v-interneti-dovedetsya-zaplatiti-100-mln-132736_.html

Відповідні міжнародні акти містять норми, які забороняють: убивати чи ранили ворога, який здався; застосовувати щодо цивільного населення та військовополонених тортури, мордування, образливе, принижуюче поводження, взяття заручників, інші акти насильства, що мають на меті тероризувати цивільне населення; піддавати військовополонених науковим чи медичним дослідженням, які не виправдовуються їхнім лікуванням та інтересами, тощо. Усі подібні дії, вчинені щодо військовополонених або цивільного населення, мають визнаватися жорстоким поводженням.

Військовополоненим є така, що потрапила під владу військового супротивника, особа, яка належить до: особового складу збройних сил сторони, що перебуває у конфлікті, особового складу ополчення і добровільних загонів, що належать до складу цих збройних сил, осіб, що слідує за збройними силами, але не належать до їхнього складу, а так само до інших категорій, визначених у частині А ст. 4 Конвенції про поводження з військовополоненими та в ст. 44 Додаткового протоколу I до Женевських конвенцій. Військовополоненим особа є з моменту потрапляння під владу військового супротивника і до моменту її остаточного звільнення та репатріації.

Цивільне населення складається зі всіх осіб, які є цивільними особами. До них належать будь-які особи, за винятком тих, що зазначені у ст. 4 (А.1, А.2, А.3, А.6) Женевської конвенції про поводження з військовополоненими і в ст. 43 Додаткового протоколу I до Женевських конвенцій, тобто за винятком особового складу: а) збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті (комбатантів); б) ополчень і добровольчих загонів, що належать до цих збройних сил; в) інших ополчень і добровольчих загонів, які очолює особа, відповідальна за своїх підлеглих, які мають певний і ясно видимий здалеку відмінний знак, відкрито носять зброю і дотримуються у своїх діях законів та звичаїв війни; г) регулярних збройних сил, які вважають себе підлеглими уряду чи владі, що не визнається іншою державою; г) а також населення неокупованої території, яке під час наближення ворога стихійно за власним почином береться за зброю для боротьби з військами, що вторгаються, за умови, що воно відкрито носить зброю і дотримується у своїх діях законів та звичаїв війни.

Примусові роботи – це такі, під час яких цивільне населення без його добровільної згоди примушується брати участь у військових операціях, роботи, які виконуються за межами окупованої території, де перебуває це населення, що не оплачуються чи оплачуються несправедливо, які явно не відповідають фізичним чи інтелектуальним здатностям працівників, до яких залучаються особи, що не досягли 18-річного віку, а так само роботи, пов'язані з мобілізацією працівників в організацію, що має військовий чи напіввійськовий характер.

Проте Конвенцією про захист цивільних осіб під час війни прямо дозволяється примусове направлення цивільних осіб, які досягли 18-річного віку, для виконання робіт, пов'язаних з комунальними підприємствами, харчуванням, житлом, одягом, транспортом і здоров'ям населення зайнятої місцевості, а також необхідних для потреб окупаційної армії (наприклад, робіт зі спорудження оборонних рубежів противника). До примусових не належать також роботи, виконання яких зазвичай вимагається під час ув'язнення, призначеного відповідно до встановленої законом процедури, а також інші роботи, перелічені у ст. 4 ЄКПЛ.

Міжнародні акти прямо забороняють захоплювати власність ворога, крім випадків воєнної необхідності, віддавати на пограбування міста і місцевості, розграбовувати громадську чи приватну власність. Під **розграбуванням національних цінностей на окупованій території** слід розуміти примусове вилучення таких цінностей із музеїв, інших приміщень та сховищ, із житла чи іншого володіння фізичних осіб та вивезення їх за межі окупованої території з метою повернення у власність іншої держави або окремих осіб. До **національних цінностей як предмета** цієї форми злочину належить будь-яка власність, що є загальнонаціональною, державною або власністю окремих юридичних та фізичних осіб, і щодо якої державою встановлено особливий охоронний режим, у т.ч. культурні цінності (пам'ятники архітектури, мистецтва, історії тощо).

Застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, означає:

– застосування під час війни та збройних конфліктів окремих видів зброї: деяких видів наземних і підводних мін, куль і розривних снарядів, мін-пасток, запалювальної та лазерної зброї, що осліплює; бактеріологічної (біологічної) зброї і токсинів; нейтронної зброї; будь-якої зброї, що ранив осколками, які не можна виявити в тілі за допомогою рентгенівського опромінення; задушливих, отруйних та інших газів і рідин;

– використання як зброї штучно викликаних явищ природи (землетрусів, цунамі тощо);

– використання присутності чи пересування цивільного населення для захисту певних пунктів чи районів від військових дій, або використання голоду серед цивільного населення; оголошення про те, що нікому не буде дано пощади;

– бомбардування незахищених міст, сіл, осель і будівель, інших споруджень і засобів транспорту, що використовуються виключно цивільним населенням; бомбардування госпіталів та інших місць та будівель, де зібрані хворі і поранені, якщо ці місця та будівлі позначені помітними знаками та не слугують одночасно військовим потребам; затоплення торговельних суден, які не відмовляються зупинитися та не вчиняють опору при огляді та обшуку;

– піддавання нападу гребель та дамб, нафтопромислів та супертанкерів, атомних електростанцій та інших об'єктів, що містять небезпечні сили, об'єктів, необхідних для виживання цивільного населення (запасів продуктів харчування, посівів, споруджень для постачання питної води тощо).

До **інших порушень законів та звичаїв війни** можна віднести примушування підданих ворога брати участь у військових діях, спрямованих проти їх країн; порушення недоторканності парламентарів; порушення договору про перемир'я; взяття в полон представників санітарного складу, священнослужителів та деяких інших категорій осіб, які користуються спеціальним захистом; незаконне користування парламентськими чи національними прапорами, військовими відзнаками і форменим одягом ворога, знищення культурних цінностей та споруд, головним призначенням яких є збереження цих цінностей (музеї, бібліотеки, архіви) тощо.

Проте такий вид порушення законів і звичаїв війни, як застосування забороненої зброї масового знищення, кваліфікується за ст. 439, а в разі, якщо воно поєднане з умисним вбивством, – за ч. 2 ст. 438 і ч. 2 ст. 439 КК.

Зазначені закони і звичаї війни мають бути передбачені міжнародними договорами, що мають юридичну силу для України, тобто чинними міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВР. За ст. 438 не може настати відповідальність за порушення звичаю війни, який не отримав юридичного закріплення у відповідному міжнародному договорі.

Важливо, що у Протоколі II до Женевських конвенцій 1949 р. йдеться про гуманітарний захист жертв збройних конфліктів внутрішнього характеру, зокрема той, що розпочався навесні 2014 р. на Донбасі. Під час такого роду конфліктів комбатанти мають відповідні відзнаки і відкрито носять зброю, мають можливість і зобов'язані дотримуватися принципів і норм гуманітарного права та застосовувати їх до комбатантів і цивільного населення. Зокрема, з особами, які не беруть безпосередньої участі або перестали її брати у воєнних діях, сторони зобов'язані поводитися гуманно, заборонено посягання на їх здоров'я і життя, інше жорстоке поводження. Особливий захист надано дітям (ст. 4). Будь-які кримінальні переслідування, пов'язані зі збройним конфліктом, можуть здійснюватися на основі вироку суду при забезпеченні останнім гарантій незалежності та неупередженості (ст. 6). Цивільні особи не повинні бути об'єктами нападу; заборонено акти насильства або погроза ними з метою тероризування цивільного населення (ст. 7); захистом користуються поранені і хворі, незалежно від їх участі у збройному конфлікті (ст. 8), медперсонал (ст.ст. 10–12).

Під **відданням наказу** про вчинення передбачених ч. 1 ст. 438 дій слід розуміти пряму, обов'язкову для виконання вимогу про вчинення підлеглими певних дій по службі, відповідно до яких вони повинні

жорстоко поводитися з військовополоненими або цивільним населенням, виганяти цивільне населення для примусових робіт, розграбовувати національні цінності на окупованій території, застосовувати засоби ведення війни, заборонені міжнародним правом, вчиняти інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВР.

Суб'єкт злочину в перших п'яти його формах загальний, а в шостій формі – спеціальний – особа, яка за своїми повноваженнями може віддавати накази, що стосуються права війни; такі накази про ті чи інші порушення законів та звичаїв війни можуть віддаватися не тільки військовим, а й політичним керівництвом держави або керівниками незаконних збройних формувань.

6.4.4.2. Надзвичайна небезпека піратських дій зумовила той факт, що пірати вже за римським правом вважались ворогами людського роду (*hostis humani generis*), а **піратство** ще до прийняття Женевської конвенції про відкрите море від 29 квітня 1958 р. (ратифікована СРСР 20 жовтня 1960 р.) визнано злочином за міжнародним звичаєвим правом. Морський розбій у всі часи дезорганізовував торгівлю та інші економічні зв'язки між державами, від рук піратів загинули або постраждали іншим чином значна кількість людей.

Останніми роками значно активізувались сомалійські та інші пірати.

Відповідно до ст. 446 КК потерпілими від піратства можуть бути тільки члени екіпажу або пасажери морського чи річкового судна. Не виключається, що потерпілими від піратства можуть бути члени екіпажу або пасажери військового корабля.

Під зазначеним **судном**, яке в ситуації його захоплення є предметом злочину, треба розуміти морський чи річковий транспортний засіб будь-якого типу, не закріплений постійно на морському (річковому) дні, в тому числі судна з динамічним принципом підтримання, підводні апарати та інші плавучі засоби. Це не обов'язково має бути судно торговельного флоту – ним може бути й судно спеціальної державної служби (митної, санітарної тощо) або плавуча споруда, що використовується для морського промислу, розвідки і добування корисних копалин, рятування людей, захисту моря від забруднення, буксирування, здійснення гідротехнічних робіт, для наукових, навчальних, спортивних чи інших цілей, не пов'язаних безпосередньо з перевезенням пасажирів і вантажів, у т.ч. маломірне судно аматорської конструкції (катер, човен, яхта).

З об'єктивної сторони піратство полягає у використанні озброєного чи неозброєного судна для:

1) захоплення іншого морського чи річкового судна. Судно може бути захоплене для його подальшого використання як піратського, для транспортування вантажу тощо або лише для полегшення вчи-

нення дій, пов'язаних із застосуванням насильства щодо екіпажу чи пасажирів, для пограбування останніх чи вчинення щодо них інших ворожих дій;

2) застосування насильства щодо екіпажу чи пасажирів іншого морського чи річкового судна;

3) пограбування екіпажу чи пасажирів іншого морського чи річкового судна;

4) інших ворожих дій щодо екіпажу чи пасажирів такого судна. Це може бути обстріл, підпалювання, затоплення, садіння на міліну, руйнування судна іншим чином, знищення або пошкодження морського навігаційного обладнання чи вантажу, встановлення на судні пристроїв або речовин, які можуть знищити це судно, завдати йому чи вантажу збитків або створити загрозу безпеці плавання цього судна, незаконне позбавлення волі членів екіпажу та пасажирів, взяття їх як заручників або залучення їх до примусових робіт, здійснення контролю над судном шляхом залякування, створення загрози безпечному плаванню шляхом повідомлення завідомо брехливих відомостей тощо.

Обов'язковою ознакою піратства є місце його вчинення. Піратство може бути вчинене лише у відкритому морі або в іншому місці за межами територіальної юрисдикції будь-якої держави (певні річкові судна також можуть вийти у відкрите море). У даному випадку не має правового значення той факт, що територія судна, яке перебуває у відкритому морі, *de-jure* прирівнюється до території держави.

Згідно з Конвенцією з морського права від 10 грудня 1982 р. (ратифікована Україною 3 червня 1999 р.) судно є **піратським**, якщо особи, які мають над ним владу, виявили намір вчинити будь-яку з дій, визначених у Конвенції як піратські. Це стосується також судна, яким користувались для вчинення таких дій доти, доки воно залишається під владою осіб, винних у цих діях. Проте власне факт плавання у відкритому морі без прапора або з піратським прапором ще не дає підстав для визнання судна піратським.

Взагалі піратство є закінченим злочином з моменту початку здійснення нападу на морське чи річкове судно, коли створюється небезпека для морського судноплавства.

Суб'єкт злочину спеціальний. Це особа зі складу екіпажу (капітан, інші особи командного складу і суднової команди) чи пасажир будь-якого приватного або прирівняного до нього морського чи річкового судна, у т.ч. катера або човна.

Суб'єктивна сторона піратства характеризується прямим умислом, а також спеціальною метою – одержання матеріальної винагороди або іншої особистої вигоди. Під матеріальною винагородою слід розуміти плату, яку отримує пірат за участь у піратських діях, у т.ч. як трофеї, а під іншою особистою вигодою – вигоду матеріального характеру, що не є грошовою чи іншою матеріальною винагородою (наприклад, одер-

жання права на судно чи будь-яке інше майно). Мотив піратства корисливий. Психічне ставлення винної особи до загибелі людей або інших тяжких наслідків характеризується необережністю.

6.4.5. Проблема криміналізації окремих діянь, що посягають на відносини з іноземними державами та міжнародними організаціями

6.4.5.1. Кримінальними кодексами багатьох держав передбачено кримінальну відповідальність за діяння, як в Україні взагалі не криміналізовані або не вважаються згідно з КК злочинами, що посягають на міжнародний правопорядок в частині підтримання нормальних відносин з іноземними державами та міжнародними організаціями.

Між тим, такі відносини є вельми цінними в контексті міжнародного економічного, культурного та іншого співробітництва, боротьби зі злочинністю, а тому небезпечне посягання на них може бути криміналізованим. Йдеться, зокрема, про такі **ворожі дії стосовно інших держав та міжнародних організацій**:

- образа іноземної держави або міжнародної організації;
- заклик до вчинення злочину проти іноземної держави чи міжнародної організації;
- розвідувальна діяльність в інтересах третьої держави;
- інші ворожі дії.

КК іноземних держав передбачають, зокрема, такі к.пр. у цій сфері: образа іноземної держави або міжнародної організації (ст. 227, яка міститься в розділі VI «Злочини, що посягають на відносини з іншими державами» Спеціальної частини КК Албанії), образа органів чи представників іноземних держав (§ 103 – розділ 3 Особливої частини «Злочинні діяння проти іноземних держав» КК ФРН), образа іноземної держави або міжнародної організації (ст.ст. 296, 297 – Книга 2, розділ 16 «Порушення відносин з іноземними державами» КК Швейцарії), образа представника іноземної держави (ст. 335 – глава I «Злочини проти республіки» розділу 4 Особливої частини КК Сан-Марино), посягання на честь глави іноземної держави (ст. 297 КК Італії).

Суміжними з ними діяннями є наруга над офіційними символами іноземних держав і міжнародних організацій (ст. 249 КК Естонії, яка включена до його розділу 3 «Винні діяння проти іноземних держав і міжнародних організацій» глави 15 «Винні діяння проти держави»), образа гімну, гербу і прапора іноземних держав і визнаних міжнародних організацій (ст. 229 КК Албанії), пошкодження державних символів іноземних держав (§ 104 КК ФРН), дискредитація символів іноземної держави (§ 317 КК ФРН), напад на символи державного суверенітету іноземної держави (ст. 298 КК Швейцарії), наруга над державними символами іноземної держави (ст. 299 КК Італії). Отже, кримінальна відповідальність за наругу над офіційними символами міжнародних організацій встановлюється не так часто.

Цікаво, що у КК Естонії встановлено відповідальність навіть за наклеп щодо особи, яка користується міжнародним захистом (ст. 247).

Доречно зазначити, що у кримінальних законах окремих держав при визначенні підстав кримінальної відповідальності за наругу над офіційними символами іноземних держав, інші злочинні діяння проти іноземних держав згадується принцип взаємності (зокрема у ст. 300 КК Італії, § 104-а КК ФРН і ст. 138 КК Польщі). У КК інших держав такого застереження немає (ст. 347 КК Молдови).

Кримінальними законами окремих держав передбачена відповідальність не лише за напад на осіб та установи, які мають міжнародний захист (зокрема, у ст. 444 КК України), а навіть за заклик до вчинення такого нападу – зокрема, у ст. 250 КК Естонії.

КК Швейцарії передбачає відповідальність за будь-які ворожі дії щодо керівників держав, які ведуть війну, чи військових частин іноземних держав (ст. 300). Практично те саме – у ст. 334 КК Сан-Марино: йдеться про ворожі дії проти іноземної держави, якщо вони піддають республіку «небезпечі дій у відповідь» чи провокують серйозні порушення відносин між державами.

У КК Австрії встановлено відповідальність за: посягання на Конституцію чи територію іноземної держави (§ 316); організацію на території Австрії військової розвідувальної служби в інтересах іноземної держави чи здійснення такої служби (§ 319); заборонену допомогу сторонам збройних конфліктів (§ 320), а в КК Швейцарії – за розвідувальну діяльність проти іноземної держави (ст. 301). Тим самим наголошується, що Швейцарія не лише дотримується, а й усіма можливими засобами гарантує свій традиційний військово-політичний нейтралітет.

Специфічна норма міститься у ст. 120-octies КК Бельгії. Згідно з нею, покарання, встановлені ст.ст. 118, 119, 120–120-septies, застосовуються незалежно від того, вчинені передбачені ними правопорушення щодо Бельгії чи щодо держави, з якою Бельгія пов'язана регіональною угодою, що переслідує мету спільної оборони (тут йдеться передусім про держави НАТО). Названі статті передбачають відповідальність за: передачу іншій державі чи іншій особі таємних документів, предметів чи відомостей у сфері оборони, їх отримання, придбання, втрату, знищення тощо, а також шпигунство.

З огляду на необхідність інтенсифікації і поліпшення відносин України з іншими державами було б доцільним запозичити деякі із названих положень кримінальних законів зарубіжних держав.

Література

• Куцевич М.П. Кримінальна відповідальність за екоцид: міжнародний та національний аспекти: Монографія. – К.: Юридична думка, 2009. – 332 с.

- Строкова І.І. Кримінальна відповідальність за геноцид (порівняльний аналіз): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 18 с.
- Злочини проти людства. Боротьба за правосуддя в усьому світі / Джеффри Робертсон (королівський адвокат); пер. з англ. Г.Є. Краснокутського. – Одеса: Бахва, 2006. – 628 с.

Запитання та завдання

1. Ознайомтеся з визначенням агресії, як воно сформульоване в Резолюції XXIX сесії Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1974 р. Чи не застаріло це визначення сьогодні?

2. Ознайомтеся на сторінці Інтернету <http://khp.org/index.php?id=1265039604> з постановою апеляційного суду м. Києва у кримінальній справі за фактом вчинення геноциду в Україні в 1932–1933 рр., порушеної стосовно Сталіна (Джугашвілі) Йосипа Віссаріоновича та інших. Яка ваша думка щодо кваліфікації цього діяння?

3. Які посягання на відносини з іноземними державами та міжнародними організаціями потрібно додатково криміналізувати?

4. Які к.пр. проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку вчинювались на території України або проти України у 2014 р.?

Рекомендуємо прочитати

- Бернхард Шлінк «Читець».
- Генріх Белль «Подорожній, коли ти прийдеш у Спа...».
- Фредерік Форсайт «Пси війни».

Радимо подивитись

- Читець (США, ФРН, 2009, режисер Стівен Долдрі).
- Правопорушник Морант (Австралія, 1980, режисер Брюс Бересфорд).
- Нюрнберзький процес (США, 1961, режисер Стенлі Крамер).
- Вища правда (Німеччина, США, 1999, режисер Роланд Зузо Ріхтер).

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

До підрозділу 1.1 Кримінальне право: загальна характеристика

Вітчизняні монографії та посібники

- Бажанов М.И. Избранные труды / Сост. В.И. Тютюгин, А.А. Байда, Е.В. Харитонова, Е.В. Шавченко; отв. ред. В.Я. Таций. – Харьков: Право, 2012. – 1244 с.
- Баулін Ю.В. Вибрані праці. – Харків: Право, 2013. – 928 с.
- Берзін П.С. – Київська школа кримінального права (1834–1960 роки): історико-правове дослідження: Монографія. – 2-ге видання, перероблене і доповнене. – К.: Дакор, 2012. – 1144 с.
- Галабала М.В. Кримінально-правова наука незалежної України. Проблеми Загальної частини: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – 240 с.
- Гришук В.К. Кримінальне право України: Загальна частина: Навч. посібн. для студентів юрид. фак. вищ. навч. закл. – К.: Ін Юре, 2006. – 568 с.
- Гришук В.К. Поняття, предмет, методи, завдання, функції, система, джерела та принципи українського кримінального права: Навч. посібн. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – 112 с.
- Гришук В.К. Вибрані наукові праці. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – 824 с.
- Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – 952 с. // jurlugansk.ucoz.org/publ/25-1-0-160 або // jurlugansk.ucoz.org/load/12-1-0-17
- Кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 7–109.
- Навроцький В.О. Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960 р. та 2001 р.). – К.: Атіка, 2001. – 272 с.
- Наден О.В. Теоретичні основи кримінально-правового регулювання в Україні: Монографія. – Харків: Право, 2012. – 266 с.
- Панов М.І. Вибрані наукові праці з проблем правознавства / Передмова В.П. Тихого. – К.: Ін Юре, 2010. – 812 с.
- Пинаев А.А. Курс лекцій по Общей части уголовного права. – Книга 1: О преступлениях. – Харьков: Харьков юридический, 2001. – 289 с. (Тема 1: Понятие и система уголовного права. Наука уголовного права. Судебная практика по уголовным делам. – С. 4–17).
- Савченко А.В. Сучасне кримінальне право України: Курс лекцій / А.В. Савченко, В.В. Кузнецов, О.Ф. Штанько. – 2-е вид., випр. та доповн. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2006. – 636 с. (Тема 1: Поняття, предмет, завдання і система кримінального права. Наука кримінального права. – С. 7–17; автор – В.В. Кузнецов).
- Сердюк П.П. Теоретичні й методологічні проблеми сучасного кримінального права: Монографія. – Запоріжжя: Акцент Інвест-Трейд, 2012. – 800 с.
- Старовойтова Ю.Г. Загальна частина кримінального права Англії та США: Навч. посібн. – К.: Атіка, 2012. – 104 с.
- Тростюк З.А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України: Монографія. – К.: Атіка, 2003. – 144 с.
- Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 7–65.
- Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 1048 с.

Чугунніков І.І. Правовідносини та форми їх реалізації в кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2001. – 23 с.

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.

Яценко С.С. Основні питання Загальної частини кримінального права іноземних держав: Навч. посібн. – К.: Дакор, 2013. – 168 с.

Іноземні монографії та посібники

Бойко А.И. Система и структура уголовного права: В 3 т. – Т. 1: Систематизация и структурализм в современной познавательной культуре. – Ростов нД, 2007. – 448 с.

Взаимосвязь уголовного и уголовно-процессуального права: Монография / Под общ. ред. М.Б. Костровой. – М.: Проспект, 2013. – 296 с.

Генрих Н.В. Предмет уголовного права: генезис научной мысли и проблемы современной интерпретации. – М.: Юрлитинформ, 2010. – 184 с.

Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право: Общая часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 448 с.

Елинский А.В. Проблемы уголовного права в конституционном измерении: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2012. – 496 с.

Зубкова В.И. Уголовное законодательство европейских стран: сравнительно-правовое исследование: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2013. – 328 с.

Лопашенко Н.А. Введение в уголовное право. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – 224 с.

Кругликов Л.Л., Спиридонова О.Е. Юридические конструкции и символы в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. – 336 с.

Курс уголовного права: Общая часть. – Т. 1: Учение о преступлении / Н.Ф. Кузнецова, И.М. Тяжкова). – М.: Зерцало-М, 2002. – 624 с. (Раздел I: Понятие, предмет, принципы и система уголовного права. Наука уголовного права. – С. 3–17; автор – Н.Ф. Кузнецова).

Лопашенко Н.А. Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 339 с.

Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. А.И. Коробеева. – Т. 1: Преступление и наказание. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – 1133 с. (С. 14–131).

Уголовный закон: опыт теоретического моделирования / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев, С.Г. Келина. – М.: Наука, 1987. – 279 с.

Уголовное право зарубежных стран: Общая и Особенная части: Учебн. / Под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – 1056 с.

Филимонов В.Д. Охранительная функция уголовного права. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 198 с.

Флетчер Дж., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. – М.: Юристъ, 1998. – 512 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 1: Понятие уголовного права. – СПб., 2005. – 699 с. (авторы: Н.А. Лопашенко, Г.Ю. Лесников, Ю.Е. Пудовочкин и др.).

До підрозділу 1.2

Генеза і доктрини кримінального права. Сучасна кримінально-правова політика. Принципи кримінального права

Вітчизняні монографії та посібники

Гацелюк В.А. Реализация принципов уголовного права Украины: проблемы и перспективы / МВД Украины; Луганская академия внутренних дел им. 10-летия независимости Украины. – Луганск: РИО ЛАВД, 2003. – 152 с.

Гачелюк В.О. Реалізація принципу законності кримінального права України (загальні засади концепції): Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2006. – 280 с.

Житний О.О. Кримінальне право України в міжнародному вимірі (порівняльно-правовий аналіз): Монографія. – Харків: Одиссей, 2013. – 376 с.

Колос М.І. Кримінальне право в Україні (X – початок XXI століття): Монографія: У 2 т. – К. – Острог, 2011. – Т. 1: Освіта, наука, законодавство. – 448 с.; Т. 2: Бібліографія. – 640 с.

Кримінальне право України. Судові прецеденти (1864–2007 рр.) / За ред. В.Т. Маляр-ренка. – К.: Освіта України, 2008. – 1104 с.

Кулик О.Г. Злочинність в Україні на початку XXI століття: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – 272 с.

Савченко А.В. Кримінальне законодавство України та федеральне кримінальне законодавство Сполучених Штатів Америки: комплексне порівняльно-правове дослідження: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – 596 с.

Фріс П.Л. Нарис історії кримінально-правової політики України / За заг. ред. М.В. Костицького. – К.: Атіка, 2005. – 124 с. (криміналізація й декриміналізація, С. 22–29).

Фріс П.Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. – К.: Атіка, 2005. – 332 с.

Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 1048 с.

Хавронюк М.І. Історія кримінального права європейських країн: Монографія. – К.: Істина, 2006. – 192 с.

Хавронюк М.І. Сучасне загальноєвропейське кримінальне законодавство: проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Істина, 2005. – 264 с.

Хавронюк М.І. Наукове осмислення правової доктрини та кримінального законодавства зарубіжних держав / В кн.: Правова доктрина України: У 5 т. – Харків: Право, 2013. – Т. 5: Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку / В.Я. Тацій, В.І. Борисов, В.С. Батиргареева та ін.; за заг. ред. В.Я. Тацій, В.І. Борисова. – 1240 с. – С. 409–459.

Іноземні монографії та посібники

Criminology, Crime and Criminal Law // www.sagepub.com/upm-data/13433_Walsh_chapter_1.pdf

Альбрехт П.-А. Забытая свобода. Принципы уголовного права в европейской дискуссии о безопасности / Пер. с нем. Г.Г. Мошак. – Одесса: Астропринт, 2006. – 160 с.

Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. – М.: Велби, Проспект, 2004. – 560 с.

Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – М.: Проспект, 2008. – 400 с.

Иншаков С.М. Зарубежная криминология: Учебн. пособ. – М.: ИНФРА, М-НОРМА, 1997. – 374 с.

Кругликов Л.Л., Зуев Ю.Г. Презумпции в уголовном праве (в сфере ответственности за экономические и иные преступления). – Ярославль, 2000. – 160 с.

Мальцев В.В. Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 694 с.

Мейн Г. Древний закон и обычай. Исследования по истории древнего права. – М.: Красанд, 2011. – 322 с.

Пирвагидов С.С., Пудовочкин Ю.Е. Понятие, принципы и источники уголовного права. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 297 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 1: Понятие уголовного права. – СПб, 2005. – 699 с. (авторы: Н.А. Лопашенко, Г.Ю. Лесников, Ю.Е. Пудовочкин и др.).

До підрозділу 1.3
**Форми існування кримінального права.
Закон про кримінальну відповідальність, його чинність і дія**

Вітчизняні монографії та посібники

Броневицька О.М. Відповідність кримінального законодавства України чинним міжнародним договорам: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2011. – 18 с.

Єпур Г.В. Впровадження міжнародно-правових актів у кримінальне законодавство України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2005. – 20 с.

Коханюк Т.С. Системне тлумачення кримінального закону: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2011. – 18 с.

Кримінальне право України. Судові прецеденти (1864–2007 рр.) / За ред. В.Т. Маляренка. – К.: Освіта України, 2008. – 1104 с.

Панчак О.Г. Доктринальне тлумачення закону про кримінальну відповідальність: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – 18 с.

Пономаренко Ю.А. Чинність і дія кримінального закону в часі: Монографія. – К.: Атіка, 2005. – 288 с.

Свищуленко М.П. Екстрадиція в правовій системі України: основні кримінально-правові аспекти: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 17 с.

Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовчої діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: Монографія / За заг. ред. В.І. Борисова, В.С. Зеленецького. – Харків: Право, 2011. – 344 с.

Тодыка Ю.Н. Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика: Монография. – Харків: Факт, 2003. – 328 с.

Судово-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Упор. і автор передмови М.І. Хавронюк. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 550 с.

Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 66–98.

Хавронюк М.І. Дисциплінарна відповідальність / В кн.: Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення / Відп. ред. Ю.В. Баулін. – Донецьк: Кальміус, 2013. – С. 265–331.

Хім'як Ю.Б. Гармонізація кримінального права України з практикою Європейського суду з прав людини: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 19 с.

Яворська В.Г. Забезпечення єдності застосування кримінального законодавства України актами судового тлумачення: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – 18 с.

Іноземні монографії та посібники

Благов Е.В. Применение уголовного права (теория и практика). – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 505 с.

Бойцов А.И. Выдача преступников. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 795 с.

Плохова В.И. Системное толкование норм Особенной части уголовного права: Учебн. пособ. – М.: Юрлитинформ, 2011. – 320 с.

Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. А.И. Коробеева. – Т. 1: Преступление и наказание. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – 1133 с. (с. 251–291 – Н.Ф. Кузнецова, с. 291–301 – С.Д. Князев).

Филимонов В.Д. Норма уголовного закона. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004.

Щепельков В.Ф. Уголовный закон: Понятие, структура, пределы действия и толкование: Учебн. пособ. – СПб., 2002. – 76 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 2: Уголовный закон. – СПб., 2005. – 699 с.

До підрозділу 2.1
**Поняття кримінального правопорушення.
Склад кримінального правопорушення**

Вітчизняні монографії та посібники

Брайнін Я.М. Основні питання загального вчення про склад злочину. – К.: Вид-во Київського ун-ту, 1964. – 188 с.

Дмитрук М.М. Категорія проступку у кримінально-правовій доктрині: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2012. – 20 с.

Кваліфікація злочинів: Навч. посібн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – К.: Істина, 2010. – 430 с.

Кривоченко Л.М. Класифікація злочинів у кримінальному праві України. – Харків: Право, 2010. – 129 с.

Микитчик О.В. Злочин як соціальне явище: філософсько-правовий аспект: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 202 с.

Миросниченко Н.А. Состав преступления: Текст лекций. – Одесса: Юридическая литература, 2003. – 80 с.

Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібн. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.

Севастьянова Т.Є. Малозначність діяння за кримінальним законодавством України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2002. – 213 с.

Соболь О.І. Класифікація злочинів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2012. – 20 с.

Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 99–126.

Тарарухин С.А. Квалификация преступлений в судебной и следственной практике. – К.: Юринком, 1995. – 208 с.

Чубарев В.Л. Тяжесть преступного деяния. – К.: Вища школа, 1992. – 171 с.

Іноземні монографії та посібники

Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / Сост. и предисл. В.С. Овчинского. – М.: ИНФРА-М, 2008. – 184 с.

Бойко А.И., Ратьков А.Н. Классификация преступлений и ее значение в современном праве: Научная монография. – Ростов н/Д: СКАГС, 2003. – 186 с.

Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. – 448 с.

Дурманов Н.Д. Понятие преступления. – М.–Л.: Изд-во Академии наук СССР, 1948. – 315 с.

Егоров В.С. Понятие состава преступления в уголовном праве: Учебн. пособ. – Воронеж: МОДЭК, 2001. – 63 с.

Козлов А.П. Понятие преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 819 с.

Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – 2-е изд., перераб. и дополн. – М.: Юристъ, 2004. – 304 с. (С. 57–125).

Мировые религии о преступлении и наказании / А.И. Бойко, А.А. Тер-Акопов, А.А. Толкаченко, и др. – М.: РИПОЛ классик, 2013. – 608 с.

Самойлов А.С. Состав преступления. – Архангельск: МИУ, 2004. – 40 с.

Польный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. А.И. Коробеева. – Т. 1: Преступление и наказание. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – 1133 с. (с. 251–291 – Н.Ф. Кузнецова, с. 291–301 – С.Д. Князев).

Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления. – М.: Госюриздат, 1957. – 364 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 3: Понятие преступления. – СПб., 2005. – 522 с.
Энциклопедия уголовного права. – Т. 4: Состав преступления. – СПб., 2005. – 798 с.

До підрозділу 2.2 **Суб'єкт кримінального правопорушення**

Вітчизняні монографії та посібники

Бурдін В.М. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені в стані сп'яніння. – К.: Атіка, 2005. – 160 с.

Бараненко Д.В. Спеціальний суб'єкт злочину: кримінально-правовий аналіз: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 19 с.

Бурдін В.М. Осудність та неосудність (кримінально-правове дослідження): Монографія. – Львів: ЛНУ ім. Івана Франка, 2010. – 780 с.

Гришук В.К., Пасека О.Ф. Кримінальна відповідальність юридичних осіб: порівняльно-правове дослідження: Монографія. – Львів: ЛьвДУВС, 2013. – 248 с.

Зайцев О.В. Обмежена осудність у кримінальному праві України: Монографія. – Харків: Майдан, 2007. – 240 с.

Клименко В.А., Первомайський В.Б., Приходько Т.М. Обмежена осудність: поняття, критерії та примусове лікування: Монографія. – К.: Атіка, 2011. – 180 с.

Лень В.В. Осудність у кримінальному праві і законодавстві: Монографія – Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2008. – 180 с.

Магарин Н.С., Бараненко Д.В. Суб'єкт преступления по новому уголовному законодательству Украины: Монография / Под ред. Е.Л. Стрельцова. – Одесса: Астропринт, 2001. – 102 с.

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. – 23 с.

Первомайський В.Б. Невменяемость. – К.: Компьютерно-издательский центр, 2000. – 320 с.

Сотніченко В.С. Юридична особа як суб'єкт кримінальної відповідальності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 18 с.

Терентьев В.И. Уголовная ответственность специального субъекта преступления по уголовному праву Украины: Монография. – Николаев: Дизайн и полиграфия, 2004. – 190 с.

Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 218–261.

Устименко В.В. Специальный субъект преступления. – Харьков: Выща школа, 1989. – 104 с.

Шеховцова Л.І. Емоційний стан особи, яка вчинила злочин, за кримінальним законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 19 с.

Іноземні монографії та посібники

Бирюков П.Н. Уголовная ответственность юридических лиц за преступления в сфере экономики (опыт иностранных государств). – М.: Юрлитинформ, 2008. – 136 с.

Назаренко Г.В. Невменяемость: Уголовно-релевантные психические состояния. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 207 с.

Никифоров А.С. Юридическое лицо как субъект преступления и уголовной ответственности. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – 204 с.

Ситковская О.Д. Аффект: кримінально-психологічне дослідження. – М.: Юрлитинформ, 2001. – 240 с.

Енциклопедія уголовного права. – Т. 4: Состав преступления. – СПб, 2005. – 798 с. (глава III. Субъект преступления; автор – В.Г. Павлов, с. 503–628).

До підрозділу 2.3 Об'єкт кримінального правопорушення

Вітчизняні монографії та посібники

Державна політика у сфері захисту прав потерпілих від кримінальних правопорушень в Україні: Матеріали «круглого столу», 25 квітня 2013 р. / Редкол.: В.І. Борисов (голов. ред.), Б.М. Головін (заст. голов. ред.) та ін. – Харків: Право, 2013. – 336 с.

Коржанський М.Й. Предмет і об'єкт злочину: Монографія. – Дніпропетровськ: Юрид. акад. Мін-ва внутр. справ; Ліра ЛТД, 2005. – 252 с.

Лашук Є.В. Предмет злочину в кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 20 с.

Музика А.А., Лашук Є.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: Монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – 192 с.

Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / За заг. ред. Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова. – Харків: Кроссрууд, 2008. – 364 с.

Присяжнюк Т. Потерпілий від злочину: проблеми правового захисту. – К.: ЦУЛ, 2007. – 240 с.

Прохніцький О.В. Інформація з обмеженим доступом як предмет злочину в кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 20 с.

Сенаторов М.В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві України. – Харків: Право, 2006. – 208 с.

Тацій В.Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві України: Навч. посібн. – Харків: УкрЮА, 1994. – 76 с.

Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 153–179.

Іноземні монографії та посібники

Анощенкова С.В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем / Отв. ред. Н.А. Лопашенко. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 248 с.

Бикмурзин М.П. Предмет преступления: теоретико-правовой анализ. – М.: Юрлитинформ, 2006. – 184 с.

Новоселов Г.П. Учение об объекте преступления: Методологические аспекты. – М.: НОРМА, 2001. – 208 с.

Сидоренко Э.Л. Отрицательное поведение потерпевшего и уголовный закон. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 310 с.

Енциклопедія уголовного права. – Т. 4: Состав преступления. – СПб, 2005. – 798 с. (глава II: Объект преступления; автор – Н.И. Коржанский, с. 87–236).

До підрозділу 2.4 Об'єктивна сторона кримінального правопорушення

Вітчизняні монографії та посібники

Берзін П.С. Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення: Монографія. – К.: Дакор, 2009. – 736 с.

Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – С. 413–502.

Бурдін В.М. Осудність та неосудність (кримінально-правове дослідження): Монографія. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2010. – С. 135–160, 415–516.

Гуртовенко О.Л. Психічне насильство у кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2008. – 17 с.

Демидова Л.М. Проблеми кримінально-правової відповідальності за заподіяння майнової шкоди в Україні (майнова шкода як злочинний наслідок): теорія, закон, практика: Монографія. – Харків: Право, 2013. – 752 с.

Карпушева І.Ю. Суспільно небезпечна дія в кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2011. – 20 с.

Миколенко О.М. Теоретико-правовий аналіз шкоди, заподіяної злочинцем. – Одеса: Негоціант, 2005. – 164 с.

Музыка А.А., Багиров С.Р. Причинная связь: уголовно-правовой очерк. – Хмельницький: Изд-во Хмельницького университета управления и права, 2009. – 112 с.

Ришелюк А.Н. Длющиеся и продолжаемые преступления в уголовном праве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – К., 1992. – 25 с.

Тимчук О.Л. Причинний зв'язок як ознака об'єктивної сторони складу злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2005. – 16 с.

Панов М.І. Вибрані наукові праці з проблем правознавства / Передмова В.П. Тихого. – К.: Ін Юре, 2010. – С. 236–282, 301–478, 538–550, 566–674.

Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 180–217.

Шевченко Є.В. Злочини з похідними наслідками. – Харків, 2005. – 216 с.

Ярмыш Н.И. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве (философско-правовой анализ): Монография. – Харьков: Право, 2003. – 512 с.

Ярмыш Н.Н. Действие как признак объективной стороны преступления: проблемы психологической характеристики. – Харьков: Основа, 1999. – 84 с.

Іноземні монографії та посібники

Бойко А.И. Преступное бездействие. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 320 с.

Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. – М.: Госюриздат, 1960. – 245 с.

Малинин В.Б., Парфенов А.Ф. Объективная сторона преступления. – СПб.: Издательство Юридического института (Санкт-Петербург), 2004. – 301 с.

Малинин В.Б. Причинная связь в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2000. – 316 с.

Тер-Акопов А.А. Бездействие как форма преступного поведения. – М.: Юридическая литература, 1980. – 152 с.

Церетели Т.В. Причинная связь в уголовном праве. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Госюриздат, 1963. – 382 с.

Шарапов Р.Д. Физическое насилие в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 298 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 4: Состав преступления. – СПб, 2005. – 798 с. (глава III: Объективная сторона преступления; автор – В.Б. Малинин, с. 237–502).

До підрозділу 2.5 Суб'єктивна сторона кримінального правопорушення

Вітчизняні монографії та посібники

Авраменко О.В. Стан сильного душевного хвилювання за кримінальним правом України: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – 244 с.

Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – С. 520–553.

Бурдін В.М. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені в стані сильного душевного хвилювання. – Львів: ПАІС, 2006. – 200 с.

Валсва Ю.А. Помилка у змісті суб'єктивної сторони складу злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2000. – 19 с.

Вереша Р.В. Поняття вини як елемент змісту кримінального права України: Навч. посібн. – К.: Атіка, 2005. – 224 с.

Воробей П.А. Кримінально-правове ставлення в вину: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – 176 с.

Коржанський М.Й. Презумпція невинуватості і презумпція вини. – К.: Атіка, 2004. – 216 с.

Нежурбіда С.І. Злочинна необережність: концепція, механізм і шляхи протидії: Дис. ... канд. юрид. наук. – Чернівці, 2001. – 219 с.

Пинаев А.А. Особенности составов преступлений с двойной и смешанной формами вины: Учебн. пособ. – Харьков: Юридический институт, 1984. – 52 с.

Преступная неосторожность (уголовно-правовое и криминологическое исследование) / И.П. Лановенко, Ф.А. Лопушанский, А.Н. Костенко и др. – К.: Наукова думка, 1992. – 219 с.

Савченко А.В. Мотив і мотивація злочину: Монографія. – К.: Атіка, 2002. – 144 с.

Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 262–304.

Іноземні монографії та посібники

Датгелъ П.С., Михеев Р.И. Теоретические основы установления вины: Учебн. пособ. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1975. – 168 с.

Лунеев В.В. Субъективное вменение. – М.: Спарк, 2000. – 70 с.

Миненок М.Г., Миненок Д.М. Корысть. Криминологические и уголовно-правовые проблемы. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 367 с.

Нерсесян В.А. Ответственность за неосторожные преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 157 с.

Рарог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 304 с.

Скляров С.В. Вина и мотивы преступного поведения. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 326 с.

Филиминов В.Д. Проблема оснований уголовной ответственности за преступную небрежность. – М.: ЦентрЮрИнфор, 2008. – 181 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 4: Состав преступления. – СПб., 2005. – 798 с. (глава V: Субъективная сторона преступления; автор – А.И. Рарог, с. 629–787).

Якушин В.А. Ошибка и ее уголовно-правовое значение. – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1986. – 126 с.

Якушин В.А. Субъективное вменение и его значение в уголовном праве. – Тольятти: Тол ПИ, 1998. – 296 с.

До підрозділу 2.6 Спеціальні форми кримінального правопорушення

Вітчизняні монографії та посібники

Абакумова Ю.В. Інститут співучасті в кримінальному праві України: природа, сутність, сучасні проблеми визначення: Монографія. – Запоріжжя: КПУ, 2012. – 320 с.

Альошина О.І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2007. – 19 с.

Бажанов М.І. Множественность преступлений по уголовному праву Украины. – Харьков: Право, 2000. – 128 с.

Батиргареева В. Рецидивна злочинність в Україні: соціально-правові та кримінологічні проблеми: Монографія. – Харків: Право, 2009. – 576 с.

Беніцький А.С. Причетність до злочину: проблеми кримінальної відповідальності: Монографія. – Луганськ: СПД Резников В.С., 2014. – 552 с.

Біла Ю.В. Кримінальна відповідальність за групові злочини: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – 20 с.

Бурдін В.М. Стадії вчинення злочину (кримінально-правове дослідження): Монографія. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2013. – 304 с.

Головкін О.В. Групова злочинність: специфіка виникнення і розвитку, механізми попередження: Монографія. – К.: Ін-т законодавчих передбачень і правової експертизи, 2007. – 204 с.

Горностаї А.В. Кримінальна відповідальність за замах на злочин: Монографія. – Харків: Юрайт, 2013. – 232 с.

Гродецкий Ю.В. Добровольный отказ при соучастии: Дисс. ... канд. юрид. наук. – Харьков, 2002. – 206 с.

Данилюк Т.М. Теоретико-прикладні проблеми встановлення моменту закінчення злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2009. – 18 с.

Демидова Л.М. Кримінальна відповідальність за створення злочинної організації. – Харків, 2005. – 256 с.

Драгоненко А.О. Співучасть у вчиненні вбивства: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2011. – 198 с.

Дякур М.Д. Замах на злочин: проблеми кримінально-правової кваліфікації та відповідальності: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 198 с.

Жаровська Г.П. Співучасть у злочині за кримінальним правом України: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – 211 с.

Зинченко И.А. Составные преступления. – Харьков: СПД ФЛ Вапнярчук Н.М., 2005. – 176 с.

Зінченко І., Тютюгін В.І. Одиначні злочини: поняття, види, кваліфікація: Монографія. – Харків: ФІНН, 2010. – 256 с.

Зінченко І.О., Тютюгін В.І. Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання: Монографія / За заг. ред. В.І. Тютюгіна. – Харків: ФІНН, 2008. – 336 с.

Кваша О.О. Організатор злочину. Кримінально-правове та кримінологічне дослідження: Монографія – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 2003. – 216 с.

Кваша О.О. Співучасть у злочині: структура та відповідальність: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – 560 с.

Лемешко О.М. Кримінально-правова оцінка потурання злочину. – Харків: ФІНН, 2003. – 160 с.

Марін О.К. Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм: Монографія. – К.: Атіка, 2003. – 224 с.

Маслак Н.В. Кримінальна відповідальність за готування до злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2005. – 20 с.

Митрофанов І.І., Питула А.М. Співучасть у злочині: Навч. посібн. – Одеса: Фенікс, 2012. – 208 с.

Михайленко П.П., Кузнецов В.В., Михайленко В.П. Рецидивна злочинність в Україні: Монографія / За заг. ред. П.П. Михайленка. – К.: Аванпост-прим, 2009. – 168 с.

Новицький Г.В. Поняття і форми співучасті у злочині за кримінальним правом України: Наук.-практ. посібн. – К.: Вища школа, 2001. – 96 с.

Созанський Т.І. Кваліфікація сукупності злочинів: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – 240 с.

Стрижевська А. Сукупність злочинів за кримінальним правом України: Монографія. – Одеса: Фенікс, 2011. – 248 с.

Ткаченко В.В. Вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб за Кримінальним кодексом України: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 236 с.

Тихий В.П., Панов М.І. Злочин, його види та стадії. – К.: Промені, 2007. – 40 с.

Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 305–341, 374–473.

Ус О.В. Кримінальна відповідальність за підбурювання до злочину. – Харків: СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2007. – 264 с.

Устрицька Н.І. Кваліфікація повторності злочинів: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – 216 с.

Шевчук А.В. Стадії вчинення злочину: Дис. ... канд. юрид. наук. – Чернівці, 2002. – 181 с.

Щутяк Л.С. Кримінальна відповідальність за замах на злочин за кримінальним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – 18 с.

Іноземні монографії та посібники

Аветисян С.С. Соучастие в преступлениях со специальным составом: Монография. – М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2004. – 467 с.

Агаев И.Б. Рецидив в системе множественности преступлений. – М.: Юристь, 2002. – 108 с.

Арутюнов А.А. Институт соучастия: системный подход и проблемы квалификации. – М.: Юристь, 2002. – 216 с.

Арутюнов А.А. Соучастие в преступлении. – М.: Статут, 2013. – 408 с.

Бабий Н.А. Множественность лиц в преступлении и проблемы учения о соучастии. – М.: Юрлитинформ, 2013. – 720 с.

Козлов А.П. Соучастие: традиции и реальность. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 362 с.

Козлов А.П. Учение о стадиях совершения преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 353 с.

Кузнецова Н.Ф. Избранные труды / Предисловие В.Н. Кудрявцева. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 151–167, 210–399.

Лапунин М.М. Вторичная преступная деятельность: понятие, виды, проблемы квалификации, криминализации и пенализации. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 240 с.

Редин М.П. Преступления по степени их завершенности: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2006. – 200 с.

Ситникова А.И. Приготовление к преступлению и покушение на преступление: Монография. – М.: Ось-89, 2006. – 160 с.

Тадевосян Л.З. Неоконченные преступления: Монография. – М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2008. – 207 с.

Трифонов В.Г. Заранее не обещанное укрывательство преступлений и несообщение о них как виды прикосновенности к преступлению: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2000.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 3: Понятие преступления. – СПб., 2005. – 522 с. (автор – В.П. Малков, с. 440–512).

Энциклопедия уголовного права. – Т. 5: Неоконченное преступление. – СПб., 2006. – 464 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 6: Соучастие в преступлении. – СПб., 2007. – 564 с.

До підрозділу 2.7

Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння

Вітчизняні монографії та посібники

Анчукова М.В. Виправданий ризик як обставина, що виключає злочинність діяння: Монографія. – Харків: ФОП Вапнярчук Н.М., 2006. – 168 с.

Баулін Ю.В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – Харьков: Основа, 1991. – 360 с.

Баулін Ю.В. Причинение вреда с согласия «потерпевшего» как обстоятельство, исключающее преступность деяния. – Харьков: Кроссруд, 2007. – 96 с.

Боднарук О.М. Необхідна оборона при посяганні на власність: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 20 с.

Гусар Л.В. Необхідна оборона: кримінологічні та кримінально-правові аспекти: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2009. – 17 с.

Дячук С.І. Виконання наказу чи розпорядження у кримінальному праві (основні поняття, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства). – К.: Атіка, 2001. – 176 с.

Жданова І.Є. Фізичний або психічний примус як обставина, що виключає злочинність діяння: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 19 с.

Лашук Н.Р. Кримінально-правова оцінка використання захисних засобів, що вражають автономно: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – 19 с.

Лісова Н.В. Крайня необхідність як обставина, що виключає злочинність діяння: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 20 с.

Мантуляк Ю.В. Виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації як обставина, що виключає злочинність діяння: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 17 с.

Омар Мухамед Мусса Ізмаїл. Обставини, що виключають злочинність діяння, у кримінальному праві України та Йорданії: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 19 с.

Примаченко В.Ф. Затримання особи, яка вчинила злочин, як обставина, що виключає злочинність діяння: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2008. – 20 с.

Харитонов С.О. Кримінально-правова оцінка застосування вогнепальної зброї працівником міліції: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2000. – 18 с.

Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 342–373.

Ющик О.І. Кримінально-правове регулювання діяння, пов'язаного з ризиком, за законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2004. – 19 с.

Якімець Т.І. Крайня необхідність за кримінальним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 16 с.

Іноземні монографії та посібники

Антонов В.Ф. Крайняя необходимость в уголовном праве. – М., 2005. – 112 с.

Истомин А.Ф. Самооборона: право и необходимые пределы. – М.: НОРМА, 2005. – 224 с.

Меркурьев В.В. Состав необходимой обороны. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 216 с.

Орехов В.В. Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 217 с.

Пархоменко С.В. Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 267 с.

Скворцов А.А. Причинение вреда жизни и здоровью при занятиях спортом: проблемы уголовно-правой квалификации. – М., 2006. – 120 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 7: Обстоятельства, исключающие преступность деяния. – СПб., 2007. – 723 с.

До підрозділу 3.1 Заходи кримінально-правового впливу: загальна характеристика

Вітчизняні монографії та посібники

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. – Харків: Право, 2013. – 848 с.

Антипов В.В., Антипов В.І. Обставини, які виключають застосування кримінального покарання. – К.: Атіка, 2004. – 208 с.

Багрий-Шахматов Л.В. Социально-правовые проблемы уголовной ответственности и форм ее реализации: Курс лекций (Общая часть). – Изд. 2-е, исправ. и доп. – Одесса, 2001. – 207 с.

Голіна В.В. Судимість: Монографія. – Харків: Харків юридичний, 2006. – 384 с.

Горбачова І.М. Заходи безпеки в кримінальному праві (порівняльно-правовий аналіз): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2008. – 20 с.

Гришук В.К. Філософсько-правове розуміння відповідальності людини: Монографія. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – Хмельницький: Хмельницький ун-т управління та права, 2013. – 768 с.

Денисова Т.А. Покарання: кримінально-правовий, кримінологічний та кримінально-виконавчий аналіз. – Запоріжжя: Вид-во КПУ, 2007. – 340 с.

Жук І.В. Примусові заходи медичного характеру та примусове лікування в кримінальному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 293 с.

Книженко О.О. Санкції у кримінальному праві: Монографія. – Харків: НикаНова, 2011. – 336 с.

Коломієць Ю.Ю. Невідворотність кримінальної відповідальності: правова природа та зміст: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2005. – 17 с.

Козаченко О.В. Кримінально-правові заходи в Україні: культуро-антропологічна концепція: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Одеса, 2012. – 38 с.

Красницький І.В. Кримінальна відповідальність як інститут кримінального права Франції та України: порівняльний аналіз: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2008. – 232 с.

Куц В.М. Проблеми кримінальної відповідальності: Навч. посібн. – К.: Національна академія прокуратури України, 2013. – 322 с.

Лень В.В., Книга М.М. Примусові заходи медичного характеру: історія, стан, тенденції. – Запоріжжя: Дніпровський металург, 2010. – 212 с.

Лень В.В., Книга М.М. Примусові заходи медичного характеру: цілі і підстави застосування. – Запоріжжя: Дніпровський металург, 2011. – 92 с.

Литвак О.М., Чепелюк О.В. Проблеми застосування амністії та здійснення помилування в Україні: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – 160 с.

Маляренко В.Т. Про покарання за новим Кримінальним кодексом України. – К.: Правова ініціатива, 2003. – 156 с.

Маляренко В.Т., Музика А.А. Амністія та помилування в Україні: Навч. посібн. – К.: Атіка, 2007. – 700 с.

Меркулова В.О. Кримінальна відповідальність: окремі теоретичні та соціально-правові аспекти: Монографія. – Одеса: ОЮІ ХНУВС, 2007. – 225 с.

Музика А.А., Горох О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення: Монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2012. – 404 с.

Митрофанов І.І. Теоретичні проблеми механізму реалізації кримінальної відповідальності: Монографія. – Кременчук: ПП Щербатих О.В., 2010. – 520 с.

Орловская Н.А. Основания и принципы построения уголовно-правовых санкций. – Одесса: Юридическая литература, 2011. – 624 с.

Письменський Є.О. Інститут судимості в кримінальному праві України: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2008. – 216 с.

Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: Монографія. – Харьков: ФИНН, 2009. – 344 с.

Современные проблемы уголовно-правового воздействия: Межгос. сб. науч. ст. / Редкол.: Е.А. Письменский (отв. ред.) и др. – Луганск: РИО ЛГУВД им. Э.А. Дидоренко, 2013. – 536 с.

Соловій І.Я. Межі кримінальної відповідальності: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – 204 с.

Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 127–152, 474–502.

Філей Ю.В. Кримінально-правові санкції та їх застосування за злочини проти власності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2005. – 232 с.

Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 1048 с. (С. 295–303).

Ященко А.М. Заходи кримінально-правового характеру: теорія та практика застосування: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Харків, 2014. – 36 с.

Ященко А.М. Застосування заходів кримінально-правового характеру: Монографія. – Харків: НікаНова, 2014. – 388 с.

Іноземні монографії та посібники

Головки Л.В. Альтернативи уголовному преследованию в современном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 544 с.

Дуюнов В.К. Уголовно-правовое воздействие: теория и практика. – М.: Научная книга, 2003. – 520 с.

Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебренникова А.В. Уголовное право зарубежных стран. – М.: Проспект, 2009. – 336 с. (С. 260–334).

Звечаровский И.Э. Ответственность в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2009. – 100 с.

Зубкова В.И. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. – М.: НОРМА, 2002. – 304 с.

Козлов А.П. Уголовно-правовые санкции (проблемы построения, классификации и изменения). – Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1989. – 176 с.

Кропачев Н.М., Прохоров В.С. Механизм уголовно-правового регулирования / Уголовная ответственность: Учебн. пособ. – СПб.: Санкт-Петербургский гос. ун-т, 2000. – 60 с.

Кругликов Л.Л., Васильевский А.В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 300 с.

Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. – М.: НОРМА, 1998. – 296 с.

Михайлов В.К. Уголовно-правовой институт освобождения от наказания. – М.: Юрлитинформ, 2008. – 312 с.

Мицкевич А.Ф. Уголовное наказание: понятие, цели и механизмы действия. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. – 329 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 10: Освобождение от уголовной ответственности и наказания. – СПб, 2008 (глава IV: Амнистия. Помилование. Судимость; § 4: Судимость; авторы: Ю.В. Голик, А.Я. Гришко, с. 770–864).

До підрозділу 3.2 Заохочувальні заходи кримінально-правового впливу

Вітчизняні монографії та посібники

Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.

Вознюк А.А. Спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності учасників організованих груп та злочинних організацій: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 18 с.

Григор'єва М.Є. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2007. – 20 с.

Житний О.О. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям: Монографія. – Харків: Вид-во Національного університету внутрішніх справ, 2004. – 152 с.

Золотарьов А.І. Звільнення від кримінальної відповідальності, від покарання та його відбування за злочини у сфері господарської діяльності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2007. – 222 с.

Ковітіді О.Ф. Звільнення від кримінальної відповідальності за нормами Загальної частини КК України: Навч. посібн. – Сімферополь: Квадранал, 2005. – 224 с.

Козак О.С. Ефективність звільнення від кримінальної відповідальності в Україні: Монографія / За ред. О.М. Бандурки. – К.: Освіта України, 2009. – 204 с.

Мандриченко Ж.В. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2007. – 19 с.

Куц В.М., Яценко А.М. Примирення учасників кримінально-правового конфлікту (кримінально-правовий аспект): Монографія. – Харків: Юрайт, 2013. – 328 с.

Наден О.В. Спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності за злочини в сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів: Монографія. – Харків: Право, 2003. – 224 с.

Перепада О.В. Кримінально-правові аспекти примирення між особою, яка вчинила злочин, та потерпілим (порівняльний аналіз законодавства України та ФРН): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 19 с.

Письменський Є.О. Теоретико-прикладні проблеми звільнення від покарання та його відбування за кримінальним правом України: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2014. – 728 с.

Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 569–609.

Усатий Г.О. Кримінально-правовий компроміс. – К.: Атіка, 2001. – 128 с.

Хряпінський П.В. Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: Монографія. – Харків: Харків юридичний, 2009. – 448 с.

Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення / Відп. ред. Ю.В. Баулін. – Донецьк: Кальміус, 2013. – С. 355–387.

Яковець І.С. Умовно-дострокове звільнення та заміна невідбутої частини покарання більш м'яким: Монографія. – К., 2012. – 212 с.

Іноземні монографії та посібники

Егоров В.С. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. – М.: Моск. психолого-социальный ин-т, 2002. – 279 с.

Звечаровский И.Э. Ответственность в уголовном праве. – СПб., 2009. – 100 с. (С. 68–100).

Сверчков В.В. Освобождение от уголовной ответственности, прекращение уголовного дела (преследования), отказ в его возбуждении: проблемы теории и практики. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – 586 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 10: Освобождение от уголовной ответственности и наказания. – СПб., 2008. – 880 с.

До підрозділу 3.3

Покарання. Призначення покарання

Вітчизняні монографії та посібники

Альтернативные виды уголовных наказаний – пути для уменьшения тюремного населения / Сост. Г. Марьяновский. – К.: Сфера, 2003. – 160 с.

Антипов В.В., Антипов В.І. Обставини, які виключають застосування кримінального покарання. – К.: Атіка, 2004. – 208 с.

Богатирьов І.Г. Виправні роботи як вид покарання: кримінальні, кримінологічні та кримінально-виконавчі проблеми. – К.: Леся, 2002. – 139 с.

Марисюк К.Б. Кримінально-правова політика у сфері майнових покарань в Україні: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Харків, 2014. – 36 с.

Мостепанюк Л.О. Довічне позбавлення волі як вид кримінального покарання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 18 с.

Музика А.А., Горох О.П. Покарання за незаконний обіг наркотичних засобів: Монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2010. – 256 с.

Павленко В.Г. Кримінально-правова та кримінологічна характеристика громадських робіт як виду покарання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 22 с.

Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: Монография. – Харьков: ФИНН, 2009. – 344 с.

Пономаренко Ю.А. Штраф як вид покарання кримінальному праві України (за результатами реформи 2011 р.): Наук. нарис / Наук. ред. Ю.В. Баулін. – Харків: Право, 2012. – 80 с.

Попрас В.О. Штраф як вид покарання за кримінальним правом України: Монографія. – Харків: Право, 2009. – 224 с.

Рябчинська О.П. Система покарань в Україні: поняття, значення та принципи побудови: Монографія. – Запоріжжя: Акцент Інвест-трейд, 2013. – 448 с.

Савченко А.В. Кримінальне законодавство України та федеральне кримінальне законодавство Сполучених Штатів Америки: комплексне порівняльно-правове дослідження: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – 596 с. (С. 288–308).

Собко Г.М. Конфіскація за кримінальним законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 20 с.

Трубников В.М., Шинкарьов Ю.В. Арешт як вид кримінального покарання та особливості його застосування. – Харків: Харків юридичний, 2007. – 288 с.

Шиян Д.С. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як вид кримінального покарання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2008. – 20 с.

Іноземні монографії та посібники

Энциклопедия уголовного права. — Т. 8: Уголовная ответственность и наказание. — СПб, 2007. — 798 с.

До підрозділу 3.4

Інші примусові заходи кримінально-правового впливу

Вітчизняні монографії та посібники

Білоконев В.М. Призначення покарання за сукупністю злочинів та вироків (судова практика). — Запоріжжя, Глазунов С.О., 2009. — 225 с.

Впровадження альтернативних видів кримінальних покарань в Україні / За ред. О.В. Беци. — К.: Леся, 2003. — 115 с.

Денисова Т.А. Кримінальне покарання та реалізація його функцій: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Запоріжжя, 2010. — 38 с.

Євдокімова О.В. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харків, 2007. — 19 с.

Макаренко А.С. Суддівський розсуд при призначенні покарання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Одеса, 2012. — 20 с.

Мартинишин Г.Р. Призначення покарання за сукупністю вироків: кримінально-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Львів, 2013. — 19 с.

Марченко Н.В. Додаткові покарання та особливості їх призначення: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2009. — 20 с.

Малярєнко В.Т. Про покарання за новим Кримінальним кодексом України. — К.: Правова ініціатива, 2003. — 156 с.

Нікіфорова Т.І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України. — Харків: Харків юридичний, 2009. — 208 с.

Орловская Н.А. Основания и принципы построения уголовно-правовых санкций: Монография. — Одесса: Юридическая литература, 2011. — 624 с.

Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним законодавством України: Монографія. — Луганськ: РВ ЛАВС, 2005. — 240 с.

Пономаренко Ю.А. Види наказаний по уголовному праву Украины: Монография. — Харьков: ФИНН, 2009. — 344 с.

Савченко А.В. Кримінальне законодавство України та федеральне кримінальне законодавство Сполучених Штатів Америки: комплексне порівняльно-правове дослідження: Монографія. — К.: КНТ, 2007. — С. 224–316.

Сахарук Т.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України та зарубіжних країн: порівняльний аналіз: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2006. — 18 с.

Сторчак Н.А. Загальні засади та принципи призначення покарання при застосуванні позбавлення волі на певний строк: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Одеса, 2012. — 24 с.

Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2013. — С. 503–568.

Федорчук І.М. Обставини, які обтяжують покарання за кримінальним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Львів, 2010. — 16 с.

Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. — К.: Юрисконсульт, 2006. — 1048 с. (С. 368–393).

Іноземні монографії та посібники

Благов Е.В. Применение специальных начал назначения уголовного наказания. – М.: Юрлитинформ, 2007. – 288 с.

Велиев С.А. Принципы назначения наказания. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004..

Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право: Общая часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – 448 с. (С. 257–349).

Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебренникова А.В. Уголовное право зарубежных стран. – М.: Проспект, 2009. – 336 с. (С. 260–334).

Звечаровский И.Э. Назначение более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление: Монография. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2012. – 87 с.

Непомнящая Т.В. Назначение уголовного наказания: теория, практика, перспективы. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. – 781 с.

Сулейманов Т.А., Павлухин А.Н., Эриашвили Н.Д. Механизм и формы реализации норм уголовного права. – М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2007. – 288 с. (С. 184–212).

Чугаев А.П., Веселов Е.Г. Назначение наказания: Науч.-практ. пособ. – М.: Юрлитинформ, 2008. – 328 с.

До підрозділу 3.5

Квaziзаходи кримінально-правового впливу

Вітчизняні монографії та посібники

Антипов В.В., Антипов В.І. Обставини, які виключають застосування кримінального покарання. – К.: Атіка, 2004. – 208 с.

Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.

Казначеева Д.В. Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2011. – 19 с.

Маляренко В.Т. Про покарання за новим Кримінальним кодексом України. – К.: Правова ініціатива, 2003. – 156 с.

Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним законодавством України: Монографія / Наук. ред. Л.М. Кривоченко. – Луганськ: РВ ЛАВС, 2005. – 240 с.

Сахнюк С.В. Теоретичні та практичні аспекти пом'якшення покарання за кримінальним законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – 19 с.

Хряпінський П.В. Спеціальне звільнення від відповідальності у кримінальному праві та законодавстві України: Навч. посібн. – Запоріжжя: КСК-Альянс, 2010. – 270 с.

Хряпінський П.В. Заохочувальні норми в кримінальному законодавстві України: Монографія. – Харків: Харків юридичний, 2009. – 448 с.

Іноземні монографії та посібники

Михайлов В.К. Уголовно-правовой институт освобождения от наказания. – М.: Юрлитинформ, 2008. – 312 с.

До підрозділу 3.6

Особливості заходів кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх та деяких інших категорій осіб

Вітчизняні монографії та посібники

Березовська Н.Л. Покарання неповнолітніх і виправно-трудоий вплив: Монографія. – Одеса: Фенікс, 2011. – 250 с.

Бурдін В.М. Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні. – К.: Атіка, 2004. – 240 с.

Гончар Т.О. Неповнолітній як суб'єкт відповідальності за кримінальним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2004. – 20 с.

Дашченко О.В. Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2009. – 19 с.

Еремій Г.О. Звільнення неповнолітніх від кримінальної відповідальності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2011. – 20 с.

Клевцов А.О. Звільнення від відбування покарання з випробуванням неповнолітніх за кримінальним законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – 20 с.

Ковтун Н.Я. Поняття, система та види додаткових покарань для неповнолітніх за КК України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 16 с.

Коновалова А.Ю. Види покарань для неповнолітніх за кримінальним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2012. – 20 с.

Назимко Є.С. Інститут покарання неповнолітніх у кримінальному праві України (нарис з методології дослідження): Монографія. – Донецьк: Ноулідж, 2014. – 370 с.

Українське кримінальне право: Загальна частина: Підручн. / За ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 675–707.

Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 1048 с. (С. 419–433).

Ямкова О.О. Примусові заходи виховного характеру: правова природа і види: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2004. – 20 с.

Яцун О.С. Особливості кримінального покарання неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2009. – 18 с.

Іноземні монографії та посібники

Ojeda A. Opposing Viewpoints: Juvenile Crime. – San Diego, CA: Greenhaven Press, 2002. – 186 p // www.dikseo.teimes.gr/spoudastirio/E-NOTES/J/Juvenile_Crime_Viewpoints.pdf

Благов Е.В. Применение специальных начал назначения уголовного наказания. – М. Юрлитинформ, 2007. – 288 с. (С. 173–186).

Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебренникова А.В. Уголовное право зарубежных стран. – М.: Проспект, 2009. – 336 с.

Мельникова Э.Б. Ювенальная юстиция: проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии: Учебн. пособ. – М.: Дело, 2000. – 272 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 11: Уголовная ответственность несовершеннолетних. – СПб., 2008. – 448 с.

До підрозділу 4.1

Кримінальні правопорушення проти життя та здоров'я особи

Вітчизняні монографії та посібники

Авраменко О.В. Стан сильного душевного хвилювання за кримінальним правом України: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – 244 с.

Алфьоров С.М., Шаблістий В.В. Кримінальна відповідальність за погрози застосуванням фізичного насильства: Монографія. – Запоріжжя: ФОП Зеленкевич Л.П., 2011. – 212 с.

Бабаніна В.В. Кримінальна відповідальність за залишення в небезпеці: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 238 с.

Байда А.О. Відповідальність за незаконну лікувальну діяльність за КК України (аналіз складу злочину, питання кваліфікації): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2006. – 20 с.

Байда А.А. Уголовная ответственность за незаконную лечебную деятельность: Монография / Под науч. ред. В.И. Тютюгина. – Харьков: Одиссей, 2009. – 320 с.

Байлов А.В. Кримінальна відповідальність за посягання на життя та здоров'я особи, вчинені в стані сильного душевного хвилювання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2004. – 19 с.

Балабко В.В. Кримінальна відповідальність медичних працівників за злочини проти життя та здоров'я особи: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 268 с.

Брайловська А.І. Кримінально-правова кваліфікація неналежного виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2012. – 21 с.

Брич Л.П. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини. – Львів: ЛДУВС, 2009. – 59 с.

Брыч Л.П. Преступления против здоровья и против безопасности жизни и здоровья по законодательству Украины. – Львов: Львовский государственный университет внутренних дел, 2010. – 116 с.

Бурдін В.М. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені в стані сильного душевного хвилювання: Монографія. – Львів: ПАІС, 2006. – 200 с.

Ганова Г.О. Кримінальна відповідальність за умисне вбивство, вчинене групою осіб за попередньою змовою: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 221 с.

Гороховська О.В. Вбивство через необережність: проблеми кримінальної відповідальності: Монографія / Наук. ред. А.А. Музика. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2007. – 180 с.

Гринчак С.В. Кримінальна відповідальність за незаконну трансплантацію органів або тканин людини: Монографія / Наук. ред. Л.В. Дорош. – Харків: Право, 2011. – 296 с.

Грищенко О.В. Кримінально-правова характеристика побоїв і мордування (ст. 126 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2014. – 191 с.

Грищук В.К., Маковецька Н.Є. Умисні вбивства за кримінальним правом України та Республіки Польща: юридичний аналіз складів злочинів: Монографія. – Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2012. – 368 с.

Данилевський А.О., Болдарь Г.Є. Кримінальна відповідальність за вчинення злочинів проти життя та здоров'я особи: проблеми кваліфікації та відмежування від суміжних складів злочинів: Наук.-практ. посібн. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – 152 с.

Дідківська Н.А. Кримінальна відповідальність за умисне вбивство з метою приховати інший злочин або полегшити його вчинення: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 20 с.

Егорова В.О. Криміналізація незаконного проведення дослідів над людиною та його кримінально-правові ознаки: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 19 с.

Корнієнко Є.В. Кримінально-правова характеристика зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної хвороби: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 19 с.

Короленко М.П. Кваліфікація і класифікація умисних вбивств при обтяжуючих обставинах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002.

Кримінальна відповідальність за незаконне проведення дослідів над людиною: Монографія / В.М. Куц, С.В. Пізімчук, В.О. Егорова. – Харків: Юрайт, 2012. – 304 с.

Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 1. – Луганськ: Елтон-2, 2012. – С. 63–135.

Кримінально-правова охорона життя та здоров'я особи: Матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків), 22–23 квітня 2004 р. / Ред. кол.: В.В. Сташис (голов. ред.) та ін. – К.–Харків: Юрінком Інтер, 2004. – 260 с.

Кучер В.І. Кримінально-правові проблеми вчинення злочинів способом особливо жорстокого поводження: Монографія. – К.: Азимут-Україна, 2004. – 120 с.

Литвин О.П. Злочини проти життя: Навч. посібн. – К.: Європейський університет, 2002. – 202 с.

Маковецька Н.Є. Умисні вбивства за кримінальним правом України та Республіки Польща: юридичний аналіз складів злочинів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – 20 с.

Мамчур В.М. Кримінальна відповідальність за умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 20 с.

Орлеан А.М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони людини від експлуатації: Монографія. – Кам'янець-Подільський: ПП Буйницький О.А., 2014. – 456 с.

Остапенко Л.А. Кримінально-правова характеристика умисних вбивств при пом'якшуючих обставинах (статті 116, 117, 118 КК України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 20 с.

Саинчин А.С. Убийство по заказу (уголовно-правовой, криминалистический и криминалистический аспекты). – Одесса: Юридическая литература, 2003. – 245 с.

Самощенко И.В. Понятие угрозы в уголовном праве. – Харьков: СПД Вапнярчук Н.М., 2005. – 120 с.

Сапронов О.В. Кримінальна відповідальність за насильницьке донорство: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 16 с.

Тарасевич Т.Ю. Медичний працівник як спеціальний суб'єкт злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 18 с.

Телесницький Г.Н. Кримінальна відповідальність за катування: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 20 с.

Триньова Я.О. Кримінально-правова оцінка позбавлення життя іншої людини з жалю до неї: Монографія. – К., 2008. – 261 с.

Триньова Я.О. Кримінально-правова оцінка позбавлення життя людини із співчуття до неї: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 20 с.

Чеботарьова Г.В. Кримінально-правова охорона правопорядку у сфері медичної діяльності: Монографія. – К.: КНТ, 2011. – 616 с.

Черевко К.О. Кримінально-правова та кримінологічна характеристика незаконного проведення абортів: Монографія / За заг. ред. О.М. Литвинова. – Харків: НікаНова, 2012. – 196 с.

Шестопалова Л.М. Самогубство та доведення до самогубства: заходи протидії: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – 20 с.

Іноземні монографії та посібники

Блинов А.Г. Правовой статус пациента и его обеспечение регулятивным и охранительным законодательством: Монография. – СПб.: ООО Алеф-Пресс, 2013. – 208 с.

Борзенков Г.Н. Квалификация преступлений против жизни и здоровья: Учеб.-практ. пособ. – М.: ИКД Зерцало-М, 2005. – 144 с.

Бородин С.В. Преступления против жизни. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 467 с.

Григонис Э.П., Леонтьев О.В. Ответственность за преступления, совершаемые медицинскими работниками: Учебн. пособ. – СПб.: СпецЛит, 2008. – 157 с.

Краев Д. Основной вопрос квалификации убийств, сопряженных с иными преступлениями (пп. «в», «з», «к» ч. 2 ст. 105 УК РФ) // Уголовное право. – 2011. – № 4. – С. 29–34.

Крылова Н.Е. Уголовное право и биоэтика: Уголовно-правовые проблемы применения современных биомедицинских технологий: Дисс. ... д-ра юрид. наук. – М., 2006. – 410 с.

Попов А.Н. Преступления против личности при смягчающих обстоятельствах. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 456 с.

Преступления против личности в уголовном праве Беларуси, России и Украины / Отв. ред. А.И. Чучаев. – М.: Проспект, 2014. – 680 с.

Расторопов С.В. Уголовно-правовая охрана здоровья человека от преступных посягательств: Монография. – 2-е изд. перераб. и доп. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. – 489 с.

Салева Н.Н. Убийство, сопряженное с иными преступлениями: проблемы квалификации и уголовной ответственности: Дисс. ... канд. юрид. наук. – Омск, 2006. – 213 с.

До підрозділу 4.2 Кримінальні правопорушення проти волі, честі та гідності особи

Вітчизняні монографії та посібники

Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності особи. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості (лекції 6 та 7). – Харків: СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2008. – С. 6–20.

Бортник В.А. Честь та гідність особи як об'єкт злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 18 с.

Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – С. 666–703.

Володіна О.О. Кримінальна відповідальність за викрадення людини. – Харків: СПД ФО Мальцев О.В., 2005. – 221 с.

Гришук О.В. Людська гідність у праві: філософські проблеми. – К.: Атіка, 2007. – 432 с.

Калмиков Д.О. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей: Монографія / Наук. ред. М.І. Хавронюк. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – 560 с.

Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: Навч. посібн. / За заг. ред. В.В. Коваленка; за наук. ред. О.М. Джужи та А.В. Савченка. – К.: Атіка, 2011. – С. 82–124.

Козак В.А. Кримінальна відповідальність за торгівлю людьми (аналіз складу злочину): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2003. – 20 с.

Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 1. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 136–157.

Куц В.М., Орлеан А.М. Прокурорські засоби протидії торгівлі людьми: Наук.-практ. посібн. / За ред. Г.П. Середи. – К.: Варта, 2007. – 168 с.

Лизогуб Я.Г., Яценко С.С. Протидія торгівлі людьми: аналіз вітчизняного та зарубіжного законодавства: Навч. посібн. / Наук. ред. С.С. Яценко. – К.: Атіка, 2005. – 240 с.

Наден О.В. Торгівля жінками як кримінально-правова та соціальна проблема сучасності. – К.: Атіка, 2004. – 288 с.

Негодченко Д.О. Кримінальна відповідальність за торгівлю людьми в Україні та інших країнах: порівняльно-правовий аналіз: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2011. – 20 с.

Орлеан А.М. Кримінально-правова характеристика торгівлі людьми. – Харків: СІМ, 2005. – 180 с.

Підгородинський В.М. Відповідальність за торгівлю людьми за кримінальним законодавством України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2005. – 219 с.

Протидія організованій злочинності у сфері торгівлі людьми / За заг. ред. В.І. Борисова, Н.О. Гурорової. – Харків: Одиссей, 2005. – 288 с.

Юденко Т.М. Особливості провадження у справах про торгівлю людьми в контексті міжнародних стандартів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 16 с.

Іноземні монографії та посібники

Казамиров А.И. Уголовно-правовая защита права человека на свободу: Дисс. ... канд. юрид. наук. – Рязань, 2003. – 179 с.

Международно-правовые основы борьбы с незаконной миграцией и торговлей людьми / Сост. В.С. Овчинский. – М.: ИНФРА-М, 2004. – 300 с.

Овчинникова Г.В., Павлик М.Ю., Коршунова О.Н. Захват заложника: уголовно-правовые, криминологические и криминалистические проблемы. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 259 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 102–121.

Тасаков С.В. Нравственные основы норм уголовного права о преступлениях против личности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – С. 172–212.

Global Human Smuggling. Comparative Perspectives [Незаконная контрабанда людей в глобальном масштабе] / Edited by D. Kyle, R. Koslowski. – Baltimore; London: The Johns Hopkins University Press, 2001. – 374 p.

До підрозділу 4.3

Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи

Вітчизняні монографії та посібники

Брич Л.П. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи за законодавством України. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – 84 с.

Джужа О.М. Запобігання злочинам, що пов'язані із сексуальним насильством: Монографія. – К.: Атіка, 2009. – 240 с.

Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: Наук.-практ. посібн. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – 352 с.

Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: Навч. посібн. / За заг. ред. В.В. Коваленка; за наук. ред. О.М. Джужа та А.В. Савченка. – К.: Атіка, 2011. – С. 125–161.

Корчовий М.М. Криминологічні проблеми боротьби із зґвалтуваннями, вчинюваними неповнолітніми: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2000. – 18 с.

Лисько Т.Д. Кримінальна відповідальність за зґвалтування (порівняльно-правовий аналіз): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 282 с.

Савченко А.В. Кримінальне законодавство України та федеральне кримінальне законодавство Сполучених Штатів Америки: комплексне порівняльно-правове дослідження: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 349–357.

Савченко А.В., Кузнецов В.В., Москаль Д.П., Сийплови М.В. Кримінальна відповідальність за зґвалтування та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом / За заг. ред. О.М. Джужи. – Ужгород: ІВА, 2012. – 272 с.

Світличний О.О. Кримінальна відповідальність за розбещення неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2012. – 20 с.

Синеокий О.В. Психолого-правові проблеми кримінальної сексопатології. Вступ до криміноперверсології: Монографія. – Харків: Право, 2009. – 752 с.

Чмут С.В., Хряпінський П.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: Монографія. – Запоріжжя: КСК-Альянс, 2011. – 184 с.

Шеремет А.П. Злочини проти статевої свободи: Монографія. – Чернівці: Наші книги, 2007. – 216 с.

Іноземні монографії та посібники

Агафонов А.В. Половые преступления. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 371 с.

Исаев Н.А. Сексуальные преступления как объект криминологии. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2007. – 486 с.

Кондрашова Т.В. Преступления против половой свободы и половой неприкосновенности личности / Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. А.И. Коробеева. – Т. II: Преступления против личности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – С. 466–569.

Озова Н.А. Насильственные действия сексуального характера. – М.: МЗ Пресс, 2006. – 192 с.

Сексуальное насилие: теории, подходы и методы исследования / Ю.И. Пиголкин, О.А. Дмитриева, Н.Г. Щитов, Г.Б. Дерягин. – М.: Медицинское информационное агентство, 2008. – 456 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 122–156.

Тасаков С.В. Нравственные основы норм уголовного права о преступлениях против личности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – С. 213–231.

Цэнгэл С.Д. Квалификация насильственных действий сексуального характера: Дисс. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2004. – 220 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 15: Преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности. – СПб., 2011. – 582 с.

До підрозділу 4.4 Кримінальні правопорушення проти виборчих та особистих прав людини і громадянина

Вітчизняні монографії та посібники

Андрушко П.П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: КНТ, 2007. – 328 с.

Бахуринська О.О. Кримінально-правова характеристика порушення вимог законодавства про охорону праці (ст. 271 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 235 с.

Борисов В.І., Пашенко О.О. Злочини проти безпеки виробництва: поняття та види / Кримінальна відповідальність за порушення правил ядерної або радіаційної безпеки: Монографія. – Харків: СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2006. – 224 с.

Борисов В.І., Крайник Г.С. Кримінальна відповідальність за порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою: Монографія. – Харків: Юрайт, 2012. – 296 с.

Горпинюк О.П. Кримінально-правова охорона інформаційного аспекту приватності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2011. – 19 с.

Горпинюк О.П. Інформаційна приватність та її захист від злочинних посягань в Україні: Монографія. – Львів: БОНА, 2014. – 324 с.

Готін О.М. Злочини проти виборчих, трудових та особистих прав свобод людини і громадянина: Навч. посібн. – 2-е вид. – Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2006. – 192 с.

Зінченко І.О. Кримінально-правова охорона виборчих, трудових та особистих прав свобод людини і громадянина. Аналіз законодавства і судової практики: Монографія. – Харків: СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2007. – 320 с.

Кримінальна відповідальність за порушення виборчих і референдних прав: Монографія / За заг. ред. В.П. Тихого. – Харків: Кроссруд, 2008. – 344 с.

Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 1. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 73–106, 222–345.

Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України): Монографія. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. – 573 с.

Мазур М.В. Кримінальна відповідальність за порушення виборчих і референдумних прав громадян: Монографія. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – 218 с.

Маркін В.І. Кримінально-правова охорона свободи віросповідання в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2012. – 18 с.

Медіна Л.П. Кримінально-правова характеристика злочинів проти виборчих прав громадян України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 20 с.

Мельник М.І. Кримінальна відповідальність за злочини проти виборчих прав. – К.: Атіка, 2005. – 144 с.

Мягков М.О. Перешкоджання здійсненню виборчого права: проблеми кримінальної відповідальності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 20 с.

Островський О.С. Кримінальна відповідальність за порушення прав людини на свободу віросповідання за кримінальним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2014. – 21 с.

Павликівський В.І. Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про працю, не пов'язані з посяганням на життя та здоров'я: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2004. – 20 с.

Палій М.В. Злочинність у сфері віросповідання та боротьба з нею: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 19 с.

Панькевич В.М. Кримінальна відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 23 с.

Присяжнюк І.І. Кримінальна відповідальність за порушення недоторканності житла або іншого володіння особи в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 20 с.

Расизм і ксенофобія в Україні: реальність та вигадки. – Харків: Права людини, 2009. – 192 с.

Топчій В.В. Кримінально-правова характеристика невиплати заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (ст. 175 КК України): Монографія. – Львів: ЛДУВС, 2010. – 260 с.

Юридична відповідальність за порушення законодавства про вибори народних депутатів України / За ред. О.Л. Копиленка. – К.: Парламентське вид-во, 2007. – 96 с.

Іноземні монографії та посібники

Калашникова Е.Е. Уголовно-правовое обеспечение неприкосновенности информации о частной жизни: Дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 2001.

Пикуров Н.И. Комментарий к судебной практике квалификации преступлений на примере норм с бланкетными диспозициями. – М.: Юрайт, 2009. – С. 143–185.

Смык О.А. Проблемы уголовной ответственности за нарушение правил охраны труда (по материалам судебной практики Краснодарского края): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2006. – 24 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 156–177.

Тасаков С.В. Нравственные основы норм уголовного права о преступлениях против личности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – С. 232–276.

Тяжкова И.М. Неосторожные преступления с использованием источников повышенной опасности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 213–268.

Шевченко И.А. Уголовно-правовая охрана неприкосновенности частной жизни: Дисс. ... канд. юрид. наук. – Красноярск, 2006.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 16: Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина. – СПб., 2011.

До підрозділу 4.5 Кримінальні правопорушення проти сім'ї і дітей

Вітчизняні монографії та посібники

Белова О.І. Кримінально-правова характеристика системи злочинів проти сім'ї та неповнолітніх: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2006. – 20 с.

Витвицкая С.С. Криминологические проблемы предупреждения преступных посягательств на нравственное и физическое развитие несовершеннолетних: Дисс. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 222 с.

Гальцова В.В. Кримінальна відповідальність за порушення таємниці усиновлення (удочеріння) та незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння) (аналіз складів злочинів): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2012. – 20 с.

Дзундза В.В. Кримінальна відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2005. – 15 с.

Долянська І.М. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей (аналіз складу злочину): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 18 с.

Калмиков Д.О. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей: Монографія / Наук. ред. М.І. Хавронюк. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – 560 с.

Кузнецов В.В. Кримінально-правова охорона громадського порядку та моральності в українському вимірі: Монографія. – К.: Інтерсервіс, 2012. – 908 с.

Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України): Монографія. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. – 573 с.

Лосич С.В. Кримінальна відповідальність за схилення неповнолітніх до вживання одурманюючих речовин: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2013. – 20 с.

Олашин М.І. Кримінально-правова протидія неналежному виконанню обов'язків щодо охорони життя та здоров'я дітей: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – 18 с.

Орлеан А.М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони людини від експлуатації: Монографія. – Кам'янець-Подільський: ПП Буйницький О.А., 2014. – 456 с.

Паньчук О.В. Кримінологічна характеристика експлуатації дітей: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2008. – 20 с.

Петренко О.І. Кримінальна відповідальність за спонукання неповнолітніх до застосування допінгу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 20 с.

Топольскова І.О. Боротьба із втягненням неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність: Монографія / Наук. ред. В.П. Ємельянов. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2003. – 192 с.

Іноземні монографії та посібники

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 178–192.

Тасаков С.В. Нравственные основы норм уголовного права о преступлениях против личности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2008. – С. 277–311.

Leroche D. Context and Consequences of Domestic Violence Against Men and Women in Canada in 2004. – Quebec, Institut de la statistique du Quebec, 2008. – 116 p. // www.stat.gouv.qc.ca/publications/conditions/pdf2008/ViolenceH_F2004_an.pdf

До підрозділу 5.1

Кримінальні правопорушення проти власності

Вітчизняні монографії та посібники

Андрушко П.П. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності в Україні. – К.: Форум, 2004. – 160 с.

Андрушко П.П., Короткевич М.Є. Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом: кримінально-правова характеристика. – К.: Юрисконсульт, 2005. – 292 с.

Антонюк Н.О. Кримінальна відповідальність за заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою: Монографія. – Львів: ПАІС, 2008. – 216 с.

Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: Навч. посібн. – Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – 514 с.

Горішній О.О. Кримінально-правова характеристика розбою: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2010. – 20 с.

Гулкевич В.Д. Кримінально-правова охорона авторського права і суміжних прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2008. – 20 с.

Дітріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 15 с.

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. – 400 с.

Дьоменко С.В. Вимагання: кримінально-правовий та кримінологічний аналіз: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 19 с.

Ємельянов М.В. Кримінальна відповідальність за шахрайство: Монографія. – Харків: Право, 2014. – 176 с.

Захарчук В.М. Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво за кримінальним правом України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2014. – 231 с.

Ільїна О.В. Кримінально-правова характеристика кваліфікуючих ознак корисливих злочинів проти власності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 18 с.

Качка Т. Боротьба з відмиванням грошей: Комплексний порівняльно-правовий аналіз відповідності законодавства України асquis Європейського Союзу в сфері боротьби та запобігання легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом. – К.: Реферат, 2004. – 288 с.

Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: Навч. посібн. / За заг. ред. В.В. Коваленка; за наук. ред. О.М. Джужи та А.В. Савченка. – К.: Атіка, 2011. – С. 161–234.

Кириченко Ю.В. Кримінальна відповідальність за викрадення електричної або теплової енергії: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2009. – 218 с.

Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 1. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 346–444.

Кузнецов В.В. Кримінальна відповідальність за крадіжки: Монографія. – К.: ПАЛИВО-ДА А.В., 2005. – 158 с.

Кундеус В.Г. Кримінально-правова характеристика викрадення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2004. – 198 с.

Куц В.М., Кириченко Ю.В. Кримінальна відповідальність за незаконне використання електричної або теплової енергії: Монографія. – К.: Центр учбової літератури, 2010. – 160 с.

Матышевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. – К.: Юринком, 1996. – 240 с.

Мовчан Р.О. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 241 с.

Нерсисян А.С. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності: Монографія. – Хмельницький: Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2010. – 192 с.

Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення. – Харків: Право, 2011. – 208 с.

Савченко А.В., Шуляк Ю.Л. Кримінальна відповідальність за шахрайство в Україні та за кордоном: порівняльно-правове дослідження: Монографія. – К.: Інтерсервіс, 2013. – 216 с.

Семикіна Л.О. Вимагання за Кримінальним кодексом України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2011. – 20 с.

Смаглюк О.В. Шахрайство за Кримінальним кодексом України 2001 року: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 185 с.

Філей Ю.В. Кримінально-правові санкції та їх застосування за злочини проти власності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2005. – 232 с.

Харченко В.Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні: Монографія. – Харків: ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 2011. – 480 с.

Чумаченко Т.А. Викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання (ст. 188-1 КК): кримінально-правова характеристика: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 223 с.

Швець А.Ю. Предмет злочинів проти власності у кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 20 с.

Шуляк Ю.Л. Кримінальна відповідальність за шахрайство: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 20 с.

Іноземні монографії та посібники

Lippman M. Contemporary Criminal Law. Cases, Concepts and Controversies. California State Supplement. – Sage Publications, 2009. – P. 257–309 // www.sagepub.com/lippmanstudy/state/ca/Ch13_California.pdf

Безверхов А.Г. Имущественные преступления. – Самара: Изд-во Самарского гос. ун-та, 2002. – 359 с.

Безверхов А.Г., Шевченко И.Г. Уничтожение и повреждение имущества: вопросы истории, теории, практики: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2010. – 192 с.

Бойцов А.И. Преступления против собственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 775 с.

Дворянкин О.А. Защита авторских и смежных прав. Ответственность за их нарушение. Уголовно-правовой аспект. – М.: Весь Мир, 2002. – 464 с.

Кочои С.М. Ответственность за корыстные преступления против собственности. – М.: АНТЭЯ 2000, 2000. – 288 с.

Крапивина О.Н. Приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем: сравнительно-правовое, уголовно-правовое, уголовно-политическое и криминологическое исследование: Дисс. ... канд. юрид. наук. – Саранск, 2008. – 240 с.

Лопашенко Н.А. Преступления против собственности: теоретически-прикладное исследование. – М.: ЛексЭст, 2005. – 408 с.

Плохова В.И. Ненасильственные преступления против собственности: криминологическая и правовая обоснованность. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 295 с.

Севрюков А.П. Хищение имущества: криминологические и уголовно-правовые аспекты. – М.: Экзамен, 2004. – 352 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 193–224.

Трунцевский Ю.В. Уголовно-правовая охрана авторских и смежных прав. – М.: Академия налоговой полиции ФСНП РФ, 2003. – 306 с.

Фролов М.В. Имущество как предмет хищения: единство и дифференциация гражданско-правового и уголовно-правового моментов понятия: Дисс. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2002. – 208 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 18: Преступления против собственности. – СПб., 2011. – 1018 с.

До підрозділу 5.2 Кримінальні правопорушення проти порядку здійснення господарської та пов'язаної з нею діяльності

Вітчизняні монографії та посібники

Андрушко П.П. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення господарської діяльності. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 288 с.

Берзін П.С. Незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг: аналіз складів злочину, передбаченого ст. 229 КК України: Монографія. – К., 2005. – 316 с.

Берзін П.С. Наслідки у складах злочинів у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика. – К.: КНТ, 2007. – 392 с.

Бобонич Є.Ф. Порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг: кримінально-правова характеристика (ст. 202 Кримінального кодексу України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 264 с.

Боднарчук В.В. Кримінальна відповідальність за фіктивне підприємництво (ст. 205 КК): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 19 с.

Брич Л.П., Навроцький В.О. Кримінально-правова кваліфікація ухилення від оподаткування в Україні: Монографія. – К.: Атіка, 2000. – 288 с.

Буртовой М.О. Документ як предмет злочинів у сфері господарської діяльності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2010. – 259 с.

Виявлення та розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних з наданням послуг у сфері грального бізнесу: Методичні рекомендації / Ю.А. Федько, О.А. Сидоров, О.В. Вакуленко та ін. – К.: Нац. акад. внутр. справ, 2013. – 72 с.

Волинець Р.А. Кримінальна відповідальність за порушення бюджетного законодавства (ст. 210 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 215 с.

Гармаш Д.О. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2008. – 20 с.

Готін О.М. Випуск або реалізація недоброякісної продукції в умовах ринкової економіки: проблеми кримінальної відповідальності: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛАВС, 2004. – 288 с.

Гревцова Р.Ю. Кримінальна відповідальність за податкові злочини в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 224 с.

Грек Б.М. Банкрутство: цивільний та кримінально-правовий аспекти: Монографія. – К.: Прецедент, 2006. – 303 с.

Грицюк А.Г. Незаконне відшкодування податку на додану вартість: кримінально-правові аспекти: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 20 с.

Гуторова Н.А. Преступления в сфере хозяйственной деятельности: Раздел VII Особенной части Уголовного кодекса Украины с научно-практическим комментарием. – Харьков: Одиссей, 2003. – 256 с.

Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України: Монографія. – Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – 384 с.

Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: Монографія. – К.: Юридична практика, 2003. – 924 с.

Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти: Монографія. – К.: Істина, 2006. – 648 с.

Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / Переднє слово В.О. Навроцького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – С. 126–497, 561–630, 671–817, 823–839, 844–848, 910–912.

Заруба П.І. Кримінальна відповідальність за злочини у сфері приватизації: Монографія. – К.: Атіка, 2007. – 220 с.

Каменський Д.В. Кримінальна відповідальність за податкові злочини за федеральним законодавством США: Монографія / Наук. ред. О.О. Дудорова. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – 424 с.

Кашкаров О.О. Проблеми кваліфікації злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів: Монографія. – Харків: Формат Плюс, 2008. – 186 с.

Киричко В.М., Перепелиця О.І. Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Я. Тація. – Харків: Право, 2010. – 784 с.

Кошевський В.С. Кримінально-правова характеристика ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 249 с.

Кримінальне право України: Особлива частина: Підруч. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 1. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 445–685.

Крих Т.Я. Незаконна приватизація державного, комунального майна за кримінальним правом України: юридичний аналіз складу злочину: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – 239 с.

Кулаков В.В., Лень В.В., Мірошніченко С.С., Руфанова В.М., Титаренко О.О. Запобігання злочинам, пов'язаним з незаконним використанням бюджетних коштів: Наук.-практ. посібн. – Запоріжжя: Дніпровський металург, 2011. – 289 с.

Марко С.І. Кримінально-правова характеристика виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою збуту або збуту підrobлених грошей, державних цінних паперів чи білетів державної лотереї: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2009. – 20 с.

Мінаєв М.М. Кримінальна відповідальність за незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів (ст. 204 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 232 с.

Мойсик В.Р. Кримінальна відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами в Україні: аналіз правотворчості і правозастосування: Монографія. – К.: Атіка-Н, 2010. – 244 с.

Музика А.А., Савченко А.В., Процюк О.В., Сіленко В.В., Горох О.П. Кримінальна відповідальність за контрабанду: національний та міжнародний досвід. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – 276 с.

Павлик Л.В. Диференціація кримінальної відповідальності за злочинні посягання у сфері економіки: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2013. – 18 с.

Панов М.М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків: Монографія / Наук. ред. В.І. Борисов. – Харків: Право, 2009. – 184 с.

Проблеми запобігання службовим злочинам у сфері господарської діяльності: Матер. наук.-практ. семінару. Харків, 9 листопада 2004 р. / Ред. кол.: В.В. Сташис (голов. ред.) та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 184 с.

Радутний О.Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю: Монографія. – Харків: Ксилон, 2008. – 202 с.

Саско О.І. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом (аналіз складу злочину): Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2007. – 203 с.

Сингаївська І.В. Фальшивомонетництво в Україні: кримінально-правовий та кримінологічний аспекти: Монографія. – Луганськ: Віртуальна реальність, 2010. – 358 с.

Смирнова А.В. Кримінально-правова кваліфікація співучасті в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 250 с.

Старовойтова Ю.Г. Кримінально-правова протидія порушенням законодавства України про фінансовий моніторинг: Монографія. – Луганськ, 2009. – 272 с.

Стрельцов Є.Л. Економічні злочини: внутрідержавні та міжнародні аспекти: Навч. посібн. – Одеса: Астропринт, 2000. – 476 с.

Стрельцов Є.Л., Притула А.М. Контрабанда: склад злочину: Науково-практичний коментар. – Одеса: Фенікс, 2012. – 50 с.

Улибіна В.О. Кримінальна відповідальність за доведення до банкрутства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – 19 с.

Філіпп А.В. Кримінальна відповідальність за незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виготовлення: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2011. – 235 с.

Фролова О.Г. Злочини, пов'язані з банкрутством в Україні: кримінально-правова характеристика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 22 с.

Хавронюк М.І. Право споживачів на безпечність продукції: кримінально-правове забезпечення: Монографія. – К.: Атіка, 2011. – 324 с.

Шаргородська Н.В. Об'єктивні ознаки складів злочинів у банківській системі: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 19 с.

Щавінський В.Р. Кримінальна відповідальність за порушення порядку емісії недержавних цінних паперів: Навч. посібн. – К.: Укрархбудінформ, 2006. – 200 с.

Іноземні монографії та посібники

Агафонов А.В. Ответственность за посягательства на безопасность жизни или здоровья потребителей (историко-правовой анализ) / Под общ. ред. С.Н. Сабанина. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 327 с.

Айкимбаев А.К. Проблемы борьбы с уклонением от уплаты налогов в Республике Казахстан: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Караганда, 2000. – 23 с.

Александров И.В. Налоговые преступления: Криминалистические проблемы расследования. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 247 с.

Бойко А.И., Родина Л.Ю. Контрабанда: история, социально-экономическое содержание и ответственность. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 299 с.

Глебов Д.А., Ролик А.И. Налоговые преступления и налоговая преступность. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. – 338 с.

Дмитриев О.В. Экономическая преступность и противодействие ей в условиях рыночной системы хозяйствования / Отв. ред. М.П. Клейменов. – М.: Юрист, 2005. – 396 с.

Клебанов Л.Р. Уголовно-правовая охрана коммерческой, налоговой и банковской тайны. – М.: Юрлитинформ, 2006. – 192 с.

Клепичский И.А. Система хозяйственных преступлений. – М.: Статут, 2005. – 572 с.

Кучеров И.И. Налоги и криминал. Историко-правовой анализ. – М.: Первая Образцовая типография, 2000. – 349 с.

Лапшин В.Ф. Финансовые преступления / Под науч. ред. Л.Л. Кругликова. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 168 с.

Лопашенко Н.А. Бегство капиталов, передел собственности и экономическая амнистия. – М.: Юридические программы, 2005. – 248 с.

Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономики: Авторский комментарий к уголовному закону (раздел VIII УК РФ). – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 720 с.

Макаров Д.Г. Теневая экономика и уголовный закон. – М.: Юрлитинформ, 2003. – 216 с.

Михалев И.Ю. Криминальное банкротство. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 217 с.

Русанов Г.А. Преступления на рынке ценных бумаг: Монография. – М.: ЮРКОМПАНИ, 2011. – 160 с.

Сапожков А.А. Кредитные преступления: Незаконное получение кредита и злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 240 с.

Серета И.М. Преступления против налоговой системы: характеристика, ответственность, стратегия борьбы: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. – Иркутск, 2006. – 47 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 225–266.

Туланченко Н.Р. Уклонение от уплаты налогов в сравнительном праве / Под ред. В.С. Комиссарова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2001. – 246 с.

Хутов К.М. Преступный монополизм: уголовно-политическое и криминологическое исследование / Под ред. Н.А. Лопашенко. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 200 с.

Чупрова Е.В. Ответственность за экономические преступления по уголовному праву Англии. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 208 с.

Шишко И.В. Экономические правонарушения: Вопросы юридической оценки и ответственности. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 307 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 19: Преступления в сфере экономической деятельности. – СПб., 2012. – 1209 с.

До підрозділу 5.3 Кримінальні правопорушення проти довкілля

Вітчизняні монографії та посібники

Борисов Є.М. Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом: кримінально-правова характеристика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 20 с.

Вівчаренко О.А. Правова охорона земель в Україні: Монографія. – К.: Юринком Інтер, 2010. – 336 с.

Вітовська І.В. Правове використання природних ресурсів виключної (морської) економічної зони України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Івано-Франківськ, 2004. – 185 с.

Гавриш С.Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні: проблеми теорії застосування і розвитку кримінального законодавства. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2002. – 635 с.

Довідник чинних міжнародних договорів України у сфері охорони довкілля / А. Андрусевич, Н. Андрусевич, З. Козак. – Львів, 2009. – 203 с.

Злочини проти довкілля: кримінально-правова характеристика: Практ. посібн. / О.О. Дудоров, Д.В. Каменський, В.М. Комарницький, М.В. Комарницький, Р.О. Мовчан / За ред. О.О. Дудорова. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2014. – 616 с.

Ковтун О.М. Правова охорона територій та об'єктів природно-заповідного фонду України: Навч. посібн. – К.: Прецедент, 2010. – 229 с.

Корнякова Т.В. Кримінологічні засади запобігання органами прокуратури злочинам проти довкілля: Монографія. – К.: Ін Юре, 2011. – 408 с.

Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 1. – Луганськ: Елтон-2, 2012. – С. 686–779.

Кулинич П.Ф. Правові проблеми охорони і використання земель сільськогосподарського призначення в Україні: Монографія. – К.: Логос, 2011. – 688 с.

Локтіонова В.В. Наслідки вчинення злочинів проти довкілля (кримінально-правове дослідження): Монографія. – Кременчук: ПП Щербатих О.В., 2011. – 256 с.

Матвійчук В.К. Теоретичні та прикладні проблеми кримінально-правової охорони навколишнього природного середовища: Монографія. – К.: Національна академія управління, 2011. – 368 с.

Матвійчук В.К., Голуб С.А. Незаконне полювання: відповідальність, протокольна форма провадження, розслідування і запобігання: Монографія. – К.: КНТ, 2006. – 304 с.

Митрофанов І.І. Кримінально-правове забезпечення охорони довкілля: Монографія. – Кременчук: ПП Щербатих О.В., 2010. – 272 с.

Митрофанов І.І., Пritула А.М. Злочини проти довкілля: Навч. посібн. – Суми: Університетська книга, 2010. – 205 с.

Нетеса Н.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил охорони або використання надр: Монографія. – Харків: Право, 2013. – 304 с.

Оронець К.М. Кримінальна відповідальність за незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2012. – 235 с.

Припула А.М. Кримінально-правова охорона виключної (морської) економічної зони України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2010. – 200 с.

Самокиш В.П. Кримінальна відповідальність за умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2013. – 19 с.

Сасов О.В. Кримінально-правова охорона лісу: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 210 с.

Скворцова О.В. Кримінально-правова характеристика незаконної порубки лісу за кримінальним законодавством України (на підставі матеріалів практики Автономної Республіки Крим): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2007. – 18 с.

Харь І.О. Кримінально-правова охорона атмосферного повітря: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 220 с.

Цвіркун Н.Ю. Кримінальна відповідальність за безгосподарське використання земель: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2012. – 19 с.

Шульга А.М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2004. – 206 с.

Іноземні монографії та посібники

Лопашенко Н.А. Экологические преступления: уголовно-правовой анализ: Монография. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 352 с.

Пономарева Е.Е. Уголовно-правовые проблемы борьбы с браконьерством на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне. – М.: Юрлитинформ, 2010. – 144 с.

Пушкарев В.Г. Уголовно-правовая охрана природы (современное состояние и перспективы развития). – М.: Юрлитинформ, 2011. – 184 с.

Серова Е.Б., Тимошенко Ю.А. Уголовная ответственность за незаконную рубку лесных насаждений: проблемы квалификации и расследования. – М.: Юрлитинформ, 2011. – 144 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 373–379.

Фаткулин С.Т. Уголовно-правовая охрана земли. – М.: РАП, 2009. – 165 с.

Юридическая ответственность за экологические правонарушения / Отв. ред. О.Л. Дубовик. – М.: ИГП РАН, 2012. – 170 с.

До підрозділу 5.4

Кримінальні правопорушення проти громадської безпеки

Вітчизняні монографії та посібники

Антипенко В.Ф. Борьба с современным терроризмом: Международно-правовые подходы. – К.: ЮНОНА-М, 2002. – 723 с.

Берзин П.С. Понятие «применение оружия и предметов, его заменяющих» в квалификации насильственных преступлений: Учебн. пособ. – Симферополь: КЭИ Киевского нац. экономического ун-та, 2002. – 126 с.

Боротьба з міжнародним тероризмом: Нормативна база / Упорядник В.А. Ліпкан. – К.: КНТ, 2007. – 248 с.

Гнетнев М.К. Кримінальна відповідальність за сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності: Монографія. – Луганськ: Віртуальна реальність, 2009. – 310 с.

Данилевський А.О. Кримінальна відповідальність за матеріальне, організаційне чи інше сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2009. – 232 с.

Демидова Л.М. Кримінальна відповідальність за створення злочинної організації. – Харків: СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2005. – 256 с.

Ємельянов В.П., Новікова Л.В., Семикін М.В. Терористичні злочини: кримінально-правова характеристика та питання вдосконалення антитерористичного законодавства: Монографія / За заг. ред. В.П. Ємельянова. – Харків: Кроссруд, 2007. – 216 с.

Есенков А.В. Кримінально-правове забезпечення протидії сприянню учасникам злочинних організацій та укриттю їх злочинної діяльності: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 19 с.

Іваненко І.В. Бандитизм: кримінологічне та кримінально-правове дослідження: Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2003. – 233 с.

Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 2. – Луганськ: Елтон-2, 2012. – С. 9–72.

Куц В.М., Кириченко О.В. Неправдиве повідомлення про загрозу громадській безпеці (кримінально-правова характеристика та заходи протидії): Монографія. – Харків: Харків юридичний, 2006. – 212 с.

Майстренко М.М. Кримінологічна характеристика та попередження органами внутрішніх справ злочинів проти громадської безпеки, предметами яких є зброя, бойові припаси та вибухові речовини: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – 18 с.

Плева К.В. Кримінальна відповідальність за суспільно небезпечні діяння стосовно радіоактивних матеріалів: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 209 с.

Проблеми систематизації та комплексного розвитку антитерористичного законодавства України: Монографія / За заг. ред. В.С. Зеленецького, В.П. Ємельянова. – Харків: Право, 2008. – 96 с.

Радіонов І.І. Кримінальна відповідальність за бандитизм: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2004. – 205 с.

Сарнавський О.М. Кримінально-правова характеристика викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 193 с.

Семикін М.В. Кримінальна відповідальність за створення терористичної групи та терористичної організації: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2004. – 18 с.

Чорний Р.Л. Бандитизм за кримінальним правом України: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 236 с.

Іноземні монографії та посібники

Агапов П.В., Хлебушкин А.Г. Организация незаконного вооруженного формирования или участие в нем: политико-правовой, криминологический и уголовно-правовой анализ. – М.: Юридические программы, 2005. – 136 с.

Антипенко В.Ф. Борьба с современным терроризмом: Международно-правовые подходы. – К.: ЮОНА-М, 2002. – 723 с.

Емельянов В.П. Терроризм и преступления с признаками терроризирования: уголовно-правовое исследование. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 291 с.

Кочои С.М. Терроризм и экстремизм: уголовно-правовая характеристика. – М.: Велби, Проспект, 2005. – 176 с.

Михеев И.Р. Терроризм: понятие, ответственность, предупреждение // crime.vl.ru/docs/stats/stat_62.htm

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 269–313.

До підрозділу 5.5 **Кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту**

Вітчизняні монографії та посібники

Бабанін С.В. Кримінальна відповідальність за порушення чинних на транспорті правил: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2008. – 20 с.

Борисов В.И., Гизимчук С.В. Уголовная ответственность за нарушение правил, норм и стандартов, обеспечивающих безопасность дорожного движения. – Харьков: Консум, 2001. – 160 с.

Віскунов В.В. Кримінальна відповідальність за знищення, підробку або заміну номерів вузлів та агрегатів транспортного засобу: Монографія / Наук. ред. О.М. Костенко. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – 224 с.

Ємельяненко В.В. Кримінальна відповідальність за незаконне заволодіння транспортним засобом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2009. – 20 с.

Іванов Ю.Ф. Незаконне заволодіння транспортним засобом: кримінально-правовий та кримінологічний аспекти: Практ. посібн. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2008. – 108 с.

Котовенко О.М. Кримінальна відповідальність за пошкодження об'єктів магістральних нафто-, газо- та нафтопродуктопроводів: Монографія. – Харків: Консум, 2004. – 136 с.

Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 2. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 107–134.

Матвійчук Я.В. Кримінальна відповідальність за порушення правил дорожнього руху або експлуатації транспорту (порівняльно-правове дослідження): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 20 с.

Мисливий В.А. Злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту: Монографія. – Дніпропетровськ: Юрид. акад. Мін-ва внутр. справ, 2004. – 380 с.

Осадчий В.І. Злочини проти безпеки та експлуатації транспорту: Монографія. – К.: Вид-во Європейського ун-ту, 2011. – 151 с.

Щупаківський Р.В. Кримінальна відповідальність за незаконне заволодіння чужим транспортним засобом: Монографія. – К.: Атіка, 2007. – 160 с.

Іноземні монографії та посібники

Жулев В.И. Транспортные преступления. – М.: Спарк, 2001. – 190 с.

Коробеев А.И. Транспортные преступления. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 406 с.

Тяжкова И.М. Неосторожные преступления с использованием источников повышенной опасности: Монография. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 276 с.

До підрозділу 5.6
**Кримінальні правопорушення проти громадського порядку
та моральності**

Вітчизняні монографії та посібники

Бандурка І.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти моральності у сфері статевих стосунків: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2010. – 20 с.

Горб Н.О. Наруга над могилою: кримінально-правовий та кримінологічний аналіз: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 18 с.

Калмиков Д.О., Данилевський А.О. Кримінальна та адміністративна відповідальність за жорстоке поводження з тваринами: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – 616 с.

Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 2. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 135–200.

Кузнецов В.В. Злочини проти громадського порядку та моральності: Практ. посібн. / За заг. ред. В.І. Шакуна. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2007. – 160 с.

Кузнецов В.В. Кримінально-правова охорона громадського порядку та моральності в українському вимірі: Монографія. – К.: Інтерсервіс, 2012. – 908 с.

Кузнецова Л.О. Кримінальна відповідальність за хуліганство: порівняльно-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 20 с.

Кузнецов В.В., Бабаніна В.В., Кузнецова Л.О. Кримінальна відповідальність за хуліганство: національний та зарубіжний досвід: Монографія. – К.: Інтерсервіс, 2013. – 268 с.

Кучанська Л.С. Поняття та система злочинів проти моральності у кримінальному праві України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 19 с.

Ландіна А.В. Кримінально-правова охорона моральності в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 22 с.

Міщенко М.О. Кримінально-правова охорона культурних цінностей в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – 20 с.

Налуцишин В.В. Кримінальна відповідальність за хуліганство (ст. 296 КК України): Монографія. – Харків: Харків юридичний, 2009. – 252 с.

Одайник Б.М. Кримінальна відповідальність за знищення, руйнування або пошкодження пам'яток – об'єктів культурної спадщини: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 19 с.

Олійничук Р.П. Кримінально-правова характеристика групового порушення громадського порядку: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 19 с.

Орлеан А.М. Кримінально-правове забезпечення в Україні охорони людини від експлуатації: Монографія. – Кам'янець-Подільський: ПП Буйницький О.А., 2014. – 456 с.

Плотнікова А.В. Кримінальна відповідальність за організацію заняття проституцією: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 20 с.

Рябчинська О.П. Боротьба з розповсюдженням порнографічних предметів і творів, що пропагують культ насильства і жорстокості: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 20 с.

Савченко А.В., Репецький С.П. Суспільна моральність як об'єкт злочинних посягань: Монографія. – Івано-Франківськ: Тіповіт, 2012. – 280 с.

Сердюк П.П. Кримінологічні та кримінально-правові проблеми ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2005. – 20 с.

Іноземні монографії та посібники

Новиков А.В. Преступления против общественного порядка, сопряженные с посягательством на собственность: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2009. – 24 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 335–378.

Шалагин А.Е. Преступления против общественной нравственности: уголовно-правовой и криминологический анализ: Монография / Науч. ред. Ф.Р. Сундууров. – М.: Юрлитинформ, 2011. – 256 с.

До підрозділу 5.7

Кримінальні правопорушення проти здоров'я населення

Вітчизняні монографії та посібники

Арешкіна С.Н. Кваліфікація розкрадання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 22 с.

Бублейник В.А. Кримінально-правова характеристика незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання з метою збуту, а також незаконного збуту наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів: Навч.-практ. посібн. – Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2007. – 152 с.

Данилевська Ю.О., Каменський Д.В. Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення: проблеми кримінально-правової кваліфікації: Практ. посібн. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – 288 с.

Добро́рез І.О. Криминологічна характеристика та попередження незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту (за матеріалами Автономної Республіки Крим): Монографія. – Сімферополь: Кримське навчально-педагогічне державне видавництво, 2006. – 200 с.

Женунтій В.І., Бабенко А.М. Незаконне культивування наркотиковмісних рослин: кримінально-правовий та криминологічні аспекти, запобігання: Монографія. – Донецьк: Вебер (Донецька філія), 2009. – 222 с.

Кузнєцова О.В. Особливості розслідування незаконних діянь з отруйними та сильнодіючими речовинами: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. – 272 с.

Литвак О.М., Однолько І.В. Запобігання наркозлочинності неповнолітніх в Україні кримінально-правовими засобами: Монографія. – Дніпропетровськ: Вид-во ДДУВС, 2012. – 268 с.

Музика А.А. Відповідальність за злочини у сфері обігу наркотичних засобів. – К.: Логос, 1998. – 324 с.

Музика А.А., Горох О.П. Покарання та його застосування за злочини проти здоров'я населення: Монографія. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2012. – 404 с.

Наден О.В. Спеціальні види звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочини в сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів. – Харків: Право, 2003. – 224 с.

Організований наркобізнес (поняття, форми, підстави кримінальної відповідальності) / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, Л.В. Дорош та ін.; за заг. ред. Ю.В. Бауліна, Л.В. Дорош. – Харків: Право, 2005. – 256 с.

Павленко Р.М. Попередження незаконного виробництва наркотичних засобів і психотропних речовин підрозділами Міністерства внутрішніх справ України: Монографія. – К.: НАВСУ, 2005. – 276 с.

Протидія незаконному обігу наркотиків: історія, практика, законодавство: Навч. посібн. / Д.Й. Никифорчук, О.М. Стрільців, М.С. Хруппа та ін.; за заг. ред. О.М. Джужи. – К.: КНТ, 2006. – 240 с.

Сорока С.О. Контрабанда наркотичних засобів: проблеми протидії: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – 22 с.

Старук Ю.О. Кримінальна відповідальність за використання майна, здобутого від незаконного обігу наркотиків: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. – 320 с.

Фесенко Є.В. Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 280 с.

Іноземні монографії та посібники

Бриллиантов А.В., Клепицкий И.А. Преступления против здоровья населения и общественной нравственности: Учебно-метод. комплекс (спецкурс). – М.: РАП, 2007. – 55 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 314–334.

An Examination of Illicit Prescription Drug Markets in Melbourne, Hobart and Darwin. National Overview Report. – National Drug Law Enforcement Research Fund, 2005. – 150 p. // www.ndlerf.gov.au/pub/Monograph_21.pdf

До підрозділу 5.8

Кримінальні правопорушення проти порядку використання комп'ютерів, комп'ютерних систем і мереж та мереж електров'язку

Вітчизняні монографії та посібники

Азаров Д.С. Злочини у сфері комп'ютерної інформації (кримінально-правове дослідження). – К.: Атіка, 2007. – 304 с.

Біленчук П.Д., Романюк Б.В., Цимбалюк В.С. та ін. Комп'ютерна злочинність: Навч. посібн. – К.: Атіка, 2002. – 240 с.

Бутузов В.М., Остапеч С.Л., Шеломенцев В.П. Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електров'язку: Науково-практичний коментар. – К.: Друкарня МВС України, 2005. – 86 с.

Бутузов В.М. Протидія комп'ютерній злочинності в Україні (системно-структурний аналіз): Монографія. – К.: КНТ, 2010. – 408 с.

Голубев В.О., Гавловський В.Д., Цимбалюк В.С. Проблеми боротьби зі злочинами у сфері використання комп'ютерних технологій: Навч. посібн. / За заг. ред. Р.А. Калюжного. – Запоріжжя: ЗІДМУ, 2002. – 292 с.

Карчевський М.В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України: Монографія. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – 528 с.

Карчевський М.В. Злочини в сфері використання комп'ютерної техніки: Навч. посібн. – К.: Атіка, 2010. – 168 с.

Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 2. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 373–391.

Михайліна Т.В. Кримінальна відповідальність за створення з метою використання, розповсюдження або збуту шкідливих програмних чи технічних засобів, а також їх розповсюдження або збут: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 20 с.

Музика А.А., Азаров Д.С. Законодавство України про кримінальну відповідальність за «комп'ютерні» злочини: Науково-практичний коментар і шляхи вдосконалення. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2005. – 120 с.

Орлов С.О. Кримінально-правова охорона інформації в комп'ютерних системах та телекомунікаційних мережах: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2004. – 213 с.

Плугатир М.В. Імплементція Україною міжнародно-правових зобов'язань щодо відповідальності за злочини у сфері комп'ютерної інформації: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 18 с.

Розенфельд Н.А. Кримінально-правова характеристика незаконного втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 17 с.

Рудик М.В. Незаконний збут, розповсюдження комп'ютерної інформації з обмеженим доступом: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2007. – 229 с.

Савінова Н.А. Кримінально-правове забезпечення розвитку інформаційного суспільства в Україні: теоретичні та практичні аспекти: Монографія. – К.: ДКС, 2012. – 342 с.

Іноземні монографії та посібники

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 386–392.

Уэбстер Ф. Теории информационного общества / Пер. с англ. М.В. Арапова, Н.В. Малыхиной; под. ред. Е.Л. Вартановой. – М.: Аспект Пресс, 2004. – 400 с.

До підрозділу 5.9

Кримінальні правопорушення проти порядку здійснення службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг

Вітчизняні монографії та посібники

Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України. – К.: Атіка, 2012. – 332 с.

Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика: Навч. посібн. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 342 с.

Байлов А.В., Лантінов Я.О. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Основні склади злочинів за Розділом XVII Особливої частини КК: Альбом схем / За заг. ред. Я.О. Лантінова. – Харків: Харків юридичний, 2012. – 32 с.

Бакай М.І. Імплементція положень «антикорупційних» конвенцій у вітчизняне кримінальне законодавство: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 19 с.

Бантишев О.Ф. Злочини у сфері службової діяльності (питання кваліфікації): Навч. посібн. – К.: МАУП, 2002. – 128 с.

Бантишев О.Ф., Кузьмін С.А. Хабарництво: Кваліфікація та документування: Практ. посібн. – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2009. – 120 с.

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. – 230 с.

Грудзур О.М. Кримінально-правова характеристика провокації хабара: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 20 с.

Дудоров О.О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1994. – 208 с.

Задоя К.П. Кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК України): Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 231 с.

Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції». Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення»: Науково-практичний коментар / Відп. ред. С.В. Ківалов, Є.Л. Стрельцов. – Харків: Одіссей, 2011. – 344 с.

Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. – Харків: Право, 2013. – 424 с.

Коваленко В.П. Кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем, вчинене працівником правоохоронного органу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2009. – 18 с.

Кочеров М.В. Відповідальність за незаконне збагачення (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 18 с.

Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 2. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 392–505.

Крупко Д.І. Відповідальність за хабарництво за кримінальним правом Німеччини, Швейцарії та України (порівняльно-правове дослідження): Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2005. – 271 с.

Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України. – Львів: ЛДУВС, 2008. – 303 с.

Мельник М.І. Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства. – К.: Парламентське вид-во, 2000. – 256 с.

Методичні рекомендації з питань кваліфікації корупційних злочинів, передбачених ст.ст. 364-1, 365-1, 365-2, 368-2, 368-3, 368-4, 369-2 КК України / О.Г. Кальман, В.М. Куц, Я.О. Триньова, Н.М. Ярмиш. – К.: Національна академія прокуратури України, 2012. – 46 с.

Михайленко Д.Г. Підстави кримінальної відповідальності за хабарництво (давання та одержання хабара): Дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2009. – 264 с.

Протидія корупційній злочинності в Україні: Навч. посібн. / За заг. ред. І.В. Красницького. – Львів: Львівський держ. ун-т внутрішніх справ, 2010. – 308 с.

Савченко А.В., Кришевич О.В. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: Науково-практичний коментар до розділу XVII Особливої частини Кримінального кодексу України / За заг. ред. В.І. Шакуна. – К.: Алерта, 2012. – 160 с.

Слуцька Т.І. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені у сфері службової діяльності: Навч. посібн. – К.: КНТ, 2007. – 168 с.

Томчук І.О. Давання хабара: кримінально-правовий та кримінологічний аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 18 с.

Трепак В.М. Корупційні правопорушення: поняття, види та заходи протидії: Навч. посібн. – К.: Атіка-Н, 2014. – 336 с.

Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К.: Атіка, 2011. – 424 с.

Хашев В.Г. Кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2007. – 24 с.

Худякова Н.Ю. Кримінально-правова характеристика службової недбалості: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 19 с.

Шиндель Ю.І. Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2014. – 19 с.

Шиманський Ф.В. Злочини у сфері службової діяльності (кримінально-правовий аналіз): Навч. посібн. – Одеса: Юридична література, 2006. – 272 с.

Ярошенко О.Д. Кримінальна відповідальність за пропозицію та надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2014. – 20 с.

Іноземні монографії та посібники

Адоевская О.А. Противодействие коррупционным преступлениям на федеральном и региональном уровнях: Специализированный учебный курс. – Саратов: Саратовская государственная юридическая академия, 2013. – 100 с.

Волженкин Б.В. Служебные преступления: Комментарий законодательства и судебной практики. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. – 560 с.

Гармаев Ю.П., Обухов А.А. Квалификация и расследование взяточничества: Учеб.-практ. пособ. – М.: НОРМА, 2009. – 304 с.

Егорова Н.А. Теоретические проблемы уголовной ответственности за преступления лиц, выполняющих управленческие функции: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. – Волгоград, 2006. – 62 с.

Карабанов А.Л., Мелькин С.К. Современные проблемы противодействия коррупции: уголовно-правовой и криминологический аспекты. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – 200 с.

Коррупционная преступность: криминологическая характеристика и научно-практический комментарий к законодательству о борьбе с коррупцией / В.В. Асанова и др.; под общ. ред. В.М. Хомича. – Минск: Тесей, 2008. – 504 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 438–471.

Тумаркина Л.П. Коммерческий подкуп: Монография. – М.: Камерон, 2005. – 176 с.

Шнитенков А.В. Ответственность за преступления против интересов государственной службы и интересов службы в коммерческих и иных организациях. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. – 331 с.

Энциклопедия уголовного права. – Т. 20: Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях. – СПб., 2012. – 666 с.

Яни П.С. Взятничество и должностное злоупотребление: уголовная ответственность (Книга 1). – М.: Интел-синтез, 2002. – 120 с.

До підрозділу 5.10 Кримінальні правопорушення проти правосуддя

Вітчизняні монографії та посібники

Вакулик О.О. Кримінально-правова характеристика примушування давати показання: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 256 с.

Головчук В.А. Кримінально-правова охорона виконання судових рішень: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 19 с.

Дідик С.Є. Кримінально-правова охорона правосуддя від незаконних діянь судді як спеціального суб'єкта злочину: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 207 с.

Злочини проти правосуддя: Навч. посібн. / В.І. Тютюгін, В.І. Борисов, Ю.В. Гродецький та ін.; за заг. ред. В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – Харків: Юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 2011. – 160 с.

Квасневська Н.Д. Кримінальна відповідальність судді за неправосуддя в Україні: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 192 с.

Копотун І.М. Запобігання злочинам, що призводять до надзвичайних ситуацій у в'язничих колоніях: Монографія. – К.: Золоті ворота, 2013. – 472 с.

Кудрявцев В.В. Кримінально-правова охорона життя осіб, що є носіями судової влади, за кримінальним законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2006. – 20 с.

Кузнецов В.В., Сийпловік М.В. Кримінальна відповідальність за притягнення як обвинуваченого завідомо невинуватої людини: Монографія / За заг. ред. В.І. Шакуна; передмова Г.О. Усатого. – Ужгород: ЗақДУ, 2011. – 284 с.

Мельник Р.І. Кримінально-правова характеристика завідомо незаконних затримання, приводу, арешту та тримання під вартою (ст. 371 КК України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 20 с.

Омельяненко М.І. Кримінально-правова охорона порядку поводження з майном, на яке накладено арешт або яке описано чи підлягає конфіскації: Дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2011. – 232 с.

Орел Ю.В. Кримінальна відповідальність за злісну непокору вимогам адміністрації виправної установи: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2008. – 20 с.

Сванідзе Е. Ефективне розслідування фактів жорстокого поводження: Керівні принципи застосування європейських стандартів. – К.: К.І.С., 2009. – 144 с.

Соболева О.О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 20 с.

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): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 20 с.

Юшина Ю.В. Посягання на правосуддя, що здійснюються у процесі перевірки інформації про вчинені або підготовлювані злочини (кримінально-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2012. – 20 с.

Іноземні монографії та посібники

Бриллиантов А.В., Косевич Н.Р. Настольная книга судьи: преступления против правосудия. – М.: Велби, Проспект, 2008. – 560 с.

Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. – 491 с.

Гулый А.А. Уголовная ответственность за незаконные действия в отношении имущества, повергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации: Дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – 195 с.

Денисов С.А. Актуальные проблемы уголовной ответственности за преступления против правосудия: Дисс. ... д-ра юрид. наук. – СПб., 2002. – 310 с.

Кулешов Ю.И. Преступления против правосудия: проблемы теории, законотворчества и правоприменения: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. – Владивосток, 2007. – 54 с.

Преступления против правосудия / А.Н. Александров, Ю.И. Антонов, А.В. Галахова и др.; под ред. А.В. Галаховой. – М.: НОРМА, 2005. – 416 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 472–485.

До підрозділу 6.1

Кримінальні правопорушення проти національної безпеки у політичній, воєнній, інформаційній сферах і проти державної безпеки

Вітчизняні монографії та посібники

Бантишев О.Ф., Шамара О.В. Кримінальна відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України (проблеми кваліфікації): Монографія. – 3-е вид., перероб. та доп. – К., 2014. – 198 с.

Захаров Є.Ю. Засудження злочинів комуністичного режиму СРСР. – Харків: Права людини, 2013. – 320 с.

Ліпкан В.А., Діордіца І.В. Національна безпека України: кримінально-правова охорона: Навч. посібн. – К.: КНТ, 2007. – 292 с.

Маляр Г.В. Проблеми політичної злочинності в зарубіжній кримінології: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 20 с.

Самойлова О.С. Кримінально-правова характеристика передачі або збирання відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 20 с.

Сотула О.С. Кримінальна відповідальність за посягання на життя державного чи громадського діяча: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2003. – 20 с.

Стрельцов Є.Л., Питула А.М. Незаконне переправлення осіб через державний кордон України: склад злочину: Конспект лекції. – Одеса: Фенікс, 2011. – 28 с.

Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: Монографія. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 1048 с. (С. 826–834).

Шлапаченко В.М. Кримінальна відповідальність за шпигунство в законодавстві держав – членів НАТО: Навч. посібн. – К.: Національна академія Служби безпеки України, 2007. – 57 с.

Шлапаченко В.М. Кримінальна відповідальність за шпигунство в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 20 с.

Іноземні монографії та посібники

Lippman M. Contemporary Criminal Law. Cases, Concepts and Controverses. Florida State Supplement. – Sage Publications, 2009. – P. 470–483 // www.sagepub.com/lippmanstudy/state/fl/Ch16_Florida.pdf

Асланов Р.М. Преступления против государственной власти. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 480 с.

Гринько С.Д. Уголовно-правовые и криминологические проблемы противодействия посягательствам на основы конституционного строя и безопасности государства: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. – М., 2008. – 55 с.

Самойлов А.С., Мирзоев Г.Б., Езов А.Н. Уголовная ответственность за преступления против основ конституционного строя и безопасности государства. – М.: РАА, 2004. – 300 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 393–437.

До підрозділу 6.2 Кримінальні правопорушення проти порядку управління

Вітчизняні монографії та посібники

Арманов М.Г. Кримінальна відповідальність за примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 17 с.

Буртовой М.О. Документ як предмет злочинів у сфері господарської діяльності: Дис. ... канд. юрид. наук. – Дніпропетровськ, 2010. – 259 с.

Давидович І.І. Кримінально-правова охорона представників влади і громадськості, які охороняють правопорядок: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 20 с.

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. – Харків, 2008. – 20 с.

Кримінальне право України: Особлива частина: Підручн. / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Т. 2. – Луганськ: Елтон–2, 2012. – С. 297–372.

Осадчий В.І. Кримінально-правовий захист правоохоронної діяльності: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 336 с.

Парасюк Н.М. Незаконні дії з документами, бланками, штампами та печатками за кримінальним правом України: юридичний аналіз складів злочинів (ст.ст. 357, 358 КК України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2011. – 19 с.

Соловйова А.М. Кримінально-правова характеристика примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2005. – 20 с.

Тімошенко Н.О. Кримінально-правова характеристика підроблення документів, печаток та бланків, їх збуту та використання: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 19 с.

Тучков С.С. Підроблення як спосіб вчинення злочину: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 17 с.

Чайка В.О. Кримінальна відповідальність за посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 16 с.

Іноземні монографії та посібники

Букалєрова Л.А. Уголовно-правовая охрана официального информационного оборота / Под ред. В.С. Комиссарова, Н.И. Пикурова. – М.: Юрлитинформ, 2006. – 360 с.

Калешина О.И. Поддельный документ как предмет и средство совершения преступления: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2006. – 24 с.

До підрозділу 6.3 Кримінальні правопорушення проти порядку несення військової служби

Вітчизняні монографії та посібники

Бодаєвський В.П. Кримінальна відповідальність військовослужбовців за корисливі посягання на військове майно (ст. 410 КК України): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2010. – 16 с.

Гришук В.К., Сенько М.М. Кримінальна відповідальність за самовільне залишення військової частини або місця служби: Монографія. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2007. – 308 с.

Карпенко М.І. Кримінальна відповідальність за порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості (кримінально-правове та кримінологічне дослідження): Монографія / За заг. ред. В.К. Матвійчука. – К.: КНТ, 2006. – 232 с.

Касинюк В.І., Білоконов В.М. Кримінальна відповідальність військовослужбовців за порушення правил водіння або експлуатації машин. – Запоріжжя: Глазунов С.О., 2011. – 231 с.

Панов М.І., Касинюк В.І., Харитонов С.О. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (Військові злочини). – Харків: Харків юридичний, 2006. – 172 с.

Хавронюк М.І., Дячук С.І., Мельник М.І. Військові злочини: Коментар законодавства / Відп. ред. М.Д. Дрига, В.І. Кравченко. – К.: А.С.К., 2003. – 272 с.

Іноземні монографії та посібники

Борисенко В.М., Егоров К.И., Исаев Г.Н. Преступления против военной службы / Под общ. ред. Н.А. Петухова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 399 с.

Сызранцев В.Г. Воинские преступления: Комментарий к главе 33 УК РФ. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 304 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – Юрлитинформ, 2010. – С. 486–497.

До підрозділу 6.4

Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку

Вітчизняні монографії та посібники

Зелинская Н.А. Политические преступления в системе международной преступности. – Одесса: Феникс, 2003. – 398 с.

Злочини проти людства. Боротьба за правосуддя в усьому світі / Джеффри Робертсон (королівський адвокат); пер. з англ. Г.Є. Краснокутського. – Одеса: Бахва, 2006. – 628 с.

Куцевич М.П. Кримінальна відповідальність за екоцид: міжнародний та національний аспекти: Монографія. – К.: Юридична думка, 2009. – 332 с.

Кучевська С.П. Проблеми гармонізації законодавства України про кримінальну відповідальність та Статуту Міжнародного кримінального суду: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2009. – 231 с.

Маєвська А.А. Злочини проти людяності: міжнародно-правовий аспект: Дис. ... канд. юрид. наук. – Харків, 2002. – 182 с.

Миронова В.О. Проблеми кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни / За заг. ред. В.П. Ємельянова. – Харків: Право, 2007. – 152 с.

Мохончук С.М. Злочини проти миру та безпеки людства: генезис, еволюція, сучасна регламентація у кримінальному праві та законі: Монографія. – Харків: Право, 2013. – 528 с.

Наден О.В. Найманство як соціальне та кримінально-правове явище: сутність, новітні тенденції розвитку та проблема протидії: Монографія. – К.: Атіка, 2005. – 264 с.

Попович В.П. Імплементация норм міжнародного гуманітарного права у кримінальне законодавство України: Дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2010. – 322 с.

Репешко П.І. Найманство: Монографія. – Херсон: ОЛДІ-плюс, 2010. – 372 с.

Строкова І.І. Кримінальна відповідальність за геноцид (порівняльний аналіз): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 18 с.

Іноземні монографії та посібники

Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов: Курс лекций юридического факультета Открытого Брюссельского университета. – М.: Международный комитет Красного Креста, 2011. – 1144 с.

Кибальник А.Г. Современное международное уголовное право: Монография. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – 304 с.

Сравнительное уголовное право: Особенная часть: Монография / Под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 506–532.

Проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества / В кн.: Лу-кашук И.И., Наумов А.В. Международное уголовное право: Учебн. – М.: Спарк, 1999. – С. 127–131.

ДУДОРОВ Олександр Олексійович
ХАВРОНЮК Микола Іванович

Кримінальне право

Навчальний посібник

За загальною редакцією М.І. Хавронюка

Редагування і комп'ютерна верстка – Т.В. ЯКОВЕНКО

Підписано до друку __. __. 2014. Формат 60×90 1/16.
Гарнітура Calibri. Папір офсетний. Друк офсетний.
Обл.-вид. арк. 61,22. Тираж _____ прим. Зам. № ____.

Выходные данные издательства