



ОЛЕКСАНДР ДУДОРОВ

**КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ
ПРОБЛЕМИ
СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ**

(ВИБРАНІ ПРАЦІ)

× × ×

ОЛЕКСАНДР ДУДОРОВ

**КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ
СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ**

(ВИБРАНІ ПРАЦІ)

КИЇВ • 2022

Дудоров Олександр. Кримінально-правові проблеми сучасної України (вибрані праці). Київ: Ваіте, 2022. – 632 с.

Видання є збіркою наукових праць, присвяченою 55-річному ювілею автора, і продовженням реалізації ідеї, яка знайшла втілення у книгах «Вибрані праці з кримінального права» (Луганськ, 2010 р.) і «Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці)» (Київ, 2017 р.).

Книга вміщує праці автора з проблем загальної та особливої частин кримінального права, написані одноосібно або у співавторстві протягом 2017–2021 років.

Видання розраховане на викладачів, науковців, здобувачів вищої юридичної освіти, правозастосувачів, усіх тих, хто цікавиться питаннями сучасного кримінального права.

ISBN 978-617-7627-70-7



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні

Видано за підтримки Координатора проектів ОБСЄ в Україні. У цій публікації висловлено виключно погляди авторів. Вони не обов'язково збігаються з офіційною позицією Координатора проектів ОБСЄ в Україні.

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА	7
НАУКОВІ СТАТТІ	9
Комплексне реформування кримінального законодавства України. Перший вагомий крок зроблено	10
Реалізація принципу верховенства права при застосуванні закону про кримінальну відповідальність: постановка проблеми, міжнародний і зарубіжний досвід	28
До питання про кримінально-правовий вимір конституційного принципу верховенства права	45
Про перспективи законодавчого унормування провокаційної поведінки та її правових наслідків	54
Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені злочинною спільнотою: аналіз законодавчих новел	70
Проблематика виконання наказу (розпорядження) у світлі положень Закону України «Про запобігання корупції»	76
Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим: проблеми правозастосування	80
Щодо ефективності кримінально-правового регулювання давності у контексті взаємодії норм КК і КПК України	86
Проблема зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання у контексті забезпечення єдності судової практики	89
Новели кримінального законодавства щодо відповідальності за секс-делікти: окремі проблемні аспекти	99
«Вік сексуальної згоди» у міжнародному праві, кримінально-правовій доктрині та Кримінальному кодексі України	108
Злочини проти статевої свободи, статевої недоторканості та статевої моральності в проекті нового Кримінального кодексу України (нотатки на полях).	120
Окремі аспекти врахування міжнародних стандартів при вдосконаленні кримінального законодавства України про відповідальність за секс-делікти	125
Проблема єдності судової практики в справах про шахрайство	130
Питання кваліфікації шахрайства у працях П.С. Матишевського і сучасній судовій практиці	138
Кримінально-правова оцінка заволодіння чужим майном шляхом застосування до потерпілого шкідливих для здоров'я людини речовин: про що свідчить досвід США?	142
Проблеми кваліфікації самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва у практиці Верховного Суду	151
Скасування мораторію на обіг земель сільськогосподарського призначення – чи готовий до цього закон України про кримінальну відповідальність?	164

Незаконне отримання суми бюджетного відшкодування ПДВ: питання кримінально-правової кваліфікації (у контексті визначення підслідності Бюро економічної безпеки України)	175
Розвиток законодавства України про кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності: проблеми і тенденції	183
Кваліфікований та своєчасний погляд компаративіста на проблему кримінально-правової охорони економіки	194
Кримінально-правова протидія створенню фінансових пірамід в Україні: сучасний стан і перспективи вдосконалення	199
Кримінально-правова заборона щодо контрабанди деревини: сучасний стан і перспективи	231
Про рекриміналізацію товарної контрабанди в контексті євроінтеграційних прагнень України	241
Про перспективи рекриміналізації контрабанди товарів (нотатки на полях президентського законопроекту)	251
Кримінальна відповідальність за незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей: аналіз законодавчих новел	261
Стаття 205-1 Кримінального кодексу України як антирейдерська заборона: проблеми тлумачення, застосування і вдосконалення	274
Заборона щодо протиправного заволодіння майном підприємства, установи, організації як кримінально-правовий засіб протидії «рейдерству» (окремі дискусійні аспекти)	286
Інсайдерська інформація і кримінальний закон: від американських реалій до європейських перспектив	292
Проблемні питання врахування положень регулятивного законодавства при кримінально-правовій оцінці злочинних посягань на довкілля	317
Законодавчі новели щодо кримінально-правової охорони українських лісів – обґрунтоване посилення відповідальності чи її невинуватна гуманізація?	320
Земельні злочини екологічної спрямованості: від деліктів створення небезпеки до оптимальної законодавчої моделі	326
Про напрями вдосконалення механізму кримінально-правової охорони довкілля (на замітку розробникам нового Кримінального кодексу України)	342
Істотна шкода як криміноутворювальна ознака незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом: проблеми тлумачення і вдосконалення кримінального закону	355
Судова практика в справах про кримінальні правопорушення проти безпеки виробництва: питання кваліфікації	365
Кримінальна відповідальність за незаконне заволодіння транспортним засобом: аналіз законодавчих новел	375
Деякі міркування щодо перебудови розділу XVII Особливої частини Кримінального Кодексу України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг»	389
Про розмежування злочину, передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України, і проступку, передбаченого статтею 172-5 Кодексу України про адміністративні правопорушення	395

Проблеми кваліфікації зловживання впливом у судовій практиці.	404
Зловживання впливом: оцінка правозастосовного орієнтиру, сформульованого Верховним Судом, у контексті визначення перспектив кримінально-правової заборони щодо «фонової» корупції	420
«Торгівля» удаваним впливом: проблеми кваліфікації та вдосконалення кримінального закону.	436
Кейс Черненко, або Як НАБУ дії народних обранців кваліфікувало	442
Незаконне збагачення: у пошуках дієвої моделі кримінально-правової заборони	448
Спеціальне розслідування виборів Президента США: від інавгурації до імпічменту – один крок?	460

ВІДГУКИ ОПОНЕНТА (ВИТЯГИ), РЕЦЕНЗІЇ 469

Відгук на дисертацію І.М. Ясін «Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за законодавством України».	470
Відгук на дисертацію Т.В. Родіонової «Місце вчинення злочину за кримінальним правом України».	475
Відгук на докторську дисертацію Д.Г. Михайленка «Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні»	485
Відгук на докторську дисертацію Р.А. Волинця «Кримінально-правова охорона фондового ринку»	492
Відгук на дисертацію О.П. Мамотенка «Кримінально-правові засоби протидії незаконному поводженню з товарами у сфері акцизного оподаткування»	499
Відгук на докторську дисертацію А.М. Шульги «Кримінально-правова охорона земельних ресурсів в Україні: теоретико-правовий аспект»	506
Відгук на докторську дисертацію Р.С. Орловського «Інститут співучасті в кримінальному праві України».	516
Відгук на дисертацію І.М. Федулової «Кримінальна відповідальність за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації»	523
Відгук на докторську дисертацію О.В. Коротюк «Кримінально-правова охорона об'єктів права інтелектуальної власності»	529
Відгук на докторську дисертацію А.М. Клочко «Теоретико-прикладні засади протидії злочинам у сфері банківської діяльності в Україні»	538
Відгук на докторську дисертацію О.В. Ус «Кваліфікація в кримінальному праві України»	547
Відгук на докторську дисертацію І.В. Берднік «Кримінально-правова охорона водних ресурсів»	553
Відгук на дисертацію Ю.С. Бурбели «Добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди в кримінальному праві України»	563
Відгук на дисертацію М.-М.С. Яциніної «Зловживання владою, службовим становищем або повноваженнями за Кримінальним кодексом України» (ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК України).	570
Відгук на дисертацію Т.А. Сокур «Кримінальна відповідальність за умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції»	582
Відгук на докторську дисертацію А.В. Андрушка «Злочини проти волі, честі та гідності особи (кримінально-правове та кримінологічне дослідження)»	589

Відгук на докторську дисертацію Ю.А. Пономаренка «Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень»	595
Відгук на дисертацію А.А. Тертичної «Кримінальна відповідальність за невиконання судового рішення»	604
Відгук на дисертацію В.П. Беленка «Кримінально-правова та кримінологічна характеристика погрози або насильства щодо працівника правоохоронного органу» . . .	611
Відгук на дисертацію Є.Ю. Драчевського «Кримінально-правова охорона господарських відносин у сфері організації і проведення азартних ігор та лотерей» . . .	616
Роль закону України про кримінальну відповідальність у забезпеченні належного функціонування сфери соціального страхування	621
Самобутнє видання з кримінального права України	624
Актуальний аспект кримінально-правової охорони земельних відносин	626
Как учитъ уголовному праву: взгляд немецких профессоров в интерпретации отечественного ученого	631

ПЕРЕДМОВА

(неформальна)

Колеги, які, як і автор цих рядків, працюють у системі вищої школи сьогоденної України, добре обізнані з різноманітними проявами освітньо-наукового бюрократизму, який буває і квітне у цій системі. Як особа, яка є її учасником і присвятила викладанню і науці понад 30 років свого життя, можу впевнено заявити, що перманентне реформування вказаної сфери не впливає (від слів «жодним чином») на зміст та якість підготовки науково-педагогічних кадрів і таких, що пишуться і захищаються, наукових кваліфікаційних робіт формально різного рівня.

Так, якщо ідея захисту дисертацій на здобуття ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право» за процедурою *ad hoc* задумувалась як модель, спроможна зібрати «під» конкретну дисертацію «вузьких» фахівців, які здатні оцінити її неупереджено і відповідатимуть за цю оцінку своїм ім'ям у науці, то вказана ідея, на жаль, зазнала фіаско, оскільки немає нічого спільного з реаліями нашого наукового і біля-наукового буття. Як і раніше, дисертації (не має значення – за «старою» чи «новою» процедурою) захищаються різні – класні (читаючи які, я особисто відчуваю кайф і вдячність їхнім авторам за надану можливість зайнятись самоосвітою і дізнатись справді щось нове) або слабенькі чи навіть халтурні (коли ти як опонент, бо такі правила гри, після формулювання купи зауважень пишеш, що вони не впливають на належний рівень дисертації, а її автор(-ка) заслуговує шуканого ступеня).

Сподіваюсь на те, що уважний читач після ознайомлення з рубрикою цієї збірки «Відгуки опонента (витяги), рецензії» відчує як вказану різницю, так і ті емоції, які відчував опонент, коли готував той чи інший відгук. Особи, котрі залучаються до захистів дисертацій як опоненти, виконують свої обов'язки так, як їм дозволяють це робити їхні грамотність, професіоналізм і сумління, і жодні зміни порядків атестації здобувачів шуканих ступенів цю даність змінити не можуть. Як писав Олександр Борін, наука існує, допоки речі і люди називаються тут своїми іменами. Про себе можу сказати, що принаймні речі я намагаюсь називати своїми іменами.

Ще одне вельми сумнівне ноу-хау на освітньо-науковій ниві – це індекси цитування і пов'язане з ними переконання «новітніх стейкхолдерів від науки» у тому, що викладачі ЗВО мають не лише продукувати наукову продукцію, а й просувати її, популяризувати тощо. Вважаю таку логіку принципово хибною, а відтак неприйнятною: якщо той чи дослідник має невисокий індекс Гірша або ж навіть (!) не має такого, то це не означає, що такий дослідник є нікчемним науковцем, а його праці – неякісними. Кореляція (від слова «жодна») тут відсутня.

Ба більше: автор відвертої маячні (а в 12.00.08 на сьогодні трапляється і таке – кажу про це зі знанням справи) або якогось надзвичайно спірного (сумнівного) висловлювання цілком може розраховувати на «зліт» свого індекса Гірша, адже на величину останнього не впливає (знову ж) зміст – те, зі знаком «плюс» чи «мінус» науковці посилаються на працю того чи іншого автора.

Вимушений також зізнатись: у гонитві за формальними показниками, підкоряючись учергове новітнім правилам гри, я як професор декількох університетів, зацікавлених у таких показниках, був вимушений витратити немало часу для того, щоб «підтягнути» свій h-index у Google Scholar. Наука у цьому разі, як то кажуть, «відпочиває».

Проблемою кого є відсутність посилань на наукові праці як чинник, що негативно впливає на індекси цитувань їхніх авторів, – самих цих авторів, публікації яких чомусь залишилися непо-

міченими з боку, наприклад, несумлінних здобувачів, чи все ж останніх, які при написанні свої наукових кваліфікаційних робіт допустили прогалини в опрацюванні джерельної бази? Особисто для мене відповідь на поставлене питання є очевидною, через що я не втомлююсь у відгуках на дисертації робити зауваження, вказуючи на подібні прогалини. Звісно, можна посилатись на те, що ми живемо в інформаційному суспільстві, в якому обсяги у тому числі професійно значимої інформації зросли колосально, через що відслідкувати її у повному обсязі проблематично. Однак ця обставина, на моє переконання, не може слугувати виправданням несумлінності в пошуку й опрацюванні наукових здобутків попередників (Google у допомогу).

Один сучасний психолог якимось влучно підмітив: інформації багато, однак у глибину пірнути немає або можливості, або бажання, або першого і другого разом. Складно з цим не погодитись.

Хочу також зазначити, що самою останньою чергою підготовка пропонованої увазі читача збірки була зумовлена моїм бажанням підняти свій формальний рейтинг. Книга, як і її попередні аналоги, є вузькоспеціалізованим читвом, передусім розрахованим на тих, хто професійно займається кримінальним правом, прагне до самовдосконалення, знаходить час для ознайомлення з працями колег, не схильний до гіперболізації власних і недооцінки чужих творчих досягнень. Попри всі реформи, такі люди у сьогоднішній Україні є, і автор дуже цінує свою дружбу з ними. Сподіваюсь на те, що видання стане у нагоді й іншим викладачам, науковим співробітникам, здобувачам вищої юридичної освіти, правозастосувачам, усім тим, хто цікавиться питаннями сучасного кримінального права.

Як і раніше, особливістю наукових статей, включених до збірки, є те, що вони друкуються в авторській редакції: самодостатній автор має право друкувати написане (вистраждане) ним у тому вигляді, який подобається саме йому, а не комусь іншому (наприклад, редактору журналу).

Висловлюю (вчергове) вдячність Координатору проектів ОБСЄ в Україні й особисто Віталію Гацелюку за допомогу у виданні цієї книги.

Окрема подяка моїм учням – співавторам частини праць, включених у цю збірку, – докторам юридичних наук, професорам Андрію Вознюку, Дмитру Каменському, Роману Мовчану, Євгену Письменському. Вірю в те, що бюрократи від науки нас не «зламають», і ми продовжимо плідно працювати на не дуже вдячній у сьогоднішній Україні викладацькій і науковій ниві. Чимало зроблено, однак попереду нові творчі проекти, і ваша участь у них є вкрай бажаною.

Все, що викладено вище, написано до війни – у попередньому, благополучному житті... У цьому виданні чимало посилань на російську юридичну літературу. Так склалось історично, і цьому факту є всім відомі пояснення. У моїй подальшій науково-літературній діяльності таких посилань більше не буде.

10 квітня 2022 року.

HAYKOBİ STATTI

Комплексне реформування кримінального законодавства України. Перший вагомий крок зроблено¹

Не виникає жодних сумнівів у тому, що Україна потребує наведення ладу в публічно-правовій сфері суспільних відносин, важливою складовою яких є відносини, що підлягають кримінально-правовому регулюванню. Чинний Кримінальний кодекс України (далі – КК), який покликаний виконувати зазначену функцію, хоч і був прийнятий відносно нещодавно (5 квітня 2021 р. відзначимемо двадцятиріччя його появи), за час, що сплив з моменту його ухвалення, із низки причин істотно втратив свою ефективність. Не останньою чергою через це за рішенням Президента України 7 серпня 2019 р. було утворено Комісію з питань правової реформи, у складі якої сформовано Робочу групу з питань розвитку кримінального права (далі – Робоча група), яка почала працювати над підготовкою змін до законодавства України про кримінальну відповідальність. До складу Робочої групи увійшли знані вітчизняні фахівці – представники різних правничих шкіл – на чолі з академіком Юрієм Бауліним, які сміливо зголосилися виконати таку непросту (інколи навіть невдячну), але водночас поважну і потрібну місію.

Згідно з розробленою Робочою групою Концепцію реформування кримінального законодавства України було вирішено відмовитись від ідеї вдосконалення КК 2001 р. і підготувати текст проекту нового КК, тобто фактично розпочати кримінально-правове нормотворення з «чистого аркуша». Такий підхід виглядає зрозумілим, якщо мати на увазі те, що одночасно передбачається розроблення (повне оновлення) всіх кодифікованих актів у сфері публічно-правової відповідальності (відповідальності за публічні правопорушення).

Вступні зауваги. Нещодавно Робоча група презентувала довгоочікувані результати своїх колективних зусиль, представивши на розсуд юридичній спільноті проект Загальної частини нового КК (далі – проект). Показово, що зроблено це в зручний та інноваційний спосіб – через створення спеціального сайту *newcriminalcode.org.ua*, який фактично щодня стає все більш інформаційно насиченим і на якому з-поміж іншого розміщено контрольний проект (на момент підготовки цієї статті до друку датований 19 жовтня 2020 р.). У такий спосіб уможлиблюється процес загального ознайомлення з проєктованим документом, забезпечується бажана транспарентність, а робоча група закликає кожного, хто бажає, висловлювати свої рекомендації та зауваження, скориставшись рубрикою сайту «Запропонувати ідею / Поставити запитання» (*newcriminalcode.org.ua/suggest*). Переконані в тому, що широке професійне обговорення проекту сприятиме покращенню його якості та поступовому вдосконаленню із втіленням найкращих світових практик публічно-правового нормотворення.

Автори цих рядків як, так би мовити, рівновіддалені фахівці були залучені керівництвом Робочої групи (за підтримки Консультативної місії Європейського Союзу в Україні) до рецензування первинної версії проекту, підготовленої станом на 8 серпня 2020 р., і за результатами опрацювання документа підготували розгорнуту рецензію на нього, яка містить доволі численні постатейні застереження. Своє основне завдання ми вбачали в тому, щоб максимально допомогти Робочій групі шляхом висловлення конструктивної критики. Наскільки це вдалося зробити – судити явно не нам. З етичних міркувань ми не оприлюднювали нашу рецензію.

На сьогодні процес обговорення проекту закономірно перейшов у публічну площину: з'явилися перші публікації (причому різної якості); проведено декілька науково-практичних заходів, присвячених аналізу положень проекту, зокрема Міжнародну наукову конференцію «Реформування кримінального законодавства України: сучасність та майбутнє» (м. Харків, 22–23 жовтня 2020 р.). Тому і ми вирішили поділитись своїми суб'єктивними міркуваннями щодо окремих складових проекту. Однак перед тим, як перейти до конкретики, вважаємо за потрібне наголосити на такому.

По-перше, порівняння первісного варіанту проекту, з яким працювали рецензенти, і того варіанту, який датований 19 жовтня 2020 р., переконливо засвідчує, що текст документа поступово

¹ Стаття написана у співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Юридичний вісник України. 20–26 листопада 2020 р., № 46; 27 листопада – 3 грудня 2020 р., № 47; 4–10 грудня 2020 р., № 48; 11–17 грудня 2020 р., № 49.

і невпинно поліпшується, а учасники Робочої групи відкриті до фахової дискусії, готові до сприйняття конструктивної критики.

Усього декілька показових прикладів (насправді їх можна наводити чимало): 1) у рецензії ми зазначали, що, якщо розробники проекту наполягають на наскрізному використанні в його тексті терміну «кримінально-правові засоби», то варто навести відповідне визначення у «глосарії» – статті «Значення основних термінів Кримінального кодексу України». Наразі таке визначення сформульоване (п. 20 ч. 2 ст. 1.3.1 проекту); 2) відповіддю на наше застереження щодо невірної відсутності у розділі про суб'єкта злочину згадування про спеціального суб'єкта стало визначення поняття останнього у ч. 2 ст. 2.2.1 проекту; 3) після вказівки рецензентів на те, що у проекті втілюється загалом прогресивна ідея запровадження автономної розрахункової одиниці, а отже, її розмір має визначатись саме і тільки КК, із ч. 2 ст. 1.3.2 проекту зникло нелогічне положення про зміну (після набрання чинності КК) розміру розрахункової одиниці законом про Державний бюджет України на відповідний рік; 4) відповіддю на наше зауваження про прогальність ст. 2.3.8 проекту «Фактична помилка» у частині регламентації питання про так звану невибачальну помилку стало доповнення цієї статті ч. 4 такого змісту: «Особа, яка повинна була і могла усвідомлювати наявність ознаки складу злочину, але не усвідомлювала її, підлягає кримінальній відповідальності за необережний злочин у випадках, передбачених цим Кодексом»; 5) хоч Робоча група і не погодилась із рецензентами в частині відмови від такого собі радянського спадку – вичерпного переліку діянь, які утворюють пособництво у злочині, вона адекватно відреагувала на застереження щодо існуючої на сьогодні проблематичності кримінально-правової оцінки випадків посередництва при наданні-одержанні неправомірної вигоди, зазначивши в ч. 5 ст. 2.5.2 проекту «Види співучасників» те, що пособником є особа, яка сприяла вчиненню злочину іншому співучаснику, зокрема посередництвом; 6) із визначень ув'язнення на певний строк і довічного ув'язнення (ч. 1 ст. 3.1.5, ч. 1 ст. 3.1.6 проекту) за рекомендацією рецензентів зник такий традиційний зворот, як ізоляція засудженого від суспільства, який здатен створити хибне і загалом неприйнятне враження про те, що контингент засуджених, які перебувають у пенітенціарних установах, і персонал цих установ не є частиною суспільства.

Така налаштованість Робочої групи на професійний діалог і плідну співпрацю в інтересах справи сприймається вкрай схвально.

По-друге, у рецензії ми вимушені були констатувати: 1) неоднаковий фаховий рівень, принаймні різним розділам проекту; відтак кількість і (головне) характер наших застережень до статей тих чи інших розділів істотно різняться (не думаємо, що цю думку варто розвивати); 2) необхідність активнішого залучення у законопроектну роботу здобутків кримінально-правової науки. Наприклад, при вдосконаленні ст. 2.2.1 проекту «Суб'єкт злочину» ми рекомендували звернутись до дисертації І. Копйової «Виконавець як співучасник злочину: поняття, види, відповідальність» (Харків, 2018), при поліпшенні нормативної регламентації правових наслідків фактичної помилки – до дисертації А. Айдинян «Фактична помилка у кримінальному праві: основні теоретичні та практичні аспекти» (Київ, 2016), при вдосконаленні опису принципу юридичної визначеності – до статті З. Загинеї-Заболотенко «Невизначеність тексту Кримінального кодексу України: «стратити не можна помилувати», а при поліпшенні ст. 2.6.3 «Рецидив злочинів» – опрацювати доктринальну пропозицію (І. Зінченко, В. Тютюгін) щодо неврахування при визначенні цього виду множинності судимостей за злочини, вчинені особою у неповнолітньому віці.

Так, ми чудово усвідомлювали, що наша рекомендація при роботі над проектом опрацювати низку наукових публікацій (зокрема, монографічного рівня) різними учасниками Робочої групи як, поза всяким сумнівом, самодостатніми фігурами у вітчизняній юридичній науці сприйматиметься по-різному, однак відповідні побажання все ж сформулювали.

По-третє, цілком очевидно, що учасники Робочої групи зобов'язані, серед іншого, відшукати і, відповідно, запропонувати законодавцю оптимальне (наскільки це взагалі можливо) співвідношення між положеннями, які слід текстуально відбити в КК, і тим, що варто «залишити на відкуп» юридичній науці. Тим більше, що оприлюднені Робочою групою Засади реформування законодавства про відповідальність за правопорушення в публічній сфері слушно передбачають, що «новий кримінальний закон має бути повністю звільнений від декларативних положень,

невластивих сучасному кримінальному праву». На сьогодні відповідний баланс навряд чи може вважатись досягнутим, і роботу у цьому напрямі варто продовжити.

Річ у тім, що розробники проєкту демонструють схильність до не завжди виправданого законодавчого дефінування наразі теоретичних понять. Так, доволі дивною виглядає ст. 2.1.3 проєкту «Діяння», присвячена дії або бездіяльності як ознакам об'єктивної сторони злочину. Не зовсім зрозуміло, навіщо регламентувати такі питання у КК, перетворюючи його на підручник або коментар. У чому сенс насичення відповідного нормативного матеріалу, так би мовити, зайвою інформацією, його перевантаження?

Сказане стосується і низки інших положень, зокрема: ч. 1 ст. 2.1.2, де визначається склад злочину; ч. 1 ст. 2.1.4, в якій йдеться про наслідку злочину; визначень фактичної та юридичної помилки, множинності злочинів (ч. 1 ст. 2.3.8, ч. 1 ст. 2.3.9, ч. 1 ст. 2.6.1 проєкту); понять кримінально-правової кваліфікації та її обґрунтування (ст. 2.8.1, ст. 2.8.3 проєкту); визначень мотиву і мети вчинення злочину (ч. 1 і ч. 2 ст. 2.3.10 проєкту). Так, щодо останніх згаданих дефініцій неминуче постає питання: чому поняття мотиву і мети визначатимуться на законодавчому рівні, а поняття інших факультативних ознак, наприклад, об'єктивної сторони (зокрема, способу і обстановки) – ні? Адже принципової відмінності у цих ситуаціях немає: йдеться про факультативні ознаки, які стають обов'язковими, коли вони зазначені у диспозиції тієї чи іншої статті КК. Ми вже не кажемо про те, що можливі різні (але, так би мовити, рівноправні) варіанти певних дефініцій.

У ч. 5 ст. 2.3.9 проєкту «Юридична помилка» зазначається, що презумпція знання особою нормативно-правового акту може бути спростована у випадках: а) порушення встановленого порядку оприлюднення цього акту, б) об'єктивної неможливості ознайомлення особи з цим актом, або в) наявності суперечливих роз'яснень змісту цього акту уповноваженими органами державної влади, що визначило вчинення особою відповідної дії чи бездіяльності.

Але наскільки виправдано у КК наводити вичерпний перелік випадків спростування відповідної презумпції? Наприклад, якщо йдеться про кримінально-правову оцінку порушень податкового законодавства, то причиною введення в оману платника податків (його службової особи) може стати не лише слідування суперечливим податковим роз'ясненням, наданим уповноваженими державними органами (що «вписується» в п. «в»), а й врахування консультацій і коментарів фахівців у ЗМІ, доступних судових рішень у подібних податкових спорах тощо. Тобто особа може сумлінно помилялась щодо протиправності вчиненого нею діяння (а саме порушення нормативно-правового акту, з урахуванням якого дія чи бездіяльність, вказана у статті Особливої частини цього Кодексу, визначається як злочин), і в інших випадках, а не тільки у вичерпним чином перерахованих у ч. 5 ст. 2.3.9 проєкту.

Відтак потрібно виробити уніфікований підхід і дотримуватись його: або визначаємо усе на законодавчому рівні, або покладаємось на доктрину (можливо, крім деяких справді принципових винятків). До того ж, оскільки новий КК передбачатиме самостійну термінологічну частину (розгорнутий «госларій»), то, мабуть, доцільно певні визначення там і розміщувати.

Автори цих рядків так само вважають за недоцільне законодавчо закріплювати, здавалося б, безспірні постулати у вигляді розроблених наукою правил кримінально-правової кваліфікації і водночас виступають за текстуальне відображення в новому КК принципів кваліфікації, узгоджених із принципами кримінального закону (це є темою окремої розмови).

По-четверте, у ст. 1.3.3 проєкту фігурують із «прив'язкою» до розрахункової одиниці чіткі розміри майнової шкоди (істотної, значної, тяжкої), які беруться до уваги, зокрема при класифікації злочинів. Мабуть, така уніфікація буде зручною для правозастосувачів, і з погляду дотримання вимог законодавчої техніки пропонований підхід застережень майже не викликає. Проте наскільки «закруглені» показники майнової шкоди відображатимуть життєві реалії, що потребують кримінально-правового реагування?

Члени Робочої групи можуть відповісти тим, що і чинному КК притаманна довільність кількісних параметрів криміноутворювальних і кваліфікуючих ознак складів кримінальних правопорушень, і вони, звісно, матимуть рацію. Достатньо пригадати дискусії 2005 і 2009 рр., викликані законодавчим визначенням межі кримінально та адміністративно караної крадіжки, а також відносно нещодавні «гойдалки», пов'язані із визначенням істотної шкоди як ознаки складу злочину

«Незаконна порубка або незаконне перевезення, зберігання, збут лісу» (із 2 тис. НМДГ згідно із Законом від 6 вересня 2018 р. до 20 НМДГ згідно із Законом від 25 квітня 2019 р.). Але ж новий кримінальний закон має за визначенням (!) у кращій бік відрізнитись від чинного КК. Якщо ж відповідні кількісні показники і надалі братимуться «зі стелі», то в цій частині годі й вести мову про соціальну обумовленість кримінального закону.

Має рацію В. Тютюгін, який виступає проти універсального визначення таких понять, як «істотна шкода», «тяжкі наслідки», «значний, великий чи особливо великий розмір» шкоди, оскільки вони не є наскрізними, можуть мати різне змістовне наповнення і розуміння щодо різних груп (видів) злочинів. Суддя Великої Палати Верховного Суду Н. Антонюк, так само заперечуючи доцільність відповідної уніфікації, наочно демонструє слушність своєї позиції на прикладі такого виду суспільно небезпечних наслідків злочину, як «тяжкі наслідки». На думку авторки, уніфікація змісту цього терміну навряд чи може бути досягнута, оскільки: тяжкість наслідків безпосередньо залежить від об'єкта конкретного злочину; тяжкі наслідки для здоров'я, для власності, для довілля тощо мають різний кримінально-правовий зміст.

Не втомлюємось повторювати, що для фахового розв'язання позначеної фундаментальної проблеми необхідні спеціальні дослідження – криминологічні (у тому числі за участю економістів і соціологів), емпіричні (подібні до того, яке свого часу здійснив В. Чубарев, з'ясовуючи розміри заподіяної матеріальної шкоди як фактору тяжкості злочинного діяння), дослідження матеріалів правозастосовної практики за категоріями кримінальних проваджень. Нам невідомо, чи проводились подібні дослідження членами Робочої групи або іншими фахівцями за її дорученням. Принаймні у пізнавальній аналітичній праці, презентованій у межах роботи над проектом (див.: В'юник М.В., Карчевський М.В., Арланова О.Д. Кримінально-правове регулювання в Україні: реалії та перспективи (аналітичні матеріали). Харків: Право, 2020. 212 с.), проблема довільності відповідних показників відображення не знайшла.

А тепер до обіцяної конкретики з акцентом на найбільш контроверсійних складових проекту.

Щодо вихідних положень кримінального закону. Вихідним положенням нового КК присвячено перший, самостійний розділ 1.1 проекту, який одержав однойменну назву. Такий підхід заслуговує на підтримку, адже низка загальнофункціональних питань, пов'язаних, зокрема із кримінально-правовою нормотворчістю, давно заслуговує на впорядкування і законодавче відбиття. Проте деякі з положень, які в проекті віднесені до вихідних, мають характер дискусійних, у зв'язку з чим потребують додаткового обговорення.

Так, у ч. 1 ст. 1.1.1. проекту встановлено, що КК є єдиним законом України, який регулює суспільні відносини між державою й особою, яка вчиняє передбачені ним діяння, шляхом встановлення: а) вичерпного переліку ознак і видів злочинів; б) видів і розмірів покарань та інших кримінально-правових засобів; в) підстав та порядку, за яких ці засоби застосовуються або не застосовуються. Згідно з ч. 2 цієї статті проекту КК ґрунтується на Конституції України, а якщо в інших нормативно-правових актах України зазначені питання вирішується інакше, ніж у КК, то застосовуються саме його положення.

Наведені положення видаються не зовсім послідовними. По-перше, феномен бланкетності, який не зникне з ухваленням нового КК, сам по собі заперечує тезу про те, що кримінальний закон може бути єдиним законом у сфері регулювання суспільних відносин, які виникають з приводу вчинення кримінально протиправних діянь (навіть якщо виходити з обстоюваного Робочою групою положення про те, що іншогогалузеві джерела, до яких відсилають бланкетні диспозиції статей КК, не визначають ознаки складів злочинів, а лише слугують розкриттю змісту цих ознак). По-друге, якщо КК є єдиним законом, що регулює певні суспільні відносини, то чи не суперечить цій його винятковій місії визнана у ч. 2 ст. 1.1.1 проекту можливість існування «інших нормативно-правових актів України» з таким, що частково збігається, предметом?

Навряд чи правильно обмежувати предмет КК «суспільними відносинами між державою і особою, яка вчиняє передбачені ним діяння». Адже зі ст. 3.11.1 проекту випливає те, що підставою для застосування до юридичної особи кримінально-правових засобів є діяння не юридичної особи, а певної фізичної особи. Тобто передбачене КК діяння вчиняє фізична особа, а криміналь-

но-правові засоби застосовуються до юридичної особи. Це, вочевидь, також слугує аргументом на користь необхідності уточнення нормативно визначеного предмета відання КК.

Виникає і питання, чи є сенс в декларативній вказівці на те, що КК ґрунтується на Конституції України, – за умови існування й інших, не менш значущих (важливих) системоутворювальних зв'язків КК та інших правових норм. Наприклад, у ч. 1 ст. 3 чинного КК поряд із Конституцією згадуються і норми міжнародного права (про це йдеться і в ст. 1.2.9 проекту, яка виявилась певним чином «відірваною»). Щодо безспірного (на перший погляд) положення про пріоритет саме КК над іншими (такими, що «дублюють» КК) нормативно-правовими актами України уявимо собі таке: а якщо новий КК (чи із самого початку (автори і парламентарії щось недогледіли), чи згодом (унаслідок неякісних змін)) суперечитиме Конституції України, то що він все одно матиме пріоритет? Мабуть, ні.

Завданням КК присвячено ст. 1.1.2 проекту, у ч. 1 якої зазначається, що КК має своїм завданням забезпечення прав і свобод людини і громадянина, інтересів суспільства, держави і міжнародного співтовариства від злочинів. Це завдання досягається у такі способи: а) стимулювання осіб до правомірної поведінки; б) застосування покарань й інших кримінально-правових засобів; в) здійснення реституції та компенсації з метою захисту інтересів потерпілого; г) ресоціалізації і реінтеграції осіб, які вчинили злочини (ч. 2 ст. 1.1.2 проекту).

Викладене в ч. 1 сприймається як таке, що характеризує мету КК, а те, про що йдеться у ч. 2, – як його завдання. Тому якщо і зберігати логіку, закладену в ст. 1.1.2 проекту, то остання, вочевидь, потребує редакційного уточнення. При цьому недоцільно підкреслювати, що реституція та компенсація здійснюються з метою захисту інтересів потерпілого, бо це впливає зі змісту відповідних понять (розділ 3.7 проекту); до того ж, як вважають розробники проекту, реституція і компенсація стосуються не лише потерпілого, а й територіальної громади і держави. Завдання КК, сформульоване як «стимулювання осіб до правомірної поведінки», виглядає певним перебільшенням ролі кримінального закону: останній може стимулювати хіба що до невчинення злочинів, а не будь-яких протиправних вчинків (адміністративних проступків, цивільних деліктів тощо).

Постає також (з погляду логіки) питання, чи може стимулювання осіб до невчинення злочинів бути, так би мовити, складовою захисту («убезпечення») певних благ (прав і свобод людини і громадянина тощо) від злочинів. У цьому сенсі закріплена в ч. 1 ст. 3 чинного КК альтернативність завдань (правове забезпечення охорони і запобігання кримінальним правопорушенням) виглядає більш привабливим підходом. Треба так розуміти, що розробники проекту свідомо відійшли від, як видається, вдалого підходу, втіленого в ч. 1 ст. 3 чинного КК («правове забезпечення охорони...»), у межах якого визнається те, що захищає (охороняє) певні блага все ж не КК як такий (це лише інструмент, який може спрацювати, а, може, й ні), а держава в особі уповноважених органів.

Презумпції знання та стабільності КК присвячена стаття 1.1.3 проекту. Поділяючи намагання Робочої групи віднайти і зафіксувати певні законодавчі важелі, які б у перспективі сприяли усталеності КК, тим не менш маємо звернути увагу на деякі проблемні аспекти змодельованої статті про це.

По-перше, у п. «а» її ч. 2 підкреслюється, що КК, а також закони про внесення змін до нього офіційно оприлюднюються в порядку, встановленому законом. Це положення доцільно виключити як таке, що не виправдано дублює загальні нормативні засади у вказаній сфері (див., зокрема Закон «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення офіційної публікації законів України та інших нормативно-правових актів»). До того ж належне оприлюднення змін до КК саме по собі навряд чи спроможне забезпечити його стабільність.

По-друге, відповідно до п. «б» ч. 2 ст. 1.1.3 проекту зміни до КК мають вноситись виключно у спосіб прийняття окремого закону про внесення змін до цього Кодексу, який також може містити положення про зміни до КПК України, КВК України, Кодексу України про проступки, Кодексу України про порушення. У цьому положенні фактично віддзеркалюється ідея внесення змін до КК лише на підставі «профільного» закону. На наш погляд, вирішення цієї проблеми полягає у площині оптимізації законотворчого процесу. Наприклад, у висновку ГНЕУ Апарату Верховної Ради України (далі – ВРУ) на законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України

щодо удосконалення процедури внесення змін» (№ 2256 від 11 жовтня 2019 р.), який вже втілює аналогічний підхід у чинному КК, як один із варіантів розв'язання аналізованої проблеми пропонується доповнити розділ IV «Законодавча процедура» Регламенту ВРУ положеннями про те, що: 1) будь-який законопроект, який поряд з іншими положеннями передбачає внесення змін до КК, КПК та КУпАП, не може бути розглянутий парламентом на пленарному засіданні без окремого висновку комітету, до предмету відання якого відноситься законодавство про кримінальну та адміністративну відповідальність, щодо доцільності внесення таких змін; 2) підготовка змін до КК, КПК та КУпАП до розгляду у другому читанні має здійснюватися саме цим комітетом, а схвалена ним відповідна частина порівняльної таблиці має включатись до загальної порівняльної таблиці без будь-яких змін. Чи не варто рухатись саме таким (прагматичним) шляхом, запропонованим парламентськими експертами?

По-третє, розробники нового КК пропонують встановити правило, за яким зміни до КК можуть вноситись не частіше двох разів протягом календарного року, крім випадку скасування злочинності діяння (п. «в» ч. 2 ст. 1.1.3 проекту). Закладена тут ідея є зрозумілою з огляду на наявну хаотичну практику внесення змін до КК. Але так само потрібно брати до уваги те, що зміни змістовно бувають різними (інколи виникають неузгодженості, суперечності тощо, які потребують оперативного корегування КК, особливо якщо йдеться про покращення становища особи, відмінного від скасування злочинності діяння). Держава повинна мати змогу вчасно реагувати на загрози, що можуть і мають усуватись (мінімізуватись) за допомогою кримінально-правового інструментарію. А як бути, якщо законодавець припустився відвертій помилці, що не раз уже траплялось (наприклад, як це було при визначенні вже згаданої істотної шкоди у ст. 246 КК, присвяченій незаконній порубці лісу, на рівні 2 і більше тис. НМДГ)? Чому треба очікувати цілий рік для виправлення очевидної помилки? Поготів у ст. 1.2.10 проекту передбачається цікавий (сподіваємось – дієвий) інструмент забезпечення належної якості змін до КК (їх внесення через отримання відповідного схвального висновку Пленуму ВС). Ефективним запобіжником від необґрунтованих та поспішних законодавчих змін може і повинне стати підвищення рівня політичної та правової культури законотворців та їхніх виборців. Усе решта з легкістю буде подолане.

Щодо принципів кримінального закону. Як відомо, питання про необхідність виокремлення спеціальних (галузевих) принципів кримінального права, їхню кількість (перелік), зміст, юридичну природу і роль у кримінально-правовому регулюванні суспільних відносин, а також чи варто відповідні концептуальні, відправні засади втілювати у законодавчу матерію у вітчизняній юридичній літературі вирішуються суперечливо.

Ми, однак, вважаємо, що задум розробників проекту КК нормативно визначити принципи кримінального закону загалом заслугоує схвальної оцінки. Відповідний підхід застосовують як законодавці низки зарубіжних країн, так і сучасний український правотворець (див., наприклад, КПК 2012 р.). Чинний КК не знає норм, спеціально присвячених кримінально-правовим принципам, хоч і містить низку положень принципового характеру. Полеміка, яка ведеться у доктрині щодо переліку принципів кримінального права і змісту окремих з них, як і перекинуття деяких фундаментальних засад у правозастосовній діяльності, – це значною мірою результат саме контекстуального (а не текстуального) закріплення принципів кримінального права, коли суть останніх не завжди чітко та однозначно впливає з конкретних нормативних положень.

Доречність текстуального відбиття принципів кримінального закону зумовлюється двома головними причинами. По-перше, вони утворюють фундамент для подальшої нормотворчої роботи у сфері кримінального права: законодавець, вносячи зміни до кримінального закону, вимушений буде діяти у фарватері зазначених принципів, урахувувати їх та керуватися ними. По-друге, принципи кримінального закону (як і права загалом) дозволяють правозастосовувачу розв'язувати складні та суперечливі проблеми (колізійність, прогалини правового регулювання тощо), з якими він неодмінно стикається в процесі застосування КК. Тому, зокрема, заслугоує на підтримку положення про те, що «цей Кодекс застосовується відповідно до принципів, визначених у його статтях 1.2.1–1.2.9» (ч. 2 ст. 1.2.10 проекту).

Щоправда, не всі проєктовані статті, присвячені принципам кримінального закону, можна вважати вдалими. Проілюструємо сказане на прикладі деяких з принципів, суть яких планується відбити в законодавчій спосіб.

Принцип верховенства права. Згідно зі ст. 1.2.1 проєкту КК цей Кодекс, виходячи з верховенства права, обмежує повноваження держави, запобігаючи свавільному втручанню в права і свободи людини.

На нашу думку, у цій статті не повною мірою розкривається суть і значення принципу верховенства права. Видається, що визначення цього принципу (якщо все ж виходити з потреби його нормативного закріплення) варто вдосконалити, беручи до уваги ст. 129 Конституції України. Правду кажучи, законність, юридична визначеність і рівність перед кримінальним законом (статті 1.2.2–1.2.4 проєкту) можуть (мають) визнаватись складовими верховенства права. Так, у додатку до доповіді «Верховенство права», схваленій Венеційською Комісією в березні 2011 р., наводиться контрольний перелік питань (*Rule of Law Checklist*), який дає змогу зрозуміти, чи існує в тій чи іншій державі верховенство права. Першим у цьому переліку є питання, чи діє держава на підставі закону та відповідно до закону. Далі мова йде про юридичну визначеність, заборону свавілля, доступ для правосуддя, дотримання прав людини, заборону дискримінації і рівність перед законом.

У зв'язку зі сказаним не буде зайвим замислитись над тим, чи доречно взагалі надавати специфічний (до того ж явно фрагментарний) кримінально-правовий зміст універсальній (наскрізній, конституційній) zasadі верховенства права, наповнення якої залишається чітко не визначеним. Чого вартує триваюча дискусія між представниками «поелементного» та «інтегрального» підходів до розуміння принципу верховенства права. Складно не погодитись з А. Музиною, який виступає проти фіксації верховенства права як принципу КК, бо це «глобальна цінність, світоглядна практична ідея». Пропонуючи ж своє визначення, розробники проєкту завідомо наражають себе на очікувану і, до речі, справедливу критику при тому, що не пропонують чіткого розв'язання чи не основної в аспекті правозастосування (так нам видається) проблеми, яка постає в контексті можливого закріплення аналізованого принципу: чи вправі суд, керуючись верховенством права, діяти поза КК або навіть усупереч йому?

Принцип юридичної визначеності. Згідно зі статтею 1.2.3 проєкту положення кримінального закону мають відповідати вимогам належної чіткості, зрозумілості та передбачуваності, щоб давати особі можливість заздалегідь знати, які діяння є злочинами та які кримінально-правові засоби передбачені за їх вчинення.

Очевидно, що не може бути кримінального закону, в якому б всі норми були побудовані з дотриманням омріяної розробниками проєкту чіткості. Без певної невизначеності не обійтись. Ба більше: ЄСПЛ неодноразово наголошував на тому, що: не можна очікувати, щоб саме в законі були однозначно вирішені абсолютно всі питання; передбачуваність закону може впливати не лише з його тексту, а і зі сталої практики його застосування, навіть якщо сам закон є певною мірою юридично недосконалим чи неповним; недостатня конкретність законодавчих формулювань може бути доповнена їх судовим тлумаченням, конкретизацією з урахуванням обставин справи. «...прояв невизначеності може бути й позитивним, коли відносна невизначеність кримінально-правового припису використовується законодавцем цілеспрямовано як своєрідний прийом нормотворчої техніки, що дає змогу кримінально-правовій нормі бути гнучкою та знизити рівень невизначеності кримінально-правового регулювання» (З. Загиней-Заболотенко).

Постає і питання, чи не виникатиме ситуація, коли, спираючись на ст. 1.2.3 проєкту, порушники кримінально-правових заборон оскаржуватимуть невідповідність їй окремих заборон, що передбачають використання, наприклад, оцінних ознак. Без них та інших проявів невизначеного контенту в КК України, вочевидь, не обійтись.

Принцип пропорційності. У ч. 1 ст. 1.2.5 проєкту зазначається, що кримінально-правові засоби є крайніми засобами реагування держави на протиправні діяння. Вважаємо, що таке формулювання порушує задекларований принцип юридичної визначеності. Сумнів у доречності виокремлення такого нормативного положення виникає й з огляду на те, що, визначаючи засади реформування законодавства про відповідальність за правопорушення в публічній сфері (newcriminalcode.org.ua/concept), робоча група чітко і, до речі, слушно зазначає: «Новий кримінальний закон має бути повністю звільнений від декларативних положень».

Принцип гуманізму. У ч. 3 статті 1.2.7 проєкту зазначається, що здійснення прав особи, щодо якої застосовується цей Кодекс, не має шкодити правам потерпілого.

Наведене положення не вирізняється належною чіткістю і зрозумілістю, а отже, воно становить порушення згаданого принципу юридичної визначеності, до того ж викликаючи сумнів щодо безпосереднього зв'язку із принципом гуманізму. Тут постає і більш глобальне питання: чи виправданою є спрямованість цього принципу (за винятком ч. 2, відповідно до якої покарання та інші кримінально-правові засоби не мають на меті завдати фізичних страждань або принизити людську гідність) саме і лише на потерпілого? Усе ж принцип гуманізму не повинен розумітись односторонньо. Як тут не згадати позицію В. Грищука, який небезпідставно розглядає дію принципу гуманізму у трьох площинах, – щодо суспільства загалом, щодо особи, яка вчинила злочин, і щодо потерпілого. У сучасній кримінально-правовій літературі відповідний комплексний підхід цілком виправдано репрезентується у монографічному дослідженні Л. Тимофєєвої (див.: Тимофєєва Л.Ю. Гуманістична парадигма: досвід, виклики та перспективи кримінального права України: монографія. Харків: Право, 2020. 280 с.).

Не беручи до уваги наведеної вище ч. 2 статті 1.2.7 проєкту, поза межами принципу гуманізму залишилися інші прояви останнього, які стосуються порушника кримінально-правової заборони (амністія, призначення покарання за наявності обставини, що пом'якшують покарання, тощо). Зокрема, хіба ч. 4 ст. 1.2.5 проєкту щодо «мінімізації» кримінально-правового впливу (більш суворий кримінально-правовий засіб встановлюється та застосовується тільки тоді, коли менш суворого засобу недостатньо для виконання завдання цього Кодексу) не може вважатись проявом гуманізму? Отже, членам Робочої групи треба додатково обміркувати змістовне уточнення проєктованих положень щодо принципу гуманізму. Так, при орієнтуванні цього принципу на суб'єкта злочину прийнятним було б використати узагальнене формулювання, запропоноване Л. Тимофєєвою. Інакше принцип гуманізму виглядатиме безпідставно «збіднілим».

Щоправда, при доопрацюванні проєкту в аналізованій частині варто критично ставитись до вкрай сумнівних пропозицій на кшталт закріплення принципу гуманізму в проєкті нового КК у такому вигляді: «1. Кримінальний кодекс України є гарантією забезпечення безпеки людини, суспільства, держави і всього людства, необхідної для гідного співіснування перерахованих суб'єктів. 2. Кожна людина має дотримуватись кримінально-правових заборон, а в разі їх порушення зобов'язана притерпіти заходи кримінально-правового характеру. 3. Громадянське суспільство може реалізовувати свої права, свободи та інтереси в межах історично сформованих принципів кримінального права. 4. Держава зобов'язана гарантувати відновлення соціальної справедливості і свободу від протиправних зловживань влади» (Ю. Коломієць).

«Унікальність» наведеної пропозиції вбачається в тому, що всі чотири положення є декларативними (абстракціями вищого рівня) і при цьому змістовно не розкривають (навіть частково) принцип гуманізму у тому сенсі, який традиційно вкладається в нього фахівцями з кримінального права. Постають і питання (звісно, риторичні), чи можуть *зловживання влади* бути *правомірними*, як визнання відновлення соціальної справедливості складовою принципу гуманізму поєднується із пропозицією мати окремий принцип справедливості, яким чином КК *України* здатен забезпечити безпеку *всього людства*, чи є принцип гуманізму одним з «історично сформованих принципів кримінального права» (судячи з логіки, відображеної в ч. 3, – ні), тощо. Повторимо: критика на адресу розробників проєкту нового КК має бути виваженою і конструктивною (критикувати насправді є за що), а не перетворюватись у безплідне мудрування.

Принцип сумлінного виконання міжнародних зобов'язань. У ч. 1 ст. 1.2.9 проєкту зазначається, що КК має відповідати чинним міжнародним договорам, згоду на обов'язковість яких надано ВРУ. Якщо для надання згоди на обов'язковість для України подається міжнародний договір, виконання якого потребує змін до цього Кодексу, то проєкт закону про внесення таких змін вноситься на розгляд ВРУ разом з проєктом закону про ратифікацію (приєднання) і вони приймаються одночасно (ч. 2 статті 1.2.9 проєкту).

Наведені положення є важливими і потрібними, однак вони за своїм змістом і спрямованістю навряд чи охоплюються поняттям кримінально-правового принципу. Під останніми розуміються «спрямовані на вирішення завдань кримінального права найбільш загальні положення, закріплені кримінальним законодавством, які виражають соціальну обумовленість кримінального закону,

визначають структуру та зміст кримінального права, відображають його метод, виступають у вигляді нормативної основи регулювання кримінально-правових відносин та відображають рівень суспільної правосвідомості» (В. Гацелюк). Показово, наприклад, що Ю. Коломієць сумлінне виконання міжнародних зобов'язань відносять до принципів законотворчості, відмінних від принципів кримінального права. З урахуванням сказаного пропонуємо перенести положення, що наразі містить ст. 1.2.9, у розділ 1.1 проєкту «Вихідні положення», де, серед іншого, фіксуються значущі системоутворювальні зв'язки кримінального закону та інших правових норм (зокрема, конституційних).

Злочин як базова категорія нового КК. Суть злочину в проєктованому КК розкриває ст. 2.1.1, у ч. 1 якої лаконічно визначено: злочин – це протиправне діяння, що відповідає складу злочину, передбаченого цим Кодексом. Треба зазначити, що такий інноваційний підхід до розуміння злочину викликає чи не найбільше дискусій. На нашу думку, Робоча група, безперечно, має право на вироблення свого колективно узгодженого та науково обґрунтованого концепту злочину з його відповідним нормативним відбиттям, а пропонуваній підхід з певними застереженнями заслуговує на втілення (хоч і позицію критиків не слід сприймати як відверто помилкову: зокрема, елемент соціальної шкідливості (англ. – *social harm*) як ознаки злочину, на нашу думку, міг би зберегти своє місце в нормативній дефініції, адже він розкриває природу відповідного типу протиправної поведінки).

Водночас звернемо увагу на дискусійність традиційного визначення злочину через діяння (родове поняття), а не інше поняття (наприклад, правопорушення). В юридичній літературі (П. Фріс) слушно вказується на алогічність такого підходу: злочин не можна скоїти, не вчинюючи діяння, однак і всі інші правопорушення можуть бути реалізовані тільки через вчинення відповідного діяння. Таким чином, з одного боку, визнання діяння ознакою злочину порушує логічний принцип визнання явища через окреме, спеціальне, а, з іншого, виходить, що процес визначає зміст, що також порушує закони логіки.

Не зовсім зрозуміло, з якою метою у ч. 2 ст. 2.1.1 проєкту розшифровується ознака протиправності злочину через визнання протиправним такого діяння, яке порушує норми приватного або публічного права. Хіба крім публічного і приватного права існує ще якесь право? До того ж не варто виключати існування діянь, які заборонені лише КК, і жодних інших норм публічного або приватного права не порушують.

Погоджуємось із членами Робочої групи, які в результаті дискусій все ж зголосились зберегти в новому КК нормативне положення про **малозначність діяння**. Норма про неї є практично значущою, становить добре апробований гуманістичний орієнтир кримінального права, закріплює пріоритет соціального над формальним. Щоправда, виникають сумніви у вдалості підходу, втіленого наразі у проєкті стосовно малозначності діяння.

По-перше, потребує виключення застереження, яке містить ч. 4 ст. 2.1.4 проєкту і згідно з яким малозначним не може бути визнане діяння, склад якого містить кількісні ознаки, мінімальний розмір яких визначено КК. Адже в такому разі його суть фактично зводиться до того, що малозначним може бути лише таке діяння, яке містить усі ознаки складу злочину, тобто дублюється положення, передбачене ч. 3 ст. 2.1.4 проєкту. З цього положення з усією чіткістю випливає, що діяння, яке не містить хоча б однієї ознаки складу злочину, не може визнаватись малозначним. Так, якщо істотність матеріальної (до речі, не лише майнової, а й фізичної) шкоди визначена безпосередньо в кримінальному законі через закріплення конкретного розміру шкоди, яка має бути завдана при вчиненні відповідного злочину, то недосягнення цього рівня шкоди має свідчити про відсутність у діянні особи кримінальної протиправності, а отже, навіть формально складу злочину, що унеможливорює звернення до норми про малозначність.

По-друге, видається, що за пропонуваного у проєкті підходу, згідно з яким малозначність має місце, якщо діяння не заподіяло і не могло заподіяти шкоди, передбаченої ст. 2.1.4 проєкту, можуть виникнути певні складнощі. Так, з огляду на п. «в» або «г» ч. 2 ст. 2.1.4 проєкту, у яких відповідні наслідки описуються доволі абстрактно, визнання діяння малозначним виключатиметься при тому, що насправді деякі порушення прав, свобод людини чи громадянина, інтересів держави або суспільства можуть характеризуватись як малозначні.

На нашу думку, у нормі про малозначність слід спробувати встановити вичерпний перелік статей Особливої частини КК, діяння передбачені якими можуть визнаватись малозначними. З-поміж іншого йдеться про такі склади злочинів, у яких суспільно небезпечні наслідки не отримують конкретної форми вираження у виді, наприклад, смерті особи чи майнової шкоди з визначенням її мінімальної межі.

На окрему увагу заслуговує питання про **класифікацію злочинів** та нові неординарні (щоб не сказати – революційні) підходи до її нормативного втілення. Ознайомлення зі ст. 2.1.5 проекту дозволяє констатувати, що на перший погляд все виглядає логічно і чітко. Однак після глибшого занурення у відповідні положення залишається низка питань. Так, не зовсім зрозуміло, як бути із злочинами, що не передбачають настання шкоди як обов'язкову ознаку їхніх складів. Адже таку можливість розробники проекту прямо визнають як реальну (ч. 1 ст. 2.1.4). Чи злочини з формальним складом не матимуть ступенів тяжкості? Чи виключатиметься існування «безнаслідкових» злочинів?

Наприклад, торгівля людьми – злочин, передбачений ст. 4.4.7 проекту, пропонується віднести до категорії злочинів 3 ступеня. Чи слід визнавати це діяння наслідковим (тобто чи передбачає воно настання певних наслідків)? Звернення до ч. 1 ст. 2.1.4 проекту, на жаль, не допомагає чітко відповісти на це питання. З одного боку, про жодні наслідки, які, вочевидь, вичерпно передбачені в ч. 2 ст. 2.1.4 проекту, не йдеться, а, з іншого, має місце злочин 3 ступеня, який згідно зі ст. 2.1.5 проекту є таким, що спричиняє значну шкоду.

У ч. 2 ст. 2.1.5 проекту встановлюються «базові ступені тяжкості»: за відсутності обставин, що змінюють тяжкість злочинів, у статтях Особливої частини цього Кодексу злочини пропонується визначати як злочини 1, 3, 5 або 7 ступенів тяжкості. Готуючи рецензію, ми виявили, що в окремих «пілотних» розділах Особливої частини проекту нового КК зустрічаються й інші (відмінні від базових) ступені тяжкості конкретних злочинів. Наприклад, торгівля неповнолітньою людиною і постановлення завідомо незаконного та необґрунтованого судового рішення (відповідно, ст. 4.4.8 і 7.4.1 проекту) визнаються розробниками проекту злочинами 4 ступеня.

Відтак ми (до слова таке ж питання ставилось й іншими фахівцями під час проведення наукових заходів, присвячених обговоренню проекту) попросили Робочу групу надати відповідні пояснення, і вони були надані з посиланням на обставини, які підвищують або знижують тяжкість злочину (статті 2.1.8–2.1.10 проекту). Загалом сприймаючи представлені аргументи, водночас запитаємо: у чому сенс ретельного перерахування у проекті обставин, які підвищують або знижують (на 1 чи 2 розряди з відповідним коригуванням можливого покарання) тяжкість злочину, а так само закріплення докладних правил врахування обставин, які змінюють тяжкість злочину, якщо остання визначатиметься не правозастосувачем, а законодавцем (принаймні таке впливає з «пілотних» розділів Особливої частини проекту нового КК і пояснень членів Робочої групи). Чи все ж тяжкість злочинів («небазова») визначатиметься і законодавцем, і правозастосувачем? Тоді в якій послідовності?

Віднесення згідно з п. «а» ч. 1 ст. 2.1.8 проекту до обставин, які знижують ступінь тяжкості злочину, вчинення злочину через необережність видається недостатньо обґрунтованим. Адже Робочою групою пропонується реалізувати відмінний від втіленого в чинному КК підхід, згідно з яким «особа підлягає відповідальності за вчинення злочину з необережності лише у випадках, спеціально передбачених у статтях Особливої частини цього Кодексу» (ч. 5 ст. 2.3.1 проекту). Виходить, що вже «пом'якшена» відповідальність має бути ще раз «пом'якшена» (причому одразу на два ступеня)? Розробники проекту, вочевидь, заперечать нам, апелюючи до ч. 1 ст. 2.1.11, відповідно до якої суд не може визнати такою, що змінює тяжкість злочину, зокрема обставину, передбачену у статті Особливої частини цього Кодексу як ознака складу злочину. Але в чому у цьому разі сенс закріплення п. «а» ч. 1 ст. 2.1.8 проекту?

Якщо перевищення меж необхідної оборони зводиться лише до заповідання з прямим умислом тому, хто посягає, смерті або тяжкої шкоди здоров'ю, що явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту (ч. 4 ст. 2.7.2 проекту), то навіщо до «універсальних» (типових) обставин, які знижують ступінь тяжкості злочину на два ступеня, відносити «з перевищенням меж необхідної оборони» (п. «б» ч. 1 ст. 2.1.8)? До слова у розробленій Робочою групою

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

Концепцію реформування кримінального законодавства України зазначається, що у Загальну частину мають бути винесені *типові* кваліфікуючі та привілеюючі ознаки складів злочинів.

Зроблене вище застереження стосується й інших «пом'якшувальних» обставин, які пов'язані з обставинами, що виключають протиправність діяння (крайня необхідність, затримання особи, яка вчинила протиправне посягання, виконання спеціального завдання). Мабуть, саме на подібні (специфічні, нетипові) ситуації розрахована ч. 3 ст. 2.1.8 проекту: «У статтях Особливої частини цього Кодексу певні обставини, які знижують тяжкість злочину на два ступеня, визначені у частинах 1 та 2 цієї статті, можуть бути передбачені як ознаки складу злочину».

Далі. Уявимо, що злочин вчинено не одноособово, а виконавець злочину порушив кримінально-правову заборону через підбурювання до цього з боку іншої особи. Судячи з ч. 2 ст. 2.5.4 проекту, тут матиме місце така форма співучасті, як «проста група». І це має завжди підвищувати ступінь тяжкості злочину на один ступінь (п. «й» ч. 1 ст. 2.1.9 проекту)? Ми у цьому сумніваємось. Суспільна небезпека (добре – не вона, а тяжкість) злочину, вчиненого у співучасті з розподілом ролей, за однаковості інших умов не завжди є більшою, ніж суспільна небезпека (тяжкість) злочину, вчиненого особою індивідуально.

Щодо змісту і співвідношення перерахованих у проекті конкретних обставин, які підвищують або знижують тяжкість злочину, ми як рецензенти зробили низку й інших конкретних застережень, зазначивши і те, що до відповідних переліків варто повернутись ще раз – вже на етапі завершення опрацювання проекту Особливої частини нового КК. Доречність такої послідовності подальшої роботи усвідомлюється Робочою групою. Так, у публікації з вельми промовистою назвою «Здобутки та упущення Робочої групи з питань реформування кримінального права» її учасник В. Навроцький пише: «Мабуть, по ходу роботи над Особливою частиною цього КК, окремі вже сформульовані та ніби то погоджені після тривалих суперечок положення, доведеться переглядати заново».

Основна ж наша думка, сформульована після ознайомлення з положеннями проекту, присвяченими класифікації злочинів, набула вигляду ось такої сентенції. Ми розуміємо, що запропонована класифікація злочинів є результатом компромісів, суперечок, тривалої інтелектуально-складної праці, а члени Робочої групи звикли до цієї класифікації, вважають її (не виключаємо – цілком обґрунтовано) ретельно продуманою, логічною та очевидною. Однак рецензенти (професори з кримінального права) змушені бути перечитати розділ 2.1 проекту «Злочин. Склад злочину, Класифікація злочинів за їх тяжкістю» декілька разів, щоб з'ясувати, як це все працюватиме. Чи не занадто ускладнені відповідні положення проекту і передусім в плані правозастосування? Наведемо і фрагмент із Концепції реформування кримінального законодавства України: «Нове кримінальне законодавство має бути побудоване з використанням сучасних досягнень законодавчої техніки, що забезпечить *підвищення доступності його для сприйняття і розуміння населенням...*». До подібних закидів (насамперед із боку практиків; про населення вже промовчимо) членам Робочої групи, які, до речі, наголошують на тому, що новий КК має бути зручним і простим для застосування, «відображати потреби практики», слід бути готовим.

До слова така прогнозована реакція вже має місце. Так, І. Кузіна вважає доцільною прив'язку тяжкості злочину до наслідків та обтяжувальних/пом'якшувальних обставин. Водночас візуалізацію відповідних норм у проекті адвокатка вважає такою, що заплутує навіть правників, а не те що пересічних громадян; спосіб представлення інформації у вигляді таблиці ускладнює точне посилення на індекс статті/частини/пункту в процесуальних документах; формула кваліфікації, яка «не для людей», може стати найбільшим викликом для учасників провадження, а її опис більш пасує для технічної документації з користування електронними базами даних.

Суддя Великої Палати Верховного Суду Н. Антонюк критикує ідею максимально типізувати санкції за вчинення злочинів однієї категорії, перемістивши їх із Особливої до Загальної частини КК, на тій підставі, що це істотно ускладнить розуміння покарання, яке може бути призначене за вчинене злочинне діяння: «Для досягнення цілей загальної превенції необхідно максимально зрозуміло визначати потенційне покарання з тією метою, щоб кожна особа, у тому числі особа без юридичної освіти, могла його зрозуміти. Необхідно пам'ятати, що сприйняття особою злочину пов'язане із двома факторами: розуміння того, чого не можна робити, і того, що буде в разі порушення заборони. Своєрідна ж формалізація кримінального закону в цій частині може не-

відворотно вплинути на його чіткість і зрозумілість». Створюється, однак, враження, що Робоча група не дуже переймається тим, що пересічний українець навряд чи зрозуміє, яке покарання йому загрозуватиме у випадку вчинення того чи іншого злочину, виходячи з того, що йому в цьому допоможе розібратись кваліфікований правник.

У будь-якому разі зрозуміло, що без більш-менш тривалого перехідного періоду, потрібного для засвоєння і теоретиками, і практиками положень кардинального оновленого кримінального законодавства, як і без підготовки якісного науково-практичного коментаря нового КК, не обійтись.

Ще й таке. Дещо незвично (ми розуміємо, що це є принциповим вибором Робочої групи) сприймається притаманне проекту поєднання, з одного боку, максимальної формалізації у частині визначення тяжкості злочинів і типових «вузьких» санкцій, жорстко прив'язаних до ступенів тяжкості злочинів, та, з іншого, широкого суддівського угляду, пов'язаного із застосуванням кримінально-правових засобів (високий або низький ризик вчинення нового злочину тощо).

Покарання по-новому: здобутки, ризики та перспективи. Згідно з ч. 2 ст. 3.1.1 проекту покарання має на меті «убезпечення суспільства шляхом утвердження справедливості, запобігання вчиненню злочинів і спонукання особи до правослухняної поведінки». Незважаючи на те, що втілений тут підхід здебільшого змінює на краще відбите в чинному КК положення про **мету покарання**, законодавче формулювання мети покарання потребує вдосконалення і додаткового обміркування. Так, якщо покарання покликане спонукати особу до правослухняної поведінки, то це охоплює запобігання вчиненню особою нових злочинів, не беручи до уваги те, що зазначене «спонукання до правослухняної поведінки» виглядає певним перебільшенням ролі кримінального закону загалом і покарання зокрема. Крім того, не зовсім логічним, мабуть, є те, що у формулюванні мети покарання не вказується на забезпечення також людини і громадянина, держави і міжнародного співтовариства, згаданих у ч. 1 ст. 1.1.2 проекту «Завдання Кримінального кодексу України».

Проектований Кодекс ґрунтується на принциповому положенні про мінімалізм покарань (пропоновану систему відповідно до ст. 3.1.2 проекту утворюють лише такі їх три види: штраф, ув'язнення на певний строк і довічне ув'язнення), які водночас є достатньо суворими і здатними, на погляд Робочої групи, забезпечити належну адекватність реакції держави щодо найбільш шкідливого типу протиправної поведінки.

У цьому контексті привертає до себе увагу той факт, що згідно з оприлюдненими на сайті нового КК Засадами реформування законодавства про відповідальність за правопорушення в публічній сфері нове кримінальне законодавство має забезпечити максимально допустимий широкий і водночас диференційований перелік як покарання, так й інших заходів кримінально-правового характеру, що підлягають застосуванню до особи у зв'язку із вчиненням нею злочину. Як видається, ця засада визначена абсолютно слушно, однак у випадку із запропонованою системою покарань вона порушується. Нова система покарань не сприймається як достатньо диференційована, виключає можливість призначення покарань окремим (специфічним) категоріям злочинців, призводитиме до штучного зростання «тюремного населення» (не маєш грошей на сплату штрафу – будеш ув'язнений) і до того ж потребуватиме істотних змін у кримінально-виконавчій системі.

Співзвучно висловлюється І. Кузіна, для якої безспірним є те, що скорочення переліку покарань до штрафів та ув'язнень на практиці збільшить питому вагу вироків про позбавлення волі. На сьогодні суд враховує матеріальний стан обвинуваченого, і, якщо він незадовільний, то штрафи не призначаються, але суд має можливість призначити громадські роботи. Положення проекту про покарання адвокатка небезпідставно називає дискримінаційними за майновою ознакою.

Для нас так само не зовсім зрозуміло, чому розробники нового КК відмовились від виду покарання з умовною назвою «громадські роботи», який за певних обставин міг би бути чудовим еквівалентом (альтернативою) штрафу щонайменше за злочини невеликої тяжкості. Подальше вивчення проекту показує, що відповідне обмеження збережене, однак навряд чи виправдано закамouflьоване під наглядний засіб пробації під назвою «виконання суспільно корисних робіт».

Цей засіб, на наш погляд, за своєю суттю є покаранням, узгоджується з усіма його ознаками і за своїм змістом, вочевидь, відрізняється від інших засобів пробації.

Після ознайомлення із положеннями проєкту про покарання чи не найбільше підстав для роздумів виникає стосовно **штрафу** (цей вид покарання розглядається як найбільш м'який). Наприклад, у ч. 3 ст. 3.1.3 проєкту передбачено, що штраф як основне покарання з-поміж іншого не призначається у випадках, якщо засуджена особа «не має доходу або майна, достатніх для сплати штрафу, чи його стягнення поставить таку особу у стан крайньої нужди».

На нашу думку, це положення, попри його очевидну слушність, потребує певного уточнення: як варіант варто було б додати, що штраф не призначається у тих випадках, якщо *в передбаченому законом порядку буде встановлено*, що особа не здатна сплатити штраф. Належні суб'єкти кримінально-процесуальної діяльності повинні довести (надати докази), що особа, справді, не має матеріального ресурсу для сплати штрафу (це питання безпосередньо пов'язане з КПК, у якому варто зафіксувати відповідний обов'язок у кримінальних провадженнях за злочинами, які тягнуть штраф). Викликає також занепокоєння використання такого звороту, як «стан крайньої нужди». Будучи надмірно розпливчастим, він залишає поле для виникнення корупційних ризиків (показово, що однією зі своїх цінностей Робоча група декларує таку: *«не залишаємо корупційних можливостей та маневру щодо зловживань для тих, хто буде застосовувати КК»*), але насправді зазначені можливості та маневри в проєкті подекуди залишаються). Чи не буде доречним відмовитись від згаданого обмеження? Чіткішого згадування про відсутність доходів і майна, достатніх для сплати штрафу, на нашу думку, вистачатиме.

У ч. 5 ст. 3.1.3 проєкту передбачено три вичерпні випадки, коли штраф призначається як додаткове покарання. Одним із них є вчинення злочину, наслідком якого є отримання незаконного доходу або неправомірна несплата належного. Звернення до поняття корисливого мотиву, наведеного у п. 17 ч. 2 ст. 1.3.1 проєкту, змушує задуматись, чи не йдеться у цьому разі саме про злочини, які вчинені з корисливих мотивів. Може, саме наявний корисливий мотив і має зумовлювати призначення штрафу як додаткового покарання?

Виникає також питання стосовно штрафу як основного покарання та його правової природи, яка, треба так розуміти, є відмінною від штрафу як додаткового покарання. Тобто штраф як основний вид покарання може призначатись за вчинення всіх видів злочинів 1–3 ступенів (без урахування обмежень, викладених у ч. 5 ст. 3.1.3 проєкту).

Візьмемо, наприклад, злочин, передбачений ст. 7.5.12 проєкту «Неправдивий переклад». Заборону на це діяння містить розділ Особливої частини про злочини проти держави, посягання належить до категорії злочинів 2 ступеня, а отже, згідно зі ст. 3.1.7 проєкту «Санкції» передбачає альтернативне покарання (або штраф, або ув'язнення). Чи виправданим у такому разі є призначення перекладачу штрафу, яким (так пропонується у проєкті, див. ч. 1 ст. 3.1.3) наповнюватиметься Державний фонд відшкодування шкоди *потерпілим*? Інакше кажучи, якщо в проєкті, по суті, втілюється концепція штрафу на користь потерпілого, то, можливо, це покарання має призначатись саме і тільки в тих випадках, де є потерпілі?

Порядку сплати штрафу присвячена окрема стаття (3.1.4 проєкту), що викликає сумнів у виправданості такого кроку. Чи варто порядок виконання цього покарання регулювати у кримінальному законі? І, якщо такий підхід схвалюється, то чому у проєкті аналогічно не визначається порядок виконання інших видів покарань?

У ч. 2 ст. 3.1.4 проєкту регулюються ситуації, за яких уможливорюється сплата штрафу або частинами, або з відстрочкою. Варто загалом підтримати висловлену та розвинуту (порівняно з чинним КК) ідею. Водночас звертаємо увагу на те, що можливість відстрочення або розстрочки сплати штрафу пов'язується з майновим станом засудженого. А ось що є мірилом цього стану, наявність якого дозволяє отримати зазначені привілеї, залишається не зрозумілим. Це, своєю чергою, знову свідчить про корупційний ризик (черговий), закладений у проєкті.

Завершуючи розгляд положень про штраф, зупинимось на питанні про заміну штрафу покаранням у виді ув'язнення. Така можливість надається засудженому згідно з ч. 3 ст. 3.1.4 проєкту, що містить положення, яке певною мірою властиве і чинному КК та яке з часу його появи зазнало справедливої критики.

По-перше, виходить так, що свобода знову «продається» й одержує чітку та фіксовану ціну. У разі, коли особа не сплачує штраф, інших, крім ув'язнення, можливостей для розв'язання проблеми проект не передбачає. До речі, про те, що «покарання можна купити», свідчать й інші положення проекту. Наприклад, згідно з ч. 6 його ст. 3.3.2 особа може позбутись покарання, якщо вона оплатить за подвійним тарифом (тобто здійснить компенсацію шкоди у двократному розмірі).

По-друге, що розуміється під несплатою штрафу: неможливість його сплатити, небажання його сплатити або і те, й інше? У зв'язку з цим постає ще одне питання. На противагу чинному КК, проект не визначає правових наслідків ухилення від покарання. Чи тягне таке ухилення юридичну відповідальність (очевидно, що так (з огляду на п. «а» ч. 3 ст. 3.1.3 проекту), але у яких випадках та яку)? Або, треба так розуміти, зазначена заміна і є єдиним правовим наслідком несплати штрафу?

По-третє, відповідно до ч. 2 ст. 3.4.1 проекту щодо особи, якій штраф призначений як основне покарання, застосовується пробація. Однак не зрозумілим залишається механізм поєднання виконання покарання у виді штрафу з пробацією. Так, за загальним правилом, визначеним у ч. 1 ст. 3.1.4 проекту, штраф сплачується протягом 60 днів із дня набрання вироком законної сили. І відповідно до п. «а» ч. 2 ст. 3.4.1 проекту до особи, якій призначений штраф як основний вид покарання, застосовується (тобто обов'язково) пробація. Це, зокрема, передбачає застосування до цієї особи контрольних засобів та можливість застосування одного або декількох реінтеграційних чи наглядових засобів пробації (а до наглядових засобів, з-поміж іншого, належить виконання суспільно корисних робіт). Така пробація встановлюється на час до повної сплати суми штрафу. Тобто до сплати штрафу (протягом цих умовних 60 днів) засуджений додатково може виконувати суспільно корисні роботи або зазнавати інших не виправданих обмежень. Як видається, у такому разі (до сплати штрафу) стосовно особи мають застосовуватись лише контрольні засоби, але не варто їх пов'язувати саме з пробацією, не виправдано розширюючи межі останньої. Можливо, потрібно встановити правило, згідно з яким пробація застосовується до засудженого, якому призначене основне покарання у виді штрафу, якщо він (з об'єктивних причин) не сплатив штраф, а отже, виявився не здатним виконати це покарання?

Насамкінець у цій рубриці декілька стислих застережень щодо **інших видів покарання**. Так, згідно з ч. 1 ст. 3.1.6 проекту довічне ув'язнення пов'язується із **безстроковим** триманням засудженого в пенітенціарній установі. Видається, що це положення було б правильно переформатувати, виключивши вказівку на безстроковість, – зазначене покарання не завжди є безстроковим (проект надає можливість перетворити його фактично із безстрокового на строкове). Як варіант можна зазначити, що довічне ув'язнення полягає в перебуванні засудженого в пенітенціарній установі поза визначеним строком.

У нас також виникло питання, чи може ресоціалізація засудженого виступати складовою змісту таких двох покарань, як ув'язнення на певний строк і довічного ув'язнення, як це впливає із відповідних визначень (ч. 1 ст. 3.1.5, ч. 1 ст. 3.1.6 проекту)? Чи, може, ресоціалізація засудженого все ж є однією з цілей покарання (складовою його мети)? Нагадаємо і те, що ресоціалізацію особи, яка вчинила злочин, проголошується визнати одним із завдань нового КК (п. «г» ч. 2 ст. 1.1.2 проекту), що також актуалізує поставлене питання.

У ч. 1 ст. 3.10.3 проекту зазначається, що штраф застосовується до неповнолітньої або молоді особи, якщо вона має самостійний дохід або власне майно, на яке може бути звернене стягнення. Аналіз ст. 3.1.7 проекту «Санкції» дозволяє зробити висновок про те, що тій особі, яка не має доходу або майна, безальтернативно має призначатись покарання у виді ув'язнення (злочини 1–3 ступеня). Така ситуація зайвий раз змушує замислитись над розширенням системи покарань, зокрема розрахованих на молодих людей. Тим більше, що в п. 19 Мінімальних стандартних правил ООН, які стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінські правила), наголошується на максимальному обмеженні застосування до неповнолітніх покарань, пов'язаних із будь-якими формами ув'язнення, та на розширенні сфери застосування покарань, альтернативних ув'язненню.

Щодо звільнення від покарання. Чималі зміни очікують на інститут звільнення від покарання. Показово, що цей кримінально-правовий засіб обґрунтовано залишається в арсеналі

засобів, які використовує держава для впливу на злочинця. Ба більше: переконані в тому, що його використання може стати ефективнішим, оскільки підходи Робочої групи до законодавчої регламентації звільнення від покарання характеризуються належною системністю і забезпечуватимуть бажану впорядкованість нормативного матеріалу з наданням правозастосовувачу істотних можливостей для варіативного реагування на різні види протиправної поведінки. Крім цього, потрібно звернути увагу на таке, що має свою логіку (хоч і далеко небезспірне), рішення розробників проєкту позбутись відомого нині звільнення від кримінальної відповідальності, трансформувавши його (частково) в один із видів звільнення від покарання, який пропонується називати непризначення покарання. При цьому окремі положення відповідного розділу проєкту здатні викликати дискусії, а тому заслуговують на подальше обговорення.

Так, виглядає дивним те, що розділ 3.3 проєкту називається «Звільнення від покарання», однак звільнення як таке у ньому не згадується (замість цього використовуються такі не досить вдалі терміни, як «непризначення покарання» або «зупинення виконання покарання», за наявності кращих еквівалентів).

Непризначенню покарання у зв'язку з позитивною поведінкою особи після вчинення нею злочину присвячено ст. 3.3.2, при конструюванні якої втілено ідею уніфікації (типізації) кримінально-правового заохочення (на сьогодні це загальні та спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності). Такий підхід є зрозумілим і загалом схвальним, але треба бути свідомим того, що реалізація зазначеної ідеї у пропонованому вигляді потребуватиме (особливо одразу після ухвалення нового КК) значних коментаторських зусиль на кшталт теперішніх пошуків заохочувальної норми (ч. 5 ст. 354 КК), розрахованої на частину корупційних злочинів. До кожного з формулювань «спеціальних» заохочувальних приписів (частини 3–9 ст. 3.3.2 проєкту) варто буде повернутись після написання проєкту Особливої частини КК, поліпшуючи відповідні положення, зокрема з огляду на практику Верховного Суду і наукові здобутки.

У ч. 3 ст. 3.3.2 проєкту міститься різновид непризначення покарання, що уможлиблюється у зв'язку, зокрема з відверненням настання шкоди від злочину. Але якщо орієнтуватись на статті Особливої частини чинного КК, які зазначені в цій нормі, то залишається не зовсім зрозумілим, що саме вважати відверненням настання шкоди (наприклад, при вчиненні державної зради або шпигунства).

Формулювання п. «б» ч. 6 ст. 3.3.2 проєкту, згідно з яким покарання не призначається, якщо особа до повідомлення їй про підозру за вчинення відповідної категорії злочинів сплатила відповідні платежі у двократному розмірі, а також передбачені законом або договором фінансові санкції, неустойку (штраф, пеню), залишає відритою гостру наразі проблему, пов'язану із застосуванням ст.ст. 212 і 212-1 чинного КК, а саме сплати відповідних коштів не тією чи іншою службовою особою – суб'єктом злочину, а юридичною особою (її відокремленим підрозділом) – юридичним платником певних обов'язкових внесків.

Крім цього, вказівка на те, що кошти мають бути сплачені до повідомлення про підозру, з одного боку, спроможна стимулювати своєчасність позитивної посткримінальної поведінки злочинців, сприяти оперативному вирішенню кримінально-правових конфліктів, пов'язаних з ухиленням від сплати коштів. З іншого боку, сама процедура повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення в тому вигляді, у якому вона виписана в чинному КПК (ст.ст. 276–278), здатна унеможливити застосування аналізованого заохочувального припису або принаймні поставити його в повну залежність від угляду правозастосовача. Винній особі, як видається, дається занадто мало часу для виконання умов «непризначення покарання». Крім цього, вимога вчинити певні посткримінальні дії, аби бути звільненою від покарання, до моменту доведення до відома особи кримінально-правової оцінки її поведінки є некоректною. Існує і небезпека того, що певні особи для уникнення кримінально-правової репресії визнаватимуть свою винуватість у вчиненні умисного злочину навіть тоді, коли насправді порушення регулятивного законодавства сталися через необережність. У процесуальному порядку щонайменше має бути встановлено, що особа вчинила певний злочин.

Щодо норм про непризначення покарання (ст. 3.3.2. і ст. 3.3.3 проєкту) хочеться зробити і, так би мовити, глобальне застереження: фактично в їх межах пропонується реалізувати підхід, згідно з яким кримінальна відповідальність зводиться до засудження особи за вчинений злочин.

Тобто продовжує обстоюватись положення про існування так званої ліберальної форми реалізації кримінальної відповідальності, яка означає винесення обвинувального вироку суду, а отже, здійснення державного осуду злочинця, що, однак, не поєднується із призначенням злочинцю будь-якої міри покарання. При цьому в основу розроблення проекту покладені такі лозунги, як «КК – *ultima ratio*», «майбутній КК має бути «маленьким, але суворим», «в основі не відплата, а досягнення соціальної справедливості та врегулювання соціальних конфліктів».

Цікаво, про які жорсткість і соціальну справедливість може йтися, якщо особа, яка вчинила злочин (тобто найбільш негативне, серйозне посягання з усіх можливих деліктів), у межах кримінальної відповідальності здатна зазнавати лише засудження? У самому факті призначення конкретного виду та розміру покарання, на нашу думку, закладається чималий запобіжний ефект (особа усвідомлює, що їй не вдалось уникнути істотних обмежень в реалізації своїх прав і свобод), якого (ефекту) творці нового КК воліють не помічати.

У ст. 3.3.8 проекту слушно передбачається можливість для відстрочення виконання призначеного покарання у зв'язку з особливою обставиною (потреба у доповненні статей про звільнення від покарання таким його видом уже давно обґрунтовувалась у літературі). Водночас у зазначеній статті йдеться лише про можливість відстрочити виконання покарання у виді ув'язнення на певний строк. А чому цієї ж можливості (з огляду на особливу обставину) позбавляється особа, засуджена до штрафу? Наприклад, до такої обставини відноситься надзвичайна ситуація природного характеру, усунення якої може потребувати не лише фізичних, а й матеріальних зусиль особи. Як варіант можна відповідним чином уточнити положення ч. 2 ст. 3.1.4 проекту, де згадується лише майновий стан засудженого як підстава, зокрема для відстрочення сплати штрафу.

Усталене у вітчизняній юридичній традиції умовно-дострокове звільнення від відбування покарання розробники нового КК перетворили на зупинення під умовою виконання ув'язнення на певний строк (ст. 3.3.9 проекту). Цей вид звільнення від покарання пропонується орієнтувати на осіб, які вжили всіх можливих заходів для реституції чи компенсації. На перший погляд, ідеться про абсолютно слушну умову. Водночас можна спрогнозувати, що її практичне втілення відбуватиметься у суперечливий спосіб, адже встановити, чи насправді всіх (чи не всіх) можливих заходів вжила особа буде складно, а інколи – неможливо. До того ж постає питання: «вжила всіх можливих заходів для реституції чи компенсації» – це те саме, що згадуване в інших статтях проекту «здійснення реституції або компенсації»? Було б правильно вирішувати розглядуване питання сукупно – у контексті встановлення низького ризику вчинення нового злочину, про який, зокрема, ідеться у ч. 1 ст. 3.3.9 проекту. Тобто чим більше заходів засуджений вжив (реальних або потенційних), тим меншим ризик вчинення злочину має бути (звісно ж, урахуовуючи інші фактори, що знижують цей ризик).

З тих же причин не зовсім вдалим сприймається положення ч. 1 ст. 3.3.10 проекту «Зупинення під умовою виконання довічного ув'язнення», згідно з яким додатковою умовою зупинення виконання покарання є *здатність інтегруватися в суспільство*. Якщо така здатність не вимірюється в юридично визначений спосіб, то навряд чи є сенс про неї згадувати окремо; варто обмежитись лише низьким ризиком вчинення нового злочину, установлення якого (ризик), до речі, може охоплювати і зазначену складову. Адже якщо такої здатності немає, то, вочевидь, і ризик вчинити новий злочин не є низьким.

У ст. 3.3.9 та інших статтях проекту, що зокрема фактично передбачають звільнення особи від покарання, згадується про згоду особу як умову його (цього засобу) застосування. Не заперечуючи проти цього, зауважимо, що подібні питання (пов'язані із наданням згоди тощо) як такі, що більше стосуються процедурних моментів, ніж матеріально-правових, мають регулюватись кримінальним процесуальним законом.

Амністія та помилування як самостійний кримінально-правовий засіб. За проектом амністія та помилування вже не розглядаються як окремі види звільнення від покарання. Водночас згідно з ч. 3 ст. 3.5.1 проекту амністія передбачає припинення виконання покарання або скорочення невідбутої частини покарання. З тим самим пов'язується і помилування (ч. 2 ст. 3.5.2 проекту). Однак системний аналіз норм про звільнення від покарання (розділ 3.3 проекту) навряд чи дозволить віднайти якусь змістовну різницю амністії та помилування з передбаченими там видами звільнення від покарання. Чому ж амністія і помилування утворюють спеціальний

(окремий) вид кримінально-правових засобів, залишається не зрозумілим ні з позиції усталеної форми їх нормативного відбиття, ні з огляду на їхню близькість до «сім'ї норм» про звільнення від покарання. Як видається, розробники проекту амністії і помилування штучно відривають від інституту звільнення від покарання. Про це свідчить не лише зміст відповідних положень нового кримінального закону, але й усталена нормотворча практика, відмова від загальних підходів якої навряд чи виправдана. Якщо ж амністія та помилування мають якусь унікальну правову природу, то потрібно у відповідних статтях проекту зазначити мету амністії та помилування для кращого розуміння особливої місії цих кримінально-правових засобів (як це зроблено, наприклад, стосовно покарання та пробації).

У ч. 2 ст. 3.5.1 проекту зазначається, що «закон про оголошення амністії може бути прийнятий не частіше одного разу на три роки або у зв'язку з особливою подією у житті суспільства». Віддзеркалена тут позиція Робочої групи може бути поставлена під сумнів у частині визначеної періодичності оголошення амністії. На наш погляд, амністія має спрямовуватись на розв'язання важливих політико-правових проблем і через це не повинна зв'язуватись жодними періодами її оголошення. До того ж використане формулювання «у зв'язку з особливою подією у житті суспільства» потребує уточнення. Що мається на увазі? Наприклад, чи є такою подією святкування тридцятиріччя незалежності України (чи було такою подією, наприклад, проведення Чемпіонату Європи з футболу 2012 р.)? Якщо так, то хіба виправдано поєднувати застосування амністії з такими (хай навіть святковими і визначними) подіями?

У ч. 5 ст. 3.5.1 проекту зазначено, що «амністія поширюється на особу, яка на день набрання чинності законом про оголошення амністії відбула не менше однієї чверті строку покарання». Знову ж, якщо концепція амністії полягає в її регулярному застосуванні (з метою, щоб не «засиджувались» та/або з нагоди свята), то такий підхід загалом заслуговує на схвалення. Якщо ж виходити з того, що амністія – це інструмент держави в розв'язанні локальних, регіональних або загальнодержавних проблем, то таких обмежень (щодо мінімуму відбутого покарання) не повинно бути.

Перелік категорій осіб, до яких амністія не застосовується (ч. 6 ст. 3.5.1 проекту), потребує додаткового обмірковування та вдосконалення. Вважаємо, що, наприклад, особи, які вчинили злочини з необережності, не повинні обмежуватись у застосуванні амністії. Водночас зрозуміло, що підходи до визначення обмежень в амністуванні можуть бути геть різними, і вони так само здебільшого залежать від загального концепту цього кримінально-правового засобу.

Помилуванню присвячено ст. 3.5.2 проекту, ч. 3 якої передбачає, що Указом про помилування особа, яка відбуває довічне ув'язнення, може бути фактично звільнена від відбування цього покарання або це покарання їй може бути замінено. Як видається, слухна поява у проекті норми про зупинення виконання довічного ув'язнення під умовою скасовує потребу в помилуванні осіб, які засуджені до довічного ув'язнення. Цілком продуманий механізм, відбитий у статті 3.3.10 проекту «Зупинення під умовою виконання довічного ув'язнення», гарантує довгоочікувану реалізацію права на надію.

Зі змісту норми про помилування не зовсім зрозуміло, чи вона повністю регламентує порядок здійснення помилування чи такий порядок повинен додатково визначатись в іншому нормативному акті (як це є наразі). З огляду на викладене, виникає проблема щодо того, хто і як при вирішенні питання про помилування враховуватиме обставини, зазначені в ч. 5 ст. 3.5.2 проекту. Президент України? Уповноважений ним орган? За якими критеріями (прозорість) ці обставини встановлюватимуться?

У ч. 6 ст. 3.5.2 проекту зазначається, що «Указом про помилування у виняткових випадках може бути передбачено закриття кримінального провадження щодо особи, у тому числі поєднане із обміном її на особу, яка утримується чи притягується до кримінальної відповідальності або засуджена на тимчасово окупованій території України чи в іноземній державі». Це положення потребує додаткового обмірковування, щоб уникнути потенційних зловживань (чомусь згадується прислів'я про благі наміри: «*Hell is full of good meaning and wishings*»). Як варіант варто спробувати уможливити таке помилування лише разом зі здійсненням громадського контролю або за окремою (чітко визначеною) процедурою.

Судимості бути. Проект залишає судимість з-поміж кримінально-правових засобів, а його розробники вирішили не відмовлятися від судимості (хоча такі наміри мали місце) зокрема через те, що про судимість згадує Конституція України, і лише після внесення змін до якої можна було б повністю відправити судимість у небуття. Такий підхід Робочої групи загалом заслуговує на схвалення, однак причин тому, на наш погляд, значно більше, ніж суто формальна. З іншого боку, а чи потрібна взагалі судимість, урахувавши цілком резонне запровадження у проекті засобів безпеки? Як можна встановити, нові обмежувальні засоби (окремий вид засобів безпеки, див. ст. 3.6.5 проекту) здебільшого дублюють загальноправові наслідки судимості.

Судимості присвячений розділ 3.9 проекту, де у ч. 1 ст. 3.9.1 дається таке визначення поняття судимості: це – правовий стан, у якому перебуває особа, засуджена за вчинення злочину, з дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду, протягом строку: а) виконання покарання та інших кримінально-правових засобів, застосованих щодо неї – до погашення судимості; б) дії загальноправових обмежень – до припинення наслідків (зняття) судимості. У контексті викладеного треба зазначити, що, по-перше, за наявності відповідної термінологічної статті («глосарію») наведене поняття мало б міститись у ній. По-друге, пропонуване поняття судимості потребує замислитись над його вдосконаленням. Як варіант можна таким чином сформулювати поняття судимості, виключивши з нього вказівку на нерелевантні ознаки: «Судимість – це правовий стан, у якому перебуває особа, засуджена за вчинення злочину, з дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду до погашення судимості або її зняття у разі дії загальноправових обмежень».

Далі. Видається, що застосований у ч. 3 ст. 3.9.1 проекту підхід, за яким визначаються кримінально-правові наслідки погашення судимості, міг би бути оптимізований через використання більш уніфікованого способу викладення нормативного матеріалу. Наприклад, можна зазначити, що погашення судимості здійснюється без спеціального рішення суду чи іншого акта органу державної влади та полягає в анулюванні всіх кримінально-правових наслідків вчиненого злочину. Водночас варто доповнити ст. 3.9.1 проекту положенням, відповідно до якого забороняються обмеження прав і свобод особи, яка має судимість, якщо вони не передбачені законом.

У ч. 1 ст. 3.9.3 проекту зазначається, що судимість знімається за клопотанням засудженої особи. На жаль, можна лише здогадуватись, що це клопотання подається до суду. Чи може до спеціальної Комісії з питань зняття судимості? Крім цього, треба розуміти так: якщо засуджений не звертається з клопотанням про зняття судимості, то він залишається у такому статусі довічно. Невже це члени Робочої групи мали на увазі?

Однією з підстав для зняття судимості називається те, що після погашення судимості сплив строк, який відповідає тривалості фактично відбутого ув'язнення, а щодо особи, засудженої до штрафу, – 2 роки. З огляду на це, виникає питання: яким чином знімається судимість стосовно особи, яка не відбувала покарання у виді ув'язнення, а була звільнена від нього (їй не призначалось покарання)? Ще однією підставою для зняття судимості є те, що особа не вчинила протягом відповідного періоду іншого умисного злочину чи проступку. По-перше, не зрозуміло умисним має бути лише злочин чи і проступок так само. По-друге, а якщо умисний злочин усе ж буде вчинений, то які наслідки це потягне? Можна так розуміти, що загальноправові обмеження вже за жодних обставин не зможуть бути скасовані.

Замість висновку. Робоча група, провівши величезний обсяг висококваліфікованої, інтелектуальної роботи, надала гарну поживу для роздумів всім тим, хто так чи інакше займається кримінальним правом. Ми чудово усвідомлюємо всю небезспірність висловлених вище міркувань (як справедливо каже В. Навроцький, «ніхто не має монополії на істину»), як і те, що поглибленого аналізу потребують й інші положення проекту нового КК, навіть не згадані у нашій публікації. Членам Робочої групи побажаємо сил і натхнення просувати свої новаторські ідеї, пояснювати та аргументувати їх (іншого (легкого) шляху немає) і, попри всі труднощі, довести розпочату почесну і надскладну справу до логічного завершення.

Реалізація принципу верховенства права при застосуванні закону про кримінальну відповідальність: постановка проблеми, міжнародний і зарубіжний досвід²

Якщо в Конституції України від 20 квітня 1978 р. (з подальшими змінами) було зазначено, що «Держава Україна, всі її органи діють на основі законності» (ст. 4), «на території України забезпечується верховенство законів республіки» (ст. 71), а «судді і народні засідателі є незалежними і підкоряються тільки законам», то автори тексту чинної Конституції України, прийнятої 28 червня 1996 р., вирішили відійти від концепції формальної законності, передбачивши, що віднині «в Україні визнається і діє принцип верховенства права» (ст. 8).

Здавалося б, це мало покласти край будь-яким подальшим дискусіям щодо співвідношення принципів верховенства права і законності, оскільки Основний Закон, який, нагадаємо, має найвищу юридичну силу і норми якого є нормами прямої дії, дає однозначну відповідь на це питання. Реальність, однак, виявилася абсолютно протилежною, що й не дивно: на відміну від принципу законності, який полягає в простій і зрозумілій формулі – чітко й послідовно керуватися в своїй діяльності законами та підзаконними нормативно-правовими актами, принцип верховенства права становить більш складну і неоднозначну концепцію.

Більше того: донедавна, попри положення ст. 8 Конституції України 1996 р., в ч. 1 якої йдеться про принцип верховенства права, ст. 129 Основного Закону з незначними змінами відтворювала положення попередньої Конституції, прийнятої ще за радянських часів: «Судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону». Ця норма була змінена лише нещодавно – внаслідок ухвалення Закону України від 2 червня 2016 р. «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)»; наразі вона проголошує, що «суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права». Як бачимо, питання про адресата принципу верховенства права вирішено в цьому разі недвозначно – йдеться про суддю, причому (треба так розуміти) будь-якого суду – від місцевого і до Верховного.

Відмова на конституційному рівні від обов'язку судді підкорятись закону і натомість покладання на служителів Феміди обов'язку керуватись верховенством права розробниками відповідних конституційних змін пояснювалась, серед іншого, тим, що «законність передбачає дотримання сухої букви, форми закону іноді навіть усупереч здоровому глузду й принципам справедливості... Принцип верховенства права передбачає, що суддя певною мірою стає творцем права» [1].

Як і можна було очікувати, ставлення до вказаних законодавчих змін у суддівській і науковій спільноті виявилось різним.

Окремі представники суддівського корпусу визнають, що недостатнє врахування при здійсненні правосуддя рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та Конституційного Суду України (далі – КСУ) і загалом така суспільна проблема, як відсутність забезпечення верховенства права в діяльності правоохоронних органів і суддів, стали головними чинниками проведення судової реформи. Констатується, що виключення зі ст. 129 Конституції України законності як основної засади судочинства означає помилковість посилання на неї як на підставу відмови виправити судову помилку [2; 3].

Схвально оцінив указані зміни до Конституції України суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ Д.Д. Луспеник, який наголосив на тому, що «верховенство права має стати стандартом судового правотлумачення і судового правозастосування, елементами якого... повинні бути такі формальні елементи, як законність (в сенсі правових законів), правова визначеність, пропорційність і право на справедливий судовий розгляд, а субстантивним елементом має стати визнання пріоритетності прав людини». При цьому законність у контексті європейського підходу до верховенства права і практики ЄСПЛ «не може зводитися до простої відповідності нормам матеріального та процесуального права, а розглядається дещо ширше...» [4].

² Стаття написана у співавторстві з М.В. Мазуром та опублікована: Юридичний електронний науковий журнал. 2017. № 5. С. 129–140.

Один із переможців конкурсу до нового Верховного Суду (далі – ВС) Д.А. Гудима (науковець) при обговоренні положень масштабного законопроекту «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» (реєстраційний № 6232), що має на меті подальше запровадження розпочатої конституційними змінами реформи, критикував положення законопроекту про збереження принципу законності як окремої засади судочинства на тій підставі, що цей принцип у Конституції України був замінений принципом верховенства права: «Це, на погляд теоретика права, буде й далі спричиняти в суспільстві дискусії щодо того, як співвідноситься верховенство права і законність» [5].

Додамо від себе, що набрання чинності Законом України від 12 травня 2016 р. «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» не призвело до змін: ні ст. 19 Конституції України, яка зобов'язує органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадових осіб діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України; ні ст. 6 Конституції України, згідно з якою органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України. Виходить, що законність як правовий принцип зберігає свій статус. Принцип законності закріплено і в ст. 9 КПК України, а зі ст. 7 цього Кодексу впливає, що і законність, і верховенство права є, так би мовити, рівноцінними загальними засадами кримінального провадження. До речі, Кримінальний кодекс України застосовується не лише судами, а й органами досудового розслідування, і щодо останніх пріоритет верховенства права над законністю на конституційному рівні чітко не зафіксований.

Інші вітчизняні правознавці висловилися щодо досліджуваної конституційної новели більш стримано. Так, О.П. Капля констатує: «Суди загальної юрисдикції не бажають вступати в протиріччя із законодавчою владою та фактично не звертаються до доктрини верховенства права, а залишаються в полоні верховенства закону, навіть якщо він суперечить принципам соціальної справедливості» [6, с. 12]. Такого роду узагальнюючі судження видаються нам украй некоректними. Суддя у відставці М.І. Цуркан пише, що суддя завжди «закований» у рамки закону тоді, як верховенство права – «це надзвичайно делікатний інструмент. Ним можна як вилікувати, так і залікувати... навіть європейська практика остаточно не напрацювала загальноновизнані складові цього принципу... Найцікавіше, що базовою складовою цього принципу є законність. Ми працюємо в системі континентального писаного права. Тому не можемо собі дозволити широке тлумачення принципу верховенства права... Лише коли закон не працює чи недосконалий або входить у протиріччя з Конституцією, іншим законом, який регулює однопредметні відносини, – починають діяти принципи. Принципи можуть діяти і окремо, але зазвичай вони діють у сукупності з іншими правилами, традиціями та ін. Я б остерігався людей, які на кожному перехресті доводять, що їх рішення правильне тільки тому, що, на їхню думку, воно відповідає принципу верховенства права» [7].

Зауважимо з цього приводу, що належність правової системи України до романо-германської (континентальної) правової системи з традиційним в її межах пріоритетом закону над іншими джерелами права, в т. ч. судовим прецедентом, не виключає пошуку прийнятних меж запозичення елементів з інших правових сімей, зумовленого глобалізаційними та інтеграційними процесами. Складність такого пошуку зумовлена тим, що і після понад 25 років незалежності України «не тільки серед політиків, а й науковців-правників відсутні єдині погляди щодо місця національної правової системи серед правових систем сучасності та орієнтирів її подальшого розвитку» [8, с. 334], «єдиних підходів до базисних речей, які визначають обличчя національної правової системи, нині немає» [9].

Запозичення принципу верховенства права для потреб здійснення правосуддя, якщо ставитись до цієї новели упереджено і поверхово, може бути розцінене як «дрейф» у бік англо-американської правової сім'ї (системи загального права). У зв'язку з тим, що йдеться про імплементацію однієї із західних правових ідей (насамперед захисту людини від свавілля з боку держави) у вітчизняну правову реальність, ми розуміємо (хоч і не підтримуємо) критичний закид І.І. Котюка на адресу КСУ, який в одному зі своїх рішень зазначив, що проявом верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством, а включає в себе й інші соціальні регулятори (зо-

крема, норми моралі, традиції, звичаї). На думку згаданого дослідника, КСУ, який запропонував таке розуміння права, мав би «констатувати перехід правової системи України на англо-саксонську правову систему» [10].

Насправді ідея утвердження верховенства права в правозастосуванні є цілком логічною в контексті євроінтеграційних прагнень України. Серйозним кроком на цьому шляху стало ухвалення 23 лютого 2006 р. Закону України Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», згідно зі ст. 17 якого суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція) та практику ЄСПЛ як джерело права. Рішення ж ЄСПЛ, як відомо, носять прецедентний характер. «На думку ЄСПЛ, судова правотворчість, як одне з джерел права, є невід'ємною частиною правової традиції держав – членів Ради Європи, яка забезпечує прогресивний розвиток кримінального права... як би чітко не були сформульовані кримінально-правові положення, вони завжди потребують судового тлумачення для того, щоб з'ясувати сумнівні аспекти та змінювані обставини; тлумачення та застосування окремих нечітких, розмитих понять залежить від практики» [11, с. 93, 94].

І найголовніше: протиставлення романо-германської та англо-американської правових систем у контексті з'ясування першості ідеї верховенства права вважаємо недоречним. Річ у тім, що сучасна концепція верховенства права, будучи результатом багатовікового розвитку різних правових систем, включає в себе ідеї, що формувалися як у країнах загального права (в межах концепції «Rule of Law»), так і в країнах континентального права («Rechtsstaat» і «формула Радбруха» у Німеччині – про це йтиметься нижче, «Etat de droit» у Франції). Цьому сприяло не тільки посилення взаємного впливу наукових концепцій в епоху глобалізації та діяльність міжнародних судових органів (насамперед ЄСПЛ), а й об'єктивні процеси зближення основних правових систем світу за їхніми основними ознаками, що полягає у послідовному збільшенні ролі законодавчого регулювання у країнах загального права та судової правотворчості – в країнах континентального права.

Нам імпонує виважене висловлювання К.В. Ображиева про те, що континентальна сім'я права, збагачена процесами конвергенції з англосаксонською правовою сім'єю, вже не ставить нездоланні перешкоди для визнання судових рішень джерелом кримінального права, хоч історичні традиції романо-германського права зберігають свій вплив на систему [12, с. 302]. З огляду на процеси глобалізації та європейської інтеграції, протиставляти англо-саксонську і романо-германську правову системи немає сенсу. Це підтверджується взаємним впливом таких систем і формуванням нових, інтегрованих [13]. Повторимо, що в Україні вже навіть на законодавчому рівні джерелом права називається практика ЄСПЛ, а також визнається загальнообов'язковий характер рішень КСУ і правових висновків ВС України.

Ба більше: зазначене протиставлення взагалі позбавлене сенсу, оскільки сучасна концепція верховенства права, загалом не заперечуючи обов'язковості законодавства, передбачає, що протиставлення останнього судовій правотворчості виникає лише в тих виключних випадках, коли закон сам по собі (чи при його застосуванні в конкретній ситуації) породжує явну несправедливість, веде до порушення основоположних прав і свобод людини або посягає на інші фундаментальні цінності демократичного суспільства.

Один з співавторів цієї статті (О.О. Дудоров) раніше вже висловлювався з приводу того, на кого розрахований принцип верховенства права, та щодо впливу останнього на кримінально-правову матерію. Був зроблений висновок про те, що в частині розгляду кримінальних справ значущість конституційного положення про керування суддею верховенством права не варто переоцінювати; пріоритетним при здійсненні кримінального провадження має залишатись принцип законності. Висловлювалась думка про те, що надання суду загальної юрисдикції на підставі вдосконаленої ч. 1 ст. 129 Конституції України можливості оцінювати кримінальний закон на предмет того, чи є він правовим у сенсі справедливим, і, відповідно, вирішувати за своїм розсудом питання, чи підлягає цей кримінальний закон застосуванню, може призвести до хаосу в правозастосуванні [14, с. 26–30]. Уявлення ж про справедливість у кожного свої.

Однак протягом останнього часу під впливом ознайомлення зі здобутками загальної теорії права і конституційного права, матеріалами правозастосовної практики і спілкування з колегами зростало внутрішнє незадоволення зробленими раніше (треба визнати – в дусі юридичного пози-

тивізму) висновками, посилювалася потреба їхнього переосмислення. Як писав американський поет, есеїст і дипломат Джеймс Лоуелл, тільки дурні і покійники ніколи не змінюють своїх поглядів. При цьому інший співавтор статті (М.В. Мазур), будучи практикуючим суддею, послідовно використовує в своїй професійній діяльності рішення ЄСПЛ і КСУ, а тому схвально сприйняв появу конституційного положення про керування верховенством права при здійсненні правосуддя. Переконані в тому, що аналізована нами проблема є фундаментальною, багатоаспектною, такою, що зачіпає підвалини національної правової системи і світогляд кожного правника, а тому потребує подальшого дослідження.

Чим же обумовлений наведений вище спектр думок? Чому одні теоретики і практики із захопленням сприйняли аналізовані зміни до ст. 129 Конституції України, а інші закликають ставитися до цих новел обережно?

Відповіді на ці питання, на нашу думку, варто шукати як у різній правосвідомості сучасних правників, так і (головним чином) у дискусійному характері верховенства права як юридичного поняття, зміст якого не є чітко визначеним і однозначним, що, як визнають фахівці, робить безперспективною будь-яку спробу дати його універсальне визначення. Чого вартує лише гостро полемічний коментар С.П. Головатого до чергового підсумкового документа Венеційської Комісії, присвяченого розкриттю феномену верховенства права [15, с. 59–94], а також триваюча дискусія між представниками «поелементного» та «інтегрального» підходів до розуміння принципу верховенства права [16, с. 3–16].

Виявляється, зокрема, що інтегральний підхід до інтерпретації принципу верховенства права є залежним від праворозуміння, обстоюваного тим чи іншим правником. При цьому в теорії права виокремлюють вузьке і широке праворозуміння та, своєю чергою, їхні окремі напрями (інтерпретації) з відповідними перевагами і вадами; кожному типу праворозуміння притаманне своє визначення права, його соціального призначення і змісту. Типології праворозуміння можна умовно розподілити на природно-правові, легістсько-позитивістські, соціологічно-позитивістські і комплексні (або змішані) концепції [8, с. 360; 17, с. 329–342].

За словами судді КСУ у відставці М.І. Козюбри, незважаючи на здобуття верховенством права характеру глобального ідеалу, його поняття досі залишається «сутнісно спірним». Надзвичайна складність і багатогранність цього поняття, – наголошує вчений, – робить безперспективною будь-яку спробу дати якесь універсальне визначення принципу верховенства права, придатне на всі випадки життя. У понятті верховенства права переплітаються правові й політичні, культурні й етичні мотиви, внутрішньодержавні та міжнародні, національні, цивілізаційні й загальнолюдські аспекти, наукова істина і цінності добра та справедливості, досягнення правової теорії і практичний юридичний досвід, правові ідеї та здоровий глузд. Усе це робить цю категорію досить динамічною, що не дозволяє втиснути її в межі будь-якої юридичної дефініції [18].

До слова, ЄСПЛ у своїх рішеннях не вдається до універсального визначення поняття верховенства права, яке можна було б поширити на всі без винятку життєві обставини, а змістовно інтерпретує його, прив'язуючись до конкретної правової ситуації [8, с. 360; 9]. «... і в рамках «інтегрального» підходу принцип верховенства права виявляється приреченим на неабияку соціально-змістовну визначеність, на доволі широкий розсуд інтерпретаторів і застосувачів – особливо ж у частині формально невизначених, оціночних... елементів. І тоді аналізоване терміно-поняття знову ж ризикує стати (як, до речі, і при «поелементному» підході) прагматичним інструментом, засобом задоволення групових чи індивідуальних інтересів у соціально неоднорідному суспільстві (світі)» [16, с. 12].

Нам можуть заперечити з посиланням на ст. 8 КПК України, де говориться, що кримінальне провадження має здійснюватись з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Вочевидь, це така собі опосередкована вказівка на те, що правозастосувач при здійсненні кримінального провадження (за умов існуючого на сьогодні плюралізму праворозуміння) зобов'язаний сприймати саме природно-правовий тип праворозуміння. Проте повага до невід'ємних, невідчужуваних прав і свобод людини – тільки одна зі складових верховенства права, тобто наведене визначення явно недосконале через його неповноту.

До того ж зі згаданого визначення не зовсім зрозуміло, про яку людину йдеться, – обвинуваченого (підсудного), щодо якого має застосовуватись імператив конституційного походження «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікуються», або потерпілого від злочину, правами та інтересами якого передусім мала б опікуватись держава.

Покажемо у зв'язку з цим є, наприклад, те, що В.О. Навроцький правову визначеність як складову верховенства права «адресує» не лише тому, хто вчинив або може вчинити діяння, передбачене КК України, а і дійсному чи потенційному потерпілому. Останній повинен мати можливість чітко й однозначно розуміти, зокрема, те, як його захищатиме держава у випадку вчинення злочину та якою є його роль у вирішенні питань звільнення від кримінальної відповідальності і покарання [19, с. 60].

Пригадаємо і позицію Л.П. Брич, яка, посилаючись на відповідне рішення ЄСПЛ, пише, що його розуміння використання безпорадного стану особи (способу вчинення злочинів, передбачених ст. 152 і ст. 153 КК) є ширшим, ніж у вітчизняній судовій практиці. Наявність такого стану за сприйняття правової позиції ЄСПЛ треба констатувати і в тому випадку, коли «потерпіла особа не давала явної згоди на статевий контакт і не чинила опір насильнику через переляк» [20, с. 311–312]. Очевидно, що наведена точка зору – в інтересах потерпілої особи, а не порушника кримінально-правової заборони.

Вказана багатогранність принципу верховенства права не виглядає проблемою, коли про нього розмірковують на метафізичному (абстрактному) рівні, оперуючи загальними категоріями «добро» і «справедливість», але ситуація різко змінюється, коли виникає потреба застосувати його в конкретній ситуації, коли кожна сторона правового спору, судового процесу тощо має власне уявлення про те, що є правильним і справедливим у тому чи іншому контексті. Тут і виникає небезпека того, що, керуючись своїм розумінням «верховенства права», суддя може постановити рішення всупереч не тільки закону, а і здоровому глузду.

Інакше кажучи, якщо суддя як прибічник певного типу праворозуміння керуватиметься в кримінальному провадженні принципом верховенства права в його (конкретного правозастосувача) інтерпретації, то чи не призведе це до свавілля? Про подібні побоювання окремих українських юристів ми вже писали.

У зв'язку з цим пригадується така, що набула значного суспільного резонансу, ухвала судді одного з районних судів м. Дніпра, якою було відмовлено в затвердженні угоди між представником потерпілого та обвинуваченим, який невдовзі після дострокового (відповідно до «Закону Савченко») звільнення з місць позбавлення вчинив замах на крадіжку. В обґрунтування незатвердження угоди про примирення як такої, що суперечить інтересам суспільства, суддя зазначив таке: «Суд впевнений, що Герой України Савченко подавала до Верховної Ради України загальновідомий законопроект не для того, щоб в державі, завдяки звільненим з місць позбавлення волі особам, в декілька разів виріс процент злочинності, з яким на сьогоднішній день не може впоратися навіть реформована, не корумпована Національна поліція... Незважаючи на ту обставину, що суспільство тепер живе у вільній та незалежній, справедливій, чесній, соціально спрямованій та європейській державі, на глибоке переконання суду, у суспільства все-таки існують інтереси жити ще й в такій державі, де людям не страшно виходити на вулиці; де б люди не боялися випустити дітей на вулицю; де б рівень злочинності не зашкалював» [21].

Питання, зрозуміло, не в тому, чи правильно в конкретній ситуації суд застосував ст. 474 КПК України «Загальний порядок судового провадження на підставі угоди», а в тому, що публіцистичний стиль викладення судового рішення не може не посилювати скептицизм деяких вітчизняних юристів щодо відповідної конституційної новели. Задля справедливості зауважимо, що зазначене стосується не лише України, де окремі правники піддають сумніву запровадження принципу верховенства права для потреб правозастосування через «нерозвинутість» і «несталість» в Україні демократії [18, с. 30–31; 22, с. 264–265], а і країн «розвинутої» демократії.

Як приклад наведемо рішення ВС штату Флоріда у справі «Гор проти Харріса» про перерахунок голосів на президентських виборах у США в 2000 р., яке ледь не призвело до перемоги Альберта Гора на виборах замість Джорджа Буша-молодшого (це рішення в подальшому було скасоване ВС США). Аналізуючи суспільно-політичні та правові дискусії навколо цієї події, Дже-

ремі Уолдрон відзначив, що обидві сторони дискусії постійно апелювали до верховенства права: одні вважали, що це судові рішення встановлює справедливий баланс між правами кандидатів, виборців і прерогативами виборних посадових осіб у той час, як інші говорили про порушення принципу верховенства права, судовий деспотизм і порушення судом принципу розподілу влади [23]. За аналогією можна пригадати політичні дискусії навколо рішення ВС України від 3 грудня 2004 р. щодо так званого третього туру виборів Президента України [24].

Особливо гостро питання співвідношення принципів верховенства права і законності стоїть у галузі кримінального права, яке характеризується (або принаймні має характеризуватися) імперативним методом правового регулювання та високим рівнем формально-юридичної визначеності, що залишають судді (або іншому уповноваженому суб'єкту) відносно незначне поле для дискреції. Саме побоюваннями щодо значного розширення цієї дискреції, вочевидь, і пояснюється обережне (стримане) ставлення представників кримінально-правової доктрини до принципу верховенства права, а точніше до використання останнього в правозастосуванні.

Так, В.О. Навроцький у співвідношенні кримінального права і кримінального закону виділяє, зокрема, такі аспекти: наявні суперечності між правом і законом мають зніматись у процесі законотворчості, а не застосування закону; правозастосувач не може підмінити собою законодавця; принцип верховенства права адресований насамперед законодавцю; при правозастосуванні головне – принцип законності [25, с. 22–23]. На думку С.Я. Лихової, стосовно кримінального права як галузі, де застосовуються чіткі орієнтири в обмеженні природних прав людини і визначені підстави такого обмеження, єдино правильним кроком є ототожнення принципу верховенства права з принципом верховенства закону [26, с. 42]. На погляд М.В. Галабали, малоімовірно, що кримінально-правові відносини колись зможуть регулюватися принципом верховенства права [27, с. 497]. В.В. Шаблистий називає відповідний законодавчий крок, здійснений у 2016 р., передчасним, мотивуючи свою позицію тим, що принцип верховенства права, ставши ключовим при здійсненні правосуддя, «надає суду по суті необмежені дискреційні повноваження, оскільки тепер він може керуватись і неписаними правилами, що було неможливим при дії принципу законності» [28, с. 16]. В.О. Гацелюк пише, що принцип верховенства права, як не парадоксально це звучить, містить загрозу саме законності, а цього в кримінальному праві припускати не можна. Верховенство права має бути забезпечене на етапі видання кримінального закону, верховенство якого виступає у вигляді принципу законності кримінального права. При цьому чим більше закон про кримінальну відповідальність відповідає концепції справедливості (втіленій у принципі верховенства права), тим більше підстав оцінювати цей закон як правовий [29, с. 239].

Таку логіку цілком можна зрозуміти. Принагідно зауважимо, що вимога розроблення та ухвалення юридично визначеного, справедливого, врешті-решт правового закону як характеристика верховенства права стосується не судді чи іншого правозастосувача, а законодавця, а тому вказаний аспект загалом виходить за межі розглядуваної нами проблематики. Рекомендуємо з цього приводу звернутись, наприклад, до публікації М.І. Панова [30].

Проте невже формальна законність не залишає місця для реалізації верховенства права не під час законотворення, а безпосередньо під час застосування кримінально-правових норм? Хіба наше законодавство є ідеальним і завжди якнайкраще втілює верховенство права? Загальноновизнано, що якість чинного КК викликає численні, серйозні і нерідко справедливі нарікання. Жоден законодавець не застрахований від помилок, але їх кількість останнім часом просто «зашкалює». Складно не погодитись із думкою О.О. Сороки про те, що «ідеалізація парламентської процедури прийняття кримінальних законів певною мірою себе скомпрометувала, хоча б з огляду на необдумане внесення змін до КК, яке призводить до ще більшої плутанини і порушення системи КК» [31, с. 37].

Постає питання, як має чинити суддя або інший правозастосувач, який бачить, що в певній ситуації формальне дотримання закону призведе до явної несправедливості та очевидно порушуватиме базові засади верховенства права. Історія юриспруденції допомагає відповісти на це питання.

Прикладами «дієвості природного права в ХХ ст.», за влучним висловлюванням О.О. Мережка, є рішення Нюрнберзького і Токійського трибуналів [32, с. 32]. Під час роботи Нюрнберзького трибуналу захист обвинувачених нацистів, серед іншого, наполягав на тому, що юридично їх не

можна вважати злочинцями, оскільки вони, підкоряючись наказам свого керівництва, не порушили позитивне право Німеччини, а застосування до діянь нацистів встановлених пізніше правил юридичної кваліфікації та кримінально-правових санкцій порушує заборону ретроактивної дії норм кримінального права (принцип «*nullum crimen, nulla poena sine lege*») [32, с. 32; 33, с. 190].

Однак Нюрнберзький трибунал у своєму рішенні спирався на теорію, згідно з якою діяння, віднесені до його юрисдикції, розглядались як злочини за загальним міжнародним правом, що існувало задовго до прийняття Статуту і початку судового процесу. Посилаючись на те, що загальність і сила принципів міжнародного права притаманні самій його природі, Трибунал вказав на те, що з позиції основної ідеї загального міжнародного права завідомо злочинними є діяння, які порушують інтереси, що захищаються міжнародним правом [34, с. 363]. Ця концепція була розвинута Токійським трибуналом [35, с. 161]. У подальшому принципи, закладені в Статуті Нюрнберзького трибуналу і розвинуті в його рішенні, знайшли підтвердження у резолюціях Генеральної Асамблеї ООН № A/RES/95 (I) від 11 грудня 1946 р. і № A/RES/177 (II) від 21 листопада 1947 р. [36; 37], були відтворені і розвинуті в міжнародній практиці (Міжнародний кримінальний трибунал по Руанді, Міжнародний трибунал по колишній Югославії тощо), а також у численних міжнародних конвенціях та інших документах.

Дехто може заперечити, що є велика різниця між питаннями кримінальної відповідальності за злочини проти миру та людяності за міжнародним правом, з одного боку, і за «звичайні» злочини за національним правом, з іншого. Таку різницю можна обґрунтовувати, зокрема, тим, що в першому випадку злочинний характер відповідних дій є очевидним, що і виправдовує відхід від положень писаного права на міжнародному рівні в той час, як у національному праві писаний закон все ще має пріоритет над природним правом. Справді, не можна заперечувати того факту, що злочини нацистів були настільки страшними і масштабними, що їх не можна було залишити безкарними. Дилема, однак, полягала в тому, що ні внутрішньодержавне право Німеччини, ні договірне міжнародне право не визнавали відповідні діяння злочинами.

То ж давайте запитаємо себе, яке рішення за цих умов більше узгоджувалося б, по-перше, з існуючим на той момент писаним законодавством і, по-друге, з верховенством права: відмовитися від засудження нацистів, які вчинили страшні злочини, що призвели до загибелі мільйонів людей, відповідно до принципу «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» (якщо його тлумачити в дусі позитивізму), або, навпаки, покарати нацистів, трактуючи цей принцип з урахуванням загальнолюдських уявлень про справедливість і правові цінності?

Слід нагадати, що, хоча сформульовані Нюрнберзьким трибуналом висновки, які фактично становлять винятки з принципу «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» (в його позитивістському розумінні), вважаються на сьогодні загальноновизнаними, в часи, коли це рішення було постановлене, в західній юридичній літературі точилася гостра дискусія з цього приводу. Зокрема, поки одні фахівці виправдовували таке рішення тим, що принцип «немає злочину, немає покарання без закону» в міжнародному кримінальному праві розуміється саме в природно-правовому аспекті – злочин має бути передбачений не в законі, а в праві (С. Глазер, К. Райт), інші категорично проти цього заперечували [35, с. 162; 38, с. 13]. Наприклад, американський юрист Г. Фінч, вітаючи спроби міжнародної спільноти щодо підготовки документів про попередження агресивних війн, які мали місце з моменту створення Ліги Націй, водночас підкреслював, що до 1945 р. так і не було прийнято жодних відповідних міжнародних актів, які б прямо визнавали відповідні діяння злочинами, а тому аргументація Нюрнберзького трибуналу щодо поширювального тлумачення згаданого принципу виглядає слабкою [39]. Англійський правник Ф. Могем так само писав, що світ був здивований, коли прочитав у вироку, що Статут виражав «існуюче міжнародне право» тоді, як жодна держава ніколи раніше не стверджувала, що агресія – це злочин [35, с. 162].

Таким чином, питання співвідношення права писаного і права неписаного (особливо в сфері кримінальної юстиції) завжди було складним і надзвичайно контраверсійним. Однак воно не обмежувалося рівнем міжнародного права, стосуючись і національного права. Так, сформульована Нюрнберзьким трибуналом концепція злочинів «за загальним міжнародним правом» пізніше неодноразово застосовувалася на національному рівні в різних країнах.

Наприклад, у 1961–1962 рр. в Ізраїлі відбувся судовий процес над одним із головних організаторів масових депортацій євреїв, що відбувалися до 1941 р., та «остаточного вирішення»

єврейського питання (фізичного знищення єврейської нації) в 1941–1945 рр. Адольфом Ейхманом. Під час процесу захист посилався на те, що інкриміновані йому у вину діяння були вчинені на території Європи за межами держави Ізраїль і до її утворення, а також до ухвалення Закону про покарання нацистських злочинців та їх помічників 1950 р., на підставі якого судили Ейхмана. Проте ці аргументи були відхилені судом, який зазначив, що відповідні норми ґрунтуються на універсальних нормах кримінального права [33, с. 193–194; 40].

Слід зазначити, що в повоєнний період як у Німеччині, так і в інших країнах відбулося чимало процесів щодо злочинів, скоєних під час Другої світової війни. Деякі з цих процесів згадує видатний німецький філософ права Густав Радбрух, відомий тим, що він одним із перших у післявоєнний період підняв проблеми «несправедливого права».

Констатуючи початок повсюдної боротьби проти позитивізму з точки зору як «законного неправда» (що існувало за часів нацистської Німеччини), так і «надзаконного права», Г. Радбрух серед інших випадків відзначив вирок суду присяжних в м. Нордхаузені (Тюрінгія) про довічне ув'язнення стосовно судового чиновника Путфаркена, за доносом якого засудили і стратили підприємця Геттіга. Путфаркен повідомив про написи, які підприємець залишив у нужнику: «Гітлер – організатор масових вбивств і винуватець війни». Крім написів, підприємцю інкримінувалось і слухання іноземного радіо. У своїй обвинувальній промові прокурор наголосив на тому, що той, хто в ті роки доносив на іншого, повинен був розуміти (і він це розумів), що передає обвинуваченого в руки не законного правосуддя з правовими гарантіями встановлення істини і винесення справедливого вироку, а в руки свавілля. Про такий стан речей знали всі в Третньому рейху: якщо хто-небудь на третій рік війни притягувався до відповідальності за записку «Гітлер – вбивця і винен у цій війні», то він вже не міг залишитися в живих. Така людина, як Путфаркен, міг, звичайно, і не мати жодного уявлення про те, як юстиція підім'яла під себе право, але він міг цілком бути впевненим в тому, що вона впорається з цим завданням. Путфаркен по суті визнає, що хотів відправити Геттіга на ешафот, що підтверджено свідками, а це розглядається як умисне вбивство в сенсі § 211 КК. Той факт, що Геттіг був засуджений до смерті судом Третнього рейху, ще не слугує підставою для заперечення виконавства Путфаркена. Він – непрямий або «посередній» виконавець злочину. Слід, щоправда, зазначити, що в судовій практиці Третнього рейху отримало розвиток поняття непрямого виконавства, яке стосувалося інших складів злочину, головним чином тих із них, в яких «посередній» виконавець був неосудним або служив безвольним знаряддям інших злочинців. Раніше нікому навіть в голову не могло прийти, що німецький суд може стати знаряддям в руках злочинців. Але нині ми стикаємося з такими складами злочинів. І справа Путфаркена в цьому сенсі не поодинокі. Незважаючи на формально-правомірні дії суду, цей неправомірний вирок не дозволяє заперечувати факту «посереднього» виконавства. Але навіть, якщо суд не погодиться із застосуванням в цьому випадку концепції «посереднього» виконавця, – вказав прокурор, – то навряд чи можна заперечувати той факт, що суддів, які протиправно засудили Геттіга до смерті, слід розглядати, як вбивць. І тоді обвинувачений діяв би, як пособник вбивства, і з цієї точки зору мав би бути також засуджений. Зрештою суд присяжних виніс щодо Путфаркена обвинувальний вирок, виходячи з того, що засуджений – не «посередній» виконавець, а пособник у вбивстві [41, с. 228–231].

На противагу цьому Г. Радбрух навів іншу справу, де йшлося про призовника із Саксонії, який охороняв військовополонених і в 1943 р дезертирував зі Східного фронту, оскільки не міг винести нелюдського поводження з полоненими та служби в гітлерівській армії. Він переховувався в квартирі своєї дружини, де і був схоплений поліцією. Йому вдалося непомітно заволодіти зарядженим пістолетом охоронця і застрелити його. У 1945 р. він повернувся зі Швейцарії до Саксонії, був заарештований, і проти нього було порушено справу за звинуваченням в зловмисному і віроломному вбивстві державного службовця. Генеральний прокурор наказав звільнити цього солдата і припинити справу. Він вважав, що обвинувачений діяв в стані крайньої необхідності. Як пояснив Генеральний прокурор, «те, що в той час видавалося за право, нині таким не є. Дезертирство з армії Гітлера і Кейтеля з точки зору права сьогоднішнього дня не вважається проступком, який збезчестив втікача і виправдовував його покарання. Це не можна ставити йому в провину» [41, с. 232].

Розмірковуючи над згаданими подіями, а також над 12-річною історією нацистської Німеччини, Г. Радбрух зробив висновок про те, що позитивізм з його вірою в принцип «закон є закон» зробив німецьких юристів беззахисними перед законами злочинного змісту і продиктованих свавіллям. При цьому вчений не заперечував того, що позитивному закону притаманна принаймні одна цінність – правова стабільність, а тому наявність закону завжди краще, ніж його відсутність. Але правова стабільність – не єдина і не визначальна цінність, яку має реалізувати право. Поряд із правовою стабільністю виступають дві інші цінності – доцільність і справедливість; вони взаємопов'язані, адже правової стабільності вимагає, з одного боку, загальне благо (тобто держава), а, з іншого, – справедливість. Те, що право повинне бути стабільним, що його не можна тлумачити і застосовувати сьогодні і тут так, а завтра і в іншому місці – інакше, також є і вимогою справедливості. Тому конфлікт між справедливістю і правовою стабільністю міг би бути вирішений у тому сенсі, що позитивне і наділене владною санкцією право має пріоритет навіть тоді, коли воно за змістом несправедливе і недоцільне. Виняток становлять лише ситуації, коли чинний закон стає настільки кричущо несумісним зі справедливістю, що закон як «несправедливе право» заперечує справедливість. Неможливо розмежувати випадки «законодавчого неправого» і закону, чинного всупереч своєму несправедливому змістом. Зате можна чітко визначити: коли до справедливості навіть не прагнуть, а коли рівність, що становить її основу, свідомо заперечується в правотворчому процесі, тоді закон є не просто «несправедливим правом», але навіть більш того – він є неправовим за своєю природою, бо право, включаючи позитивне, не можна визначити інакше, ніж порядок і сукупність законів, покликаних за своєю суттю служити справедливості. І цим критеріям право нацистів не відповідає ні в цілості, ні в окремих його частинах [41, с. 233–238].

Отже, суть позиції Густава Радбруха полягає в тому, що при конфлікті (неявному, неочевидному для всіх і кожного) позитивного права і справедливості (тобто природного права) пріоритет, як правило, має надаватися позитивному праву; однак у тих випадках, коли зміст законів є настільки кричущо несумісним зі справедливістю, що фактично повністю її заперечує, судді чи інші особи повинні утриматися від застосування таких неправових законів. Ця концепція, викладена в двох післявоєнних статтях «П'ять хвилин філософії права» (1945 р.) і «Законне неправо та надзаконне право» (1946 р.), увійшла до історії філософії права під назвою «формули Радбруха» і відіграла визначальну роль у формуванні не тільки німецької правової доктрини, а і судової практики.

Водночас було б перебільшенням стверджувати, що підхід Густава Радбруха з питання відновлення правопорядку в постнацистській Німеччині знайшов одностайну підтримку серед тогочасних правників. Так, британський філософ права Г.Л.А. Харт вважав, що німецькі суди мали очікувати ретроактивного закону замість того, щоб за своїм углядом відмовляти в правовому статусі морально порочним гітлерівським законам про донощиків, які задовольняли всі інші формальні вимоги, поставлені до законодавчих актів. На думку згаданого дослідника, покарання осіб, які вчиняли доноси в нацистській Німеччині або в інший спосіб скористались несправедливими законами цієї країни, суперечило принципу «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» [42, с. 53, 54, 58].

Тим не менше, «формула Радбруха» активно використовувалась не лише для обґрунтування кримінального переслідування злочинців часів нацистської Німеччини, а і значно пізніше.

Так, показовим прикладом реалізації принципу верховенства права М.І. Козюбра називає справу, яка була розглянута наприкінці ХХ століття у ФРН і стосувалася обвинувачення колишніх високопосадовців НДР у розстрілі біженців, які намагалися перетнути сумнозвісну берлінську стіну – кордон між НДР і ФРН. Нагадаємо, що протягом 1990-х рр. у ФРН відбулася низка судових процесів над різними посадовими особами, починаючи від звичайних прикордонників, які безпосередньо розстрілювали біженців, і закінчуючи генералами та іншими високопосадовцями колишньої НДР. Юридична проблема в цих справах полягала в тому, що в Конституції ФРН містилася категорична заборона зворотної дії кримінального закону, а в Договорі про об'єднання ФРН і НДР від 31 серпня 1990 р. у взаємозв'язку із Законом про Договір про об'єднання від 23 вересня 1990 р. передбачалось, що при кримінальному переслідуванні правопорушників періоду НДР органи юстиції ФРН повинні спиратися на законодавство, що діяло на території НДР у момент скоєння відповідних діянь, а не на законодавство ФРН, за винятком випадків, коли останнє є більш м'яким. Тому обвинувачені в згаданих справах, як правило, посилалися на те, що

вони діяли відповідно до вимог чинного законодавства (головним чином на підставі Закону про державні кордони НДР, згідно з яким прикордонники мали право застосовувати вогнепальну зброю) і наказів вищого керівництва. Проте в переважній більшості таких справ суди відхиляли подібні аргументи, у т. ч. посилаючись на «формулу Радбруха», визнаючи правовою підставою для притягнення цих осіб до кримінальної відповідальності відповідні статті КК НДР, що визнавали кримінально караним вбивство [43, с. 82–94].

24 жовтня 1996 р. Федеральний конституційний суд відхилив скарги деяких засуджених на порушення заборони зворотної дії закону, передбаченої § 2 ст. 103 Конституції Німеччини. Посилаючись на «формулу Радбруха», міжнародні стандарти в галузі прав людини та проводячи певні паралелі зі злочинами періоду націонал-соціалістського врядування, Суд по суті обґрунтував можливість виключення з цього правила у випадках, коли позитивне право неприпустимою мірою не узгоджується зі справедливістю. Аргументуючи свою позицію, Федеральний конституційний суд зазначив, що § 2 ст. 103 Основного закону є вираженням принципу верховенства права, який, гарантуючи правову визначеність, підпорядковуючи державну владу статутному праву і зміцнюючи довіру, є основою для користування громадянськими правами і свободами. Крім того, принцип верховенства права включає як одну з основних ідей Основного закону вимогу об'єктивного здійснення правосуддя. У сфері кримінального права ці моменти, пов'язані з верховенством права, відображені в принципі, який говорить, що у випадку відсутності вини покарання не може бути застосоване. Водночас цей принцип стосується людської гідності та особистої відповідальності, які презюмуються Основним законом і, відповідно, конституційно захищені § 1 ст. 1 і § 1 ст. 2 та які законодавча влада повинна враховувати при формуванні кримінального права. Цей підхід також підкреслюється положеннями § 2 ст. 103 Основного закону, яка гарантує досягнення цих цілей, дозволяючи засудження тільки за дії, які на час їх вчинення з достатнім ступенем точності визначались як кримінальні злочини. В інтересах забезпечення правової визначеності та правосуддя він передбачає, що в галузі кримінального права, яке допускає досить серйозне втручання держави в здійснення особистих прав, тільки законодавча влада може визначати, які правопорушення повинні бути караними.

Таким чином, § 2 ст. 103 Основного закону, суворо обмежуючи законотворчість рамками парламенту, підкріплює принцип верховенства права. Довіра громадянина завойовується тим фактом, що § 2 ст. 103 дає йому впевненість у тому, що держава буде карати лише за ті дії, які на час їх вчинення були визначені парламентом як кримінальні злочини та за які передбачалося конкретне покарання. Це дозволяє громадянину самостійно регулювати свою поведінку таким чином, щоб уникнути вчинення правопорушення, за яке передбачено покарання. Така заборона надавати кримінальному праву зворотну силу є абсолютною. Вона виконує роль гарантії верховенства права та основних прав, встановлюючи сувору формальну норму, і в цьому сенсі її слід відрізнити від інших гарантій верховенства права.

Далі, оцінюючи положення Договору про об'єднання, що передбачало необхідність застосування законодавства НДР при кримінальному переслідуванні за злочини, вчинені за часів і на території НДР, Федеральний конституційний суд зауважив, що ця норма є наслідком прийняття на себе з боку ФРН відповідальності за відправлення правосуддя щодо кримінальних справ на території НДР. Відповідно, це узгоджується з § 2 ст. 103 Основного закону, оскільки громадяни колишньої НДР притягуються до відповідальності згідно з кримінальним правом, яке застосовувалося стосовно них під час вчинення дій, а право ФРН, чинне в період засудження, застосовується тільки в тих випадках, коли воно є більш м'яким. Однак такого роду правова ситуація, коли ФРН повинна здійснювати свої повноваження щодо кримінальних справ на основі права держави, яка не тільки не дотримувалося принципів демократії та поділу влади, а і не поважала основних прав, може привести до конфлікту між обов'язковими приписами Основного закону щодо верховенства права та абсолютною заборонаю зворотної дії, що міститься в § 2 ст. 103, яка, як уже зазначалося, виводить виправдання, виходячи з верховенства права (*rechtsstaatliche Rechtfertigung*) у вигляді особливої довіри, що спирається на кримінальні закони, якщо вони були введені в дію демократичною законодавчою владою, від якої вимагають поваги основних прав. Цей особливий фундамент довіри не спрацьовує в тих випадках, коли інша держава законом визначає деякі дії як серйозні кримінальні злочини і в той же час виключає можливість застосуван-

ня покарання, даючи підстави для виправдання деяких з цих дій і навіть вимагаючи і заохочуючи їх, незважаючи на положення писаного права, і, таким чином, грубо порушуючи права людини, повсюдно визнані міжнародним співтовариством. Отже, ті, хто був наділений державною владою, створили систему, яка настільки протиставляла себе правосуддю, що вона може існувати тільки до тих пір, поки існує державна влада, яка її породила [44].

Деякі високопосадовці часів НДР, які несли відповідальність за прикордонний режим у НДР і пізніше засуджені німецькими судами за вбивства прикордонниками людей, які намагалися перетнути Берлінську стіну, звернулися до ЄСПЛ зі скаргою на порушення ст. 7 Конвенції, яка передбачає заборону зворотної дії кримінального закону, посилаючись на те, що дії, за які їх притягнули до відповідальності на момент їх вчинення не були злочинами відповідно до законодавства НДР. Однак ЄСПЛ зробив висновок про те, що використання протипіхотних мін і систем автоматичної стрільби, беручи до уваги їхню автоматичну дію, а також категоричний характер наказів прикордонникам «знищувати порушників кордону і захищати кордон за будь-яку ціну», кричущим чином порушують основні права, передбачені Конституцією НДР, КК та іншим законодавством НДР. Водночас ЄСПЛ відзначив, що заявники не заперечували того факту, що давали накази прикордонникам відкривати вогонь, однак посилалися на те, що у світлі реальної ситуації в НДР їхнє засудження німецькими судами не було передбачуваним, і вони не могли припустити, що їм колись доведеться виступати в суді як обвинувачуваним у кримінальній справі внаслідок обставин, що змінилися. Однак ці аргументи не переконали ЄСПЛ, який наголосив, що широка невідповідність законодавства НДР практиці держави значною мірою була результатом діяльності самих заявників: займаючи дуже високі пости в державному апараті, вони явно не могли не мати уявлення про Конституцію НДР, законодавство НДР або міжнародні зобов'язання країни і критику її режиму охорони кордону, яка звучала в міжнародних колах, однак попри це вони видавали секретні накази та службові інструкції, в яких наполягали на необхідності захищати кордони НДР «за будь-яку ціну».

ЄСПЛ відзначив, що для цілей ч. 1 ст. 7 Конвенції, як би ясно не було сформульовано будь-яке положення кримінального права, в будь-якій правовій системі неминуче присутній елемент його тлумачення суддями. Проте державна практика політики охорони кордону НДР, яка кричущим чином порушувала права людини і, перш за все, право на життя, яке є найвищою цінністю в міжнародній ієрархії прав людини, не може бути виправдана на підставі ч. 1 ст. 7 Конвенції. Така практика, що позбавила законодавство, на яке вона повинна була спиратися, змісту і була нав'язана всім органам НДР, включаючи її судові органи, не може характеризуватись як «право» для цілей ст. 7 Конвенції. Як наслідок, ЄСПЛ не знайшов порушення статей 7 і 14 Конвенції в цій справі [45].

Слід зазначити, що після об'єднання ФРН і НДР у Німеччині до кримінальної відповідальності притягувалися не лише особи, які розстрілювали осіб, котрі намагалися перетнути кордон, а і судді та прокурори, винуваті в поганому здійсненні правосуддя, викривленні його суті. Зокрема, за такими обвинуваченнями, які, серед іншого, стосувалися зловживань суддями при призначенні смертної кари, кримінального переслідування дисидентів, учасників мирних мітингів тощо, було винесено 181 обвинувальний вирок. При цьому Федеральний верховний суд Німеччини сформулював три групи ситуацій, в яких можна вести мову про викривлене здійснення правосуддя: по-перше, це справи, в яких прокурор, суд, виходячи за межі букви закону або користуючись його невизначеністю, настільки широко тлумачив склад злочину, що покарання (особливо у вигляді позбавлення волі) має розглядатись як очевидна несправедливість; по-друге, це випадки, коли призначене судом покарання (особливо смертна кара) явно не відповідає тяжкості злочину і тому має розглядатись як кричуща несправедливість і грубе порушення прав і свобод людини; по-третє, це справи, де мали місце серйозні порушення процесуальних прав людини, а процес був організований таким чином, що кримінальне переслідування і покарання служили не меті здійснення правосуддя, а використовувалися для усунення політичних опонентів або певних соціальних груп [43, с. 94–95]

Ситуації, подібні до описаних вище, виникали і в судовій практиці інших країн. Так, 17 січня 2006 р. ЄСПЛ визнав неприйнятними скарги Августа Колька і Петра Кіслого проти Естонії, в яких вони скаржилися на порушення принципу заборони зворотної дії кримінального закону, перед-

баченого ст. 7 Конвенції. У 2003 р. першого заявника було засуджено на підставі нового кримінального законодавства Естонії за участь як працівника Міністерства безпеки Естонської РСР у депортації 10 сімей і пропозиції щодо депортації 27 осіб у 1949 р., а другого заявника – за участь як працівника МВС Естонської РСР у депортації однієї сім'ї та ще чотирьох осіб у тому ж році. ЄСПЛ обґрунтував своє рішення тим, що ч. 2 ст. 7 Конвенції містить виключення із загальної заборони зворотної дії кримінального закону, передбаченої ч. 1 цієї статті. Зокрема, це виключення стосується будь-якої дії (бездіяльності), яка «на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями». У цьому контексті ЄСПЛ нагадав, що тоталітарний комуністичний режим проводив масштабні і систематичні акції проти населення Естонії, у т. ч. депортацію приблизно 10 тис. осіб 14 червня 1941 р. і депортацію понад 20 тис. осіб 25 березня 1949 р.; водночас Статут Нюрнберзького трибуналу, серед підписантів якого був і СРСР, ще в 1945 р. однозначно визнав депортацію цивільного населення злочином проти людства, а в подальшому це положення знайшло відображення в інших міжнародно-правових актах [46].

У справі «Кононов проти Латвії» заявнику в липні 1998 р. пред'явили обвинувачення у воєнних злочинах, пов'язаних із інцидентом, що трапився у 1944 р. під час Другої світової війни, коли він був членом диверсійної групи радянських партизан. Обвинувачення було пред'явлене за ст. 68-3 КК Радянської Соціалістичної Республіки Латвія 1961 р., однак положення стосовно воєнних злочинів було включене в цей КК парламентом Латвії тільки 6 квітня 1993 р. – вже після відновлення незалежності Латвії. Палата з кримінальних справ Верховного суду Латвії визнала заявника винуватим у різних воєнних злочинах і засудила його до двадцяти місяців позбавлення волі з огляду на вік і немічність підсудного. Відповідно до фактів, встановлених латвійськими судами, 27 травня 1944 р. Кононов повів загін «червоних партизан» на каральну операцію у селі Мазє Баті (перебувало під владою німецької адміністрації) з метою покарати мешканців села, які видали німцям інший загін партизан. Загін заявника, переодягнений у німецьку військову форму, увійшов до села і, знайшовши в будинках деяких селян видані німцями рушниці і гранати, підпалив будинки і вбив дев'ятьох селян, включно з трьома жінками, одна з яких була на останньому терміні вагітності. Ніхто з убитих не був озброєний, не намагався втекти і не чинив спротиву. Як стверджував заявник, жертви нападу були колабораціоністами, які за три місяці до того видали до рук німців партизанський загін. Його загін отримав наказ партизанського польового трибуналу спіймати винних, аби вони могли постати перед судом, але він особисто не керував операцією і не заходив до села.

У заяві до ЄСПЛ заявник скаржився, що діяння, в яких його було обвинувачено, на час скоєння не становили злочинів ні за внутрішнім, ні за міжнародним правом. Він також стверджував, що в 1944 р. він як молодий солдат, який боровся за ворожою лінією фронту, не міг передбачати, що його дії становитимуть воєнний злочин, або що проти нього буде порушене кримінальне переслідування. На думку Кононова, його засудження після здобуття Латвією незалежності у 1991 р. було швидше політичною розправою, аніж дійсним бажанням виконати міжнародні зобов'язання із переслідування воєнних злочинців.

У рішенні від 24 липня 2008 р. палата ЄСПЛ чотирма голосами проти трьох констатувала порушення ст. 7 Конвенції. При цьому палата виходила з того, що в рішенні національного суду встановлено лише те, що заявник був командиром згаданого партизанського загону, але його особиста роль у згаданих подіях з'ясована не була. Крім того, ЄСПЛ звернув увагу на те, що партизанський загін стратив лише тих чоловіків, у яких були виявлені рушниці і гранати (докази співпраці з німцями), а тому їх не можна було вважати «цивільними особами» згідно з міжнародним правом, яке діяло на той момент. Що стосується трьох жінок, то ЄСПЛ підкреслив вкрай загальний, поверхневий характер доводів, викладених у рішеннях національних судів. ЄСПЛ відзначив, що суди цілком не відповіли на два важливих питання стосовно цього факту: по-перше, чи брали участь ці жінки у викритті групи червоних партизан і, якщо так, то якою мірою (що впливало на визначення їх статусу як «цивільних осіб»); по-друге, чи була їх страта запланованою від початку операції, чи вона стала наслідком виходу членами загону за межі дорученого завдання. Зрештою, чотири судді ЄСПЛ, які склали більшість, зробили висновок про те, що притягнення заявника до кримінальної відповідальності за ці діяння через понад 50 років порушувало ст. 7

Конвенції, оскільки в 1944 р. неможливо було передбачити, що зазначені дії заявника, вчинені під час війни, в подальшому кваліфікуватимуться як воєнні злочини з позиції міжнародного права [47].

Однак 17 травня 2010 р., переглянувши цю справу у складі Великої палати, ЄСПЛ чотирнадцятьма голосами проти трьох постановив, що у вказаному випадку відсутнє порушення ст. 7 Конвенції. При цьому ЄСПЛ відзначив, що він не покликаний виносити рішення про індивідуальну кримінальну відповідальність заявника; це є, перш за все, предметом оцінювання національними судами. Його роль полягала в тому, щоб перевірити, чи була достатньо чітка правова база, з огляду на законодавство станом на 27 травня 1944 р., для засудження заявника за воєнні злочини, чи не сплинув строк давності для його переслідування, і чи злочини, у яких заявника було визнано винним, були визначені законом з достатньою доступністю і передбачуваністю. Оскільки фактологічні докази оспорювались, ЄСПЛ здійснював цей аналіз на основі найсприятливішого для заявника припущення, а саме, що селяни були не звичайними «цивільними», а «комбатантами» або «цивільними, які брали участь у воєнних діях».

Отже, ЄСПЛ зробив огляд міжнародного права станом на 1944 р., зазначивши, що внаслідок тривалого процесу кодифікації, розпочатого ще в середині XIX сторіччя, Статут Нюрнберзького трибуналу наводив невичерпне визначення воєнних злочинів, за які встановлювалась індивідуальна кримінальна відповідальність. Протягом усього періоду кодифікації внутрішні кримінальні і воєнні трибунали були головним механізмом застосування законів і звичаїв війни, а міжнародне кримінальне переслідування було винятком. Відповідно, міжнародна відповідальність держави, заснована на договорах і конвенціях, не виключає звичаєвий обов'язок держави переслідувати і карати осіб, винних у порушенні законів і звичаїв війни. Міжнародне і внутрішнє право були основою для внутрішнього кримінального переслідування і відповідальності. Зокрема, якщо національне право не наводить конкретної характеристики воєнного злочину, внутрішній суд може спиратись у своєму мотивуванні на міжнародне право. Відповідно, ЄСПЛ вважав, що станом на травень 1944 р. воєнні злочини були визначені як діяння, які суперечать законам і звичаям війни, і що міжнародне право встановило базові принципи визначення таких злочинів, а також широкий перелік діянь, які до них належать. Державам принаймні дозволялось (якщо не вимагалось) вживати заходів для покарання осіб за такі злочини включно з відповідальністю за накази.

Далі ЄСПЛ у світлі «двох кардинальних принципів гуманітарного права – «захист цивільного населення і об'єктів» і «обов'язок уникати непотрібних страждань комбатантів» – перевірів, чи існувала достатньо чітка і сучасна правова база стосовно конкретних воєнних злочинів, у яких заявника було визнано винним. Ці злочини включали жорстоке поводження, поранення і вбивство селян, віроломне поранення і вбивство, спалення живцем вагітної жінки і напади на незахищені будівлі. Врешті-решт ЄСПЛ переконався в тому, що кожне зі згаданих правопорушень становило воєнний злочин. Як особа, котра організувала партизанський загін, що здійснив напад, командувала і керувала ним, заявник як командир мав нести відповідальність за його діяння. Щодо передбачуваності кримінальної відповідальності за ці злочини ЄСПЛ зауважив, що, з огляду на статус заявника як командуючого бойового офіцера, від нього логічно було б очікувати особливо уважного ставлення до оцінки ризиків, які могла спричинити операція у Мазе Баті. Навіть найповерховіші розмірковування заявника підтвердили б, що спірні діяння принаймні ризикують суперечити законам і звичаям війни, як їх розуміли на той час, і, зокрема, можуть бути воєнним злочином, за який він як командир ніс би особисту і кримінальну відповідальність. ЄСПЛ також виходив з того, що міжнародне право не передбачає строків давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення воєнних злочинів [48].

Таким чином, ЄСПЛ, розвинувши попередню міжнародну практику, розпочату ще в часи роботи Нюрнберзького трибуналу, зробив висновок про те, що притягнення заявника до відповідальності на підставі кримінального закону, ухваленного майже через 50 років після вчинення відповідних діянь, не порушувало принцип заборони зворотної дії кримінального закону, оскільки ці діяння можна було вважати злочином у момент їх вчинення з огляду на положення Гаазької конвенції 1907 р. і звичаєве міжнародне право.

Не менш складні питання виникли при розгляді ЄСПЛ у складі Великої палати справи «Васильяускас проти Литви» (про це свідчить той факт, що рішення в справі було прийняте дев'ятьма

голосами проти восьми). Справа стосувалася засудження в 2004 р. колишнього співробітника органів державної безпеки Литовської РСР Вітаутаса Василяускаса за «геноцид литовських партизан», які вели боротьбу з радянською владою після Другої світової війни. Заявник скаржився, що всупереч ст. 7 Конвенції його було притягнуто до відповідальності за діяння, вчинене в 1953 р. на підставі ст. 99 нового КК Литви, в якій міститься широке трактування злочину геноциду, що не відповідає формулюванню цього злочину в міжнародному публічному праві. ЄСПЛ констатував, що заявника було притягнуто до відповідальності на підставі норми, якої не існувало в кримінальному законодавстві Литви в 1953 р., а отже, їй було надано зворотну дію.

Хоча злочин «геноцид» був чітко визначений в міжнародному праві (зокрема, про нього йшлося у Конвенції ООН про геноцид 1948 р., підписаній колишнім Радянським Союзом в 1949 р.), більшість суддів, які прийняли рішення, прийшли до висновку, що засудження Василяускаса не могло бути передбачуваним згідно з міжнародним правом станом на момент вбивства партизан. Зокрема, чинні на той момент міжнародні договори не включали «політичну групу» у визначення геноциду, і міжнародне право не було ясным щодо цього визначення. За цих обставин, на думку ЄСПЛ, тлумачення литовськими судами злочину геноциду у справі щодо Василяускаса не відповідало розумінню концепції геноциду станом на 1953 р. Відповідно, засудження Василяускаса за геноцид не було виправданим. Таким чином, в цьому випадку мало місце порушення ст. 7 Конвенції [49].

Показово, однак, що п'ять суддів ЄСПЛ не погодилися з таким рішенням по суті (троє інших вважали, що заяву слід було відхилити у зв'язку з тим, що не були вичерпані національні засоби захисту). У своїх окремих думках ці судді нагадали, що Радянський Союз був стороною Лондонської угоди від 8 серпня 1945 р., якою вводився в дію Статут Міжнародного трибуналу, а в п. «с» ст. 6 Статуту зазначалось, що знищення, вислання та інші нелюдські дії (в т. ч. переслідування за політичними мотивами) є злочинами проти людяності. 11 грудня 1946 р. Генеральна Асамблея ООН засудила злочин геноциду, прийнявши Резолюцію 96 (I). 9 грудня 1948 р. Генеральна Асамблея ООН одностайно затвердила Конвенцію про геноцид, де знайшли підтвердження визнані в цій Резолюції принципи міжнародного права. Радянський Союз підписав Конвенцію про геноцид 16 грудня 1949 г. І хоча «політичні групи» не були зазначені в цій Конвенції, проте, на переконання суддів, які написали окремі думки, більшість ЄСПЛ мала б врахувати, що вбиті литовці були представниками іншої групи, передбаченої цією Конвенцією, – «національної». Відповідно, ЄСПЛ мав спиратися на висновки національних судів, які визнали, що в 1944–1953 рр. партизани уособлювали собою збройний опір «нації» окупаційному режиму на території Литви (зокрема, партизанський рух не міг би проіснувати близько 10 років без підтримки литовської нації, тобто національної групи). Тож, оскільки вбиті особи, які були литовцями за національністю, були знищені саме через їхню належність до партизанського руху, учасники якого одночасно були значною і знаковою частиною національної групи та основна мета діяльності якого полягала в захисті литовської нації від знищення радянським режимом, їх вбивство становило собою акт геноциду.

Проведений аналіз відповідного міжнародного і закордонного досвіду дозволяє зробити такі висновки.

По-перше, вказаний досвід доводить, що в практиці міжнародних і закордонних судових органів мали місце кримінальні справи, в яких суди надавали перевагу принципу верховенства права перед писаними законами або тлумачили останні в спосіб, узгоджений із вимогами верховенства права, не дивлячись на те, що це виходило за межі буквального змісту певних нормативно-правових актів. Отже, питання реалізації принципу верховенства права в кримінальному праві – це не просто теоретична концепція, а реальна практика міжнародних і національних судів.

По-друге, зазначений досвід засвідчує, що при вирішенні питання про співвідношення принципів законності і верховенства права в конкретній ситуації міжнародні та закордонні суди керуються підходом, відомим як «формула Радбруха». Остання передбачає, що правова стабільність, забезпечувана формальною законністю, з позиції верховенства права так само є цінністю, як і справедливість і доцільність. Тому навіть у тих ситуаціях, коли закон може видаватися певною мірою несправедливим, він підлягає застосуванню. Адаже в правовій демократичній державі, що діє на основі принципу розподілу влади, саме на законодавця покладається обов'язок при ухваленні закону знаходити розумний баланс між засадами справедливості і доцільності з погляду

загального блага; крім того, оцінка певної ситуації з позиції справедливості може мати суб'єктивний характер – що здається справедливим одному суб'єкту, то може видатися несправедливим іншому, у цій ситуації саме закон, за загальним правилом, має виступати мірилом справедливості при вирішенні конкретних справ. Разом з тим у виключних ситуаціях, коли закон сам по собі або через його викривлену інтерпретацію чи поширену практику його застосування призводить у конкретній ситуації до явної несправедливості, що несумісна з базовими загальнолюдськими принципами і цінностями, які знаходять закріплення в міжнародному праві (міжнародних договорах, актах міжнародних організацій та звичаєвому міжнародному праві), такий закон або не повинен застосовуватися взагалі або має тлумачитись у спосіб, який дозволяє узгодити його зміст із вказаними принципами і цінностями.

По-третє, вирішення питання, коли суд може відійти від «букви» закону для забезпечення втілення принципу верховенства в життя, а коли такий відхід, навпаки, порушуватиме цей принцип, є надзвичайно непростою справою навіть для авторитетних судових установ на кшталт ЄСПЛ. У зв'язку з цим українські судді та інші правники не повинні сприймати досліджувану проблему спрощено, схилившись до однієї з крайнощів: або до однозначного визнання повної переваги принципу законності перед принципом верховенства права на етапі правозастосування або, навпаки, до переконання, що суддя може в будь-який момент доволі легко відмовитися від застосування закону під приводом власних, можливо, цілком суб'єктивних уявлень про справедливість. Якщо перша крайність несе загрозу формальної легалізації законом найвищої несправедливості, чому не зможе протистояти судова влада («закон є закон»), то друга так само загрожує свавільним порушенням принципу розподілу влади та утвердженням несправедливості через неоднакове застосування закону до різних людей в аналогічних ситуаціях. Саме тому відхід суду від «букви» закону можливий, але суд має робити це надзвичайно обережно, наводячи належну і ґрунтовну мотивацію.

Насамкінець зазначимо, що відповідний міжнародний і зарубіжний досвід – лише один з аспектів складної та багатогранної проблеми, у зв'язку з чим залишаємо за собою право висловитись з приводу тих викликів, які обов'язково постануть при застосуванні закону України про кримінальну відповідальність у контексті реалізації принципу верховенства права.

1. Воронков В. Верховенство права замість законності (інтерв'ю з членом Конституційної комісії, завідувачем кафедри господарського права й процесу Національного університету «Одеська юридична академія» Олегом Підцерковним) / В. Воронков // Голос України. – 30 вересня 2015 р. – № 181.
2. Суддя Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України Богдан Пошва: «Не варто свою професійну роботу і відповідальність перекидати на інший орган» // Закон і Бізнес. – 8–14 липня 2017 р. – № 27.
3. Кваліфікація неправосудності // Закон і Бізнес. – 15–21 липня 2017 р. – № 28.
4. Луспенік Д. Д. Как принцип верховенства права соотносится с принципом законности? // Судебно-юридическая газета. – 18 июля 2017 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sud.ua/ru/news/sud-info/106431-kak-printsip-verkhovenstva-prava-sootnositsya-s-printsipom-zakonnosti>.
5. Веремко В. Изменения к процессуальным кодексам : концепция верна, дьявол в деталях / В. Веремко // Закон и Бизнес. – 3–9 июня 2017 г. – № 22.
6. Капля О. М. Верховенство права в системі принципів адміністративного судочинства України / О. М. Капля // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – 2017. – Вип. 45. – Т. 2. – С. 10–13.
7. Не відновивши довіру до суду, ми втратимо державу – суддя у відставці Михайло Цуркан // ЮрЛіга. – 1 марта 2017 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2017/3/1/156919.htm>.
8. Загальна теорія права : [підручник] / за заг. ред. М. І. Козюбри. – К. : Ваіте, 2016. – 392 с.
9. Мірило основного принципу. Визначено критерії верховенства права : тепер українською // Закон і Бізнес. – 1–7 липня 2017 р. – № 26.
10. Котюк І. Верховенство права як морально-етичний імператив / І. Котюк // Юридичний вісник України. – 12–25 травня 2017 р. – № 19–20.
11. Хилюк С. В. Lex stricta як складова принципу законності у кримінальному праві в інтерпретації Європейського суду з прав людини / С. В. Хилюк // Часопис Академії адвокатури України. – 2014. – Том 7. – № 3. – С. 92–103.
12. Ображиев К. В. Система формальных (юридических) источников российского уголовного права : [монография] / К. В. Ображиев. – М. : Юрлитинформ, 2015. – 504 с.

13. Дідікін А. Рішення Європейського суду з прав людини у національній правовій системі / А. Дідікін [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3113>.
14. Дудоров О. О. Кримінальне право : теорія і практика (вибрані праці). – К. : Ваіте, 2017. – 872 с.
15. Мірило правовладдя. Коментар. Глосарій. Європейська комісія «За демократію через права» (Венеційська Комісія). Ухвалено Венеційською Комісією на 106-пленарному засіданні (Венеція, 11–12 березня 2016 р.). Страсбург, 18 березня 2016 р. Дослідження № 711/ 2013. – К. : Ваіте, 2017. – 163 с.
16. Рабінович П. Верховенство права : сучасні вітчизняні підходи до інтерпретації / П. Рабінович, О. Луців // Вісник Академії правових наук України. – 2012. – Вип. 2 (69). – С. 3–16.
17. Загальнотеоретичне правознавство, верховенство права : збірка наук. праць. – К. : ДУХ І ЛІТЕРА, 2013. – 608 с.
18. Козюбра М.І. Верховенство права і Україна // Право України. – 2012. – № 1–2. – С. 30–63 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cau.in.ua/ua/activities/analytics/id/kozjubra-m.i.-verhovenstvo-prava-i-ukrajina-632>.
19. Навроцький В. Правова визначеність і забезпечення її реалізації у кримінальному праві України / В. Навроцький // Право України. – 2017. – № 2. – С. 59–67.
20. Брич Л. Кримінальне законодавство України і практика його застосування у світлі європейських стандартів прав людини / Л. Брич // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2010. – Вип. 51. – С. 308–322.
21. Накіпіло : суддя іменем України потролив закон Савченко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/127784_nakipilo_suddya_imenem_ukraini_potroliv_zakon_savchenko.html.
22. Лобойко Л. М. Верховенство права у сфері кримінального судочинства / Л. М. Лобойко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2008. – № 11/12. – С. 264–265.
23. Waldron, J. Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)? // Law and Philosophy, March 2002, Volume 21, Issue 2, pp 137–164.
24. Рішення Верховного Суду України від 3 грудня 2004 р. у справі за скаргою довіреної особи кандидата на пост Президента України Юценка В.А. в єдиному загальнодержавному виборчому окрузі по виборах Президента України Катеринчука Миколи Дмитровича на бездіяльність Центральної виборчої комісії, дії по встановленню результатів повторного голосування з виборів Президента України 24 листопада 2004 року та на рішення про оголошення Президентом України Віктора Федоровича Януковича [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/n0090700-04/>.
25. Навроцький В. Кримінальне право і кримінальне законодавство : співвідношення понять / В. Навроцький // Право України. – 2011. – № 9. – С. 20–24.
26. Лихова С. Я. Верховенство права Європейського Союзу як одна з причин реформування кримінального законодавства України / С. Я. Лихова // Новітні кримінально-правові дослідження-2016 : [збірник наукових праць] / відп. ред. д-р юрид. наук, проф. О. В. Козаченко. – Миколаїв : Іліон, 2016. – С. 40–43.
27. Галабала М. В. Розвиток вчення про кримінальний закон в кримінально-правовій науці / М. В. Галабала // Держава і право. – 2008. – Вип. 40. – С. 494–504.
28. Шаблистий В. В. Спільні проблеми постійно оновлюваних Конституції та Кримінального кодексу України / В. В. Шаблистий // Актуальні проблеми кримінального права та кримінології у світлі конституційної реформи: [матеріали Всеукр. на-ук.-практ. конф.] (м. Дніпро, 10 черв. 2016 р.). – Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2016. – С. 15–18.
29. Кримінальне право. Загальна частина: [підручник] / за ред. А. С. Беніцького, В. С. Гуславського, О. О. Дудорова, Б. Г. Розовського. – К. : Істина, 2011. – 1112 с.
30. Панов М. І. Принцип правової визначеності у практиці Європейського суду з прав людини і проблеми якості кримінального законодавства України / М. І. Панов // Проблеми законності. – 2015. – Вип. 128. – С. 8–19.
31. Сорока О. О. Реалізація практики Європейського суду з прав людини у кримінальному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / О. О. Сорока. – К., 2015. – 250 с.
32. Мережко А. А. Гносеология международного права. Введение в философию международного права / А. А. Мережко. – К. : Юстиниан, 2002. – 189 с.
33. Зелинская Н. А. Концепция преступлений по общему международному праву в контексте ретроактивного применения норм международного уголовного права / Н. А. Зелинская, Н. В. Дремина-Волок // Альманах международного права. – Вып. 2. – 2010. – С. 189–209.
34. Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками : сб. материалов / под общей ред. Р. А. Руденко : в 7 т. – М. : Госюрлитиздат, 1957–1961. – Т. 7 : Заключительные речи главных обвинителей. – М. : Госюрлитиздат, 1961. – 760 с.
35. Зелинская Н. А. Нюрнбергская концепция международного преступления и принцип «ex post facto» в международном уголовном праве / Н. А. Зелинская // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. – Т. 7. – 2008. – С. 160–169.
36. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № A/RES/95 (I) от 11 декабря 1946 года «Подтверждение принципов международного права, признанных Статутом Нюрнбергского трибунала» [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Організації Об'єднаних Націй. – Режим доступу: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/035/52/IMG/NR003552.pdf>.

37. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № № A/RES/177 (II) від 21 ноября 1947 года «Планы по сформулированию принципов, признанных статутом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в его решении» [Электронный ресурс] // Офіційний сайт Організації Об'єднаних Націй. – Режим доступу: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/040/38/IMG/NR004038.pdf>.
38. Ледах И. А. Нацистские преступники и судебная практика в ФРГ / И. А. Ледах. – М. : Юрид. лит., 1973 г. – 150 с.
39. George A. Finch. The Nuremberg Trial and International Law // The American Journal of International Law. – Vol. 41, No. 1 (Jan., 1947), pp. 26, 34 (pp. 20-37) [Электронный ресурс]. – Режим доступу: Mode of access: <http://www.jstor.org/stable/2193852>.
40. Эйхмана процесс // Электронная еврейская энциклопедия [Электронный ресурс]. – Режим доступу: <http://www.eleven.co.il/article/15036>.
41. Радбрух Г. Философия права / Густав Радбрух. Пер. с нем.– М. : Межд. отн., 2004. – 240 с.
42. Баженова Е. А. Философия права Г. Л. А. Харта : [учеб. пособие] / Е. А. Баженова. – Владимир : Изд-во ВлГУ, 2016. – 92 с.
43. Лёзина Е. В. Юридическо-правовая проработка прошлого ГДР в объединенной Германии / Е. В. Лёзина // Вестник общественного мнения. Данные. Анализ. Дискуссии. – 2013. – № 2 (115). – С. 67–100.
44. Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Zweiten Senats vom 24. Oktober 1996 – 2 BvR 1851/94 - Rn. (1-163) [Электронный ресурс]. – Режим доступу: http://www.bverfg.de/e/rs19961024_2bvr185194.html.
45. European Court of Human Rights, Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, judgment of 22 March 2001 [Электронный ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59353>.
46. Решение Европейского суда по правам человека от 17 января 2006 года по вопросу приемлемости по заявлениям, поданным Августом Кольком (№ 23052/04) и Петром Кислым (№ 24018/04) против Эстонии // Права людини в Україні. Інформаційний портал Харківської правозахисної групи [Электронный ресурс]. – Режим доступу: <http://khp.org/index.php?id=1212057885>.
47. Постановление палаты Европейского суда по правам человека от 24 июля 2008 года по делу «Кононов против Латвии» (Kononov v. Latvia) [Электронный ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100332>.
48. Рішення Великої палати Європейського суду з прав людини від 17 травня 2010 року у справі «Кононов проти Латвії» (Kononov v. Latvia) [Электронный ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117950>.
49. European Court of Human Rights, Grand Chamber, Vasiliauskas v. Lithuania, judgment of 20 October 2015 [Электронный ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158290>.

До питання про кримінально-правовий вимір конституційного принципу верховенства права³

1. Свого часу у відгуку офіційного опонента на дисертацію учня Станіслава Сергійовича Яценка В.О. Гацелюка «Реалізація принципу законності кримінального права України (загальні засади концепції)» я написав, що в юридичній літературі суперечливо вирішуються питання про необхідність виокремлення спеціальних (галузевих) принципів кримінального права, їхню кількість (перелік), зміст і роль у кримінально-правовому регулюванні суспільних відносин, а також чи варто відповідні концептуальні засади втілювати у законодавчу матерію. Констатувалось мною і недостатнє висвітлення кримінально-правового значення Конституції України із закріпленням у ній положенням про верховенство права. Відзначалось також, що полеміка, яка ведеться у науці з приводу переліку принципів кримінального права і змісту окремих з них, як і перекручення окремих фундаментальних засад у правозастосуванні, значною мірою є результатом контекстуального закріплення принципів кримінального права, коли суть останніх не завжди чітко впливає з відповідних нормативних положень. «... забезпечення текстуальної форми закріплення принципів у КК як необхідна умова закріплення та реалізації принципів у кримінальному праві є сьогодні одним з першочергових завдань законодавця» [1, с. 119]. На втілення цієї конструктивної ідеї в життя спрямована пропозиція О.С. Олійник включити у Загальну частину чинного КК України розділ 1¹ «Принципи закону про кримінальну відповідальність» [2, с. 28–30]. З огляду на сказане, задум розробників проекту нового КК України (далі – проєкт КК) нормативно визначити принципи кримінального закону заслугоує схвальною оцінки.

2. У тезах, пропонованих увазі читача, йтиметься про окремі кримінально-правові аспекти принципу верховенства права. Як відомо, питання співвідношення принципів верховенства права і законності особливо гостро стоїть саме у галузі кримінального права, яке характеризується (за загальним правилом) імперативним методом правового регулювання і високим рівнем формально-юридичної визначеності. Автор цих рядків вже звертався до вказаної проблематики [3, с. 26–30; 4; 5], поступово змінюючи свою позицію і врешті-решт зробивши висновок про безпідставність як протиставлення принципів законності і верховенства права при застосуванні закону про кримінальну відповідальність, так і викривленого (однобічного) тлумачення конституційного положення про керування верховенством права при здійсненні правосуддя. Вітчизняні правники не повинні сприймати проблему спрощено, схилившись до однієї з крайнощів: або до визнання повної переваги принципу законності перед принципом верховенства права на етапі правозастосування або, навпаки, до переконання у тому, що суддя може у будь-який момент відмовитися від застосування закону під приводом власних уявлень про справедливість. Відхід суду від «букви» закону можливий, але робити це слід украй виважено. Своєчасність чергового з'ясування кримінально-правової специфіки верховенства права зумовлена потребою осмислення новітніх наукових здобутків, включаючи відображення зазначеної засади у проєкті КК.

3. Згідно зі ст. 1.2.1 проєкту КК, цей Кодекс, виходячи з верховенства права, обмежує повноваження держави, запобігаючи свавільному втручанням в права і свободи людини. Щодо наведеної дефініції хотів би зробити такі застереження.

По-перше, якщо суть верховенства права зводиться саме і лише до обмеження відповідних повноважень держави, то слова «виходячи з верховенства права» видаються зайвими. Бо створюється враження, що обмеження зазначених повноважень держави – це одне, а принцип верховенства права – щось інше.

По-друге, із наведеного визначення не зовсім зрозуміло, про яку людину йдеться, – порушника кримінально-правової заборони чи, наприклад, і потерпілого від злочину, правами та інтересами якого мала б передусім опікуватись держава (до слова у проєкті КК ця схвальна ідея знаходить послідовне втілення). Показовим у зв'язку зі сказаним є, зокрема, те, що В.О. Навроцький

3 Стаття опублікована: Збірка тез доповідей учасників науково-практичної конференції «Конституційні засади кримінального права України» (22 грудня 2020 року). Конференцію проведено з нагоди дня народження судді Конституційного Суду України (1996–2001), члена-кореспондента Національної академії правових наук України, професора Станіслава Сергійовича Яценка (1936–2014). С. 25–38.

правову визначеність як складову верховенства права «адресує» не лише тому, хто вчинив або може вчинити діяння, передбачене КК України, а й дійсному чи потенційному потерпілому [6, с. 60]. О.С. Олійник, розкриваючи зміст принципу верховенства права, веде мову про «рівний і справедливий масштаб свободи, прав та обов'язків осіб, які мають статус сторони або учасника кримінально-правових відносин» [2, с. 28–29]. Натомість Ю.В. Баулін у своєму визначенні верховенства права конкретизує, що у цьому разі йдеться про обмеження повноважень держави від свавільного втручання у права і свободи саме і тільки особи, яка вчинила злочин [7].

По-третє, у згаданій статті проекту КК не повною мірою розкриваються суть і значення принципу верховенства права – якщо це взагалі можливо зробити в одному стислому формулюванні, яке втілює (треба так розуміти) «інтегративний» підхід до верховенства права.

За великим рахунком, законність, юридична визначеність і рівність перед кримінальним законом (статті 1.2.2–1.2.4 проекту КК, відповідно) можуть (точніше мають) визнаватись складовими верховенства права («поелементний» підхід). Так, у додатку до доповіді «Верховенство права», схваленої Венеційською комісією на 86-му пленарному засіданні 25–26 березня 2011 р., наводиться контрольний перелік питань (*Rule of Law Checklist*), який дає змогу зрозуміти, чи існує у тій чи іншій державі верховенство права. Першим у цьому переліку є питання, чи діє держава на підставі закону та відповідно до закону. Далі мова йде про юридичну визначеність, заборону свавілля, доступ для правосуддя, дотримання прав людини, заборону дискримінації і рівність перед законом. У сучасній теорії права законність так само розглядається як одна з основних складових верховенства права (поряд із повагою до прав і свобод людини, верховенством конституції, обмеженням дискреційних повноважень, принципами рівноправності та рівності перед законом, розподілу влади, юридичної визначеності, захисту довіри, пропорційності, а також незалежністю суду і суддів) [8, с. 361–379]. Цікаво, що, базуючись на документах Венеційської комісії, положеннях Конституції України і враховуючи предмет регулювання кримінального права як матеріальної публічної галузі права, Ю.В. Баулін виділяє такі ж складники верховенства права вже у кримінально-правовому вимірі: законність; юридична визначеність; заборона свавільності; доступ до правосуддя; додержання прав людини; недискримінація та рівність перед кримінальними законами [7].

Видається, що зазначені складники (а в інших джерелах зустрічається і більша їх кількість) характеризують право цивілізованого (демократичного) суспільства загалом; побачити тут якусь кримінально-правову специфіку проблематично. У цьому сенсі можна зрозуміти А.А. Музику, який у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію Ю.С. Резнік «Принцип гуманізму та його реалізація в кримінальному праві України» пише, що верховенство права – це, швидше, не принцип, а універсальна ідея, на якій ґрунтуються всі правові принципи. Вчений висловлюється за те, щоб не фіксувати у законодавчому порядку феномен верховенства права як принцип: «Це глобальна цінність, світоглядна практична ідея. Не треба намагатися дати визначення поняття «верховенство права» [9, с. 155]. Прагматичним виглядає підхід є К.В. Легких: оскільки норми Конституції України (а в ч. 1 її ст. 8 проголошено, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права) є нормами прямої дії, окремого закріплення в КК України принцип верховенства права не потребує [10, с. 193]. На думку В.О. Гацелюка, принцип верховенства права має свій власний специфічний загальноправовий зміст, а тому навряд чи доцільно конкретизувати його до рівня сукупності положень галузевого принципу [1, с. 140].

Відтак розробникам проекту КК варто замислитись над тим, чи доречно надавати особливий кримінально-правовий зміст конституційному (загально-правовому) принципу верховенства права, яка має пронизувати як матеріальне, так і процесуальне публічне право і наповнення якого залишається не до кінця визначеним. Підсумовуючи наші критичні застереження щодо перспектив відбиття принципу (засади) верховенства права, ми з Є.О. Письменським резюмували, що, пропонуючи своє визначення цієї засади, розробники проекту КК завідомо наражають себе на очікувану і, мабуть, справедливую критику при тому, що не пропонують чіткої відповіді чи не на основне в аспекті правозастосування питання, яке постає в контексті закріплення згаданої засади, а саме: чи вправі суд, керуючись принципом верховенства права, діяти поза кримінальним законом або навіть усупереч йому? [11].

Врешті-решт розробники проєкту КК вирішили відмовитись від окремої статті, присвяченої верховенству права, усвідомивши, що в її межах проблематично розкрити суть і значення цього принципу (повторю – не кримінально-правового, а конституційного). Наразі Робоча група схиляється до сприйняття пропозиції одного зі своїх членів В.О. Навроцького, суть якої полягає в тому, що про верховенство права варто згадати у ст. 1.1.1 проєкту у тому контексті, що саме на засадах верховенства права КК регулює суспільні відносини між державою та особою, яка вчиняє передбачені ним діяння.

4. Водночас сформульоване вище (без перебільшення світоглядне) питання підлягає вирішенню незалежно від того, в якому вигляді і чи буде взагалі принцип верховенства права відображений у проєкті нового КК. Із звернення до новітніх здобутків вітчизняної теорії права і конституційного права впливає ствердна відповідь на поставлене питання, хоч і звучить це вкрай незвично (принаймні для правника з традиційно-позитивістським мисленням, побоювання якого пов'язане з тим, що «свавілля законодавця буде замінено свавіллям інтерпретатора»). Свого часу автор цих рядків також писав, що надання суду загальної юрисдикції (крім Верховного Суду (далі – ВС)) на підставі ч. 1 ст. 129 Конституції України можливості оцінювати кримінальний закон на предмет того, чи є він правовим у сенсі справедливим, може призвести до хаосу у правозастосуванні. Обережне (стримане) ставлення до принципу верховенства права, а точніше до його правозастосовного потенціалу простежується у висловлюваннях багатьох знаних представників вітчизняної кримінально-правової науки [4, с. 133].

Водночас на підтвердження думки про правомірність (за певних умов) зазначеної поведінки судді можна навести висловлені в юридичній літературі міркування про те, що реалізація правових принципів як самостійного джерела права у межах романо-германської правової системи дозволяє уникнути отождолення права із законом, запобігає застосуванню несправедливих, свавільних законів. Подолання прогалів у законодавстві, вирішення колізій, невідповідність існуючих нормативно-правових приписів основоположним правам людини – це ті виключні випадки, в яких суд на підставі відповідної аргументації може виступати як суб'єкт правотворення, діючи поза законом або всупереч закону [8, с. 78, 164, 202].

Відповідно до ч. 2 ст. 8 КПК України принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ. «В прецедентній практиці ЄСПЛ міститься система взаємопов'язаних та усталених принципів, які у своїй сукупності визначають концепцію доктрини верховенства права» [12, с. 49]. На думку ЄСПЛ, судова правотворчість як одне з джерел права є невід'ємною частиною правової традиції держав – членів РЄ, що забезпечує прогресивний розвиток кримінального права [13, с. 93, 94]. У світлі сказаного дороговказом для вітчизняних суддів у частині змістовного наповнення конституційного принципу верховенства права можуть і повинні стати підходи, обстоювані ЄСПЛ. Вказану обставину чудово усвідомлюють розробники проєкту КК, які у ч. 3 його ст. 1.2.9 пропонують закріпити таке, узгоджене із здобутками кримінально-правової науки (Ю.Б. Хім'як, О.О. Сорока та ін.) положення: «Цей Кодекс застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини щодо України».

Держава шляхом запровадження інституту конституційної скарги (статті 55 і 151-1 Конституції України, статті 55, 56, 77, 78 Закону України від 13 липня 2017 р. «Про Конституційний Суд України») встановила, яким чином має діяти, зокрема, засуджена особа, яка вважає, що застосоване щодо неї положення КК є неконституційним, бо порушує гарантовані Конституцією України права людини. Частково цей захід може розглядатись як відповідь на питання В.О. Тулякова, як у демократичній державі слід реагувати на неправовий закон та яким чином захищати осіб, засуджених за неправовими законами [14, с. 95].

Водночас, як зазначають М.І. Мельник і С.В. Різник, слід не допустити сприйняття суб'єктами правозастосування звернення до Конституційного Суду України (далі – КСУ) з конституційною скаргою як звільнення судів загальної юрисдикції від обов'язку оцінювати нормативні акти на предмет їх відповідності Конституції України і застосовувати тільки ті з них, які не суперечать її нормам. Традиційна інтерпретація принципу «закон суворий, але він закон» не має більше стояти в основі національного праворозуміння. Вітчизняні суди не повинні займати боязку позицію, приймаючи неправові рішення на шкоду людині тільки через те, що той або інший закон є формально чинним і не визнаний неконституційним. Якщо суд загальної юрисдикції не сумнівається

в неконституційності закону, то він зобов'язаний застосувати норми Конституції України, а не відповідного закону; за таких обставин суд не зобов'язаний зупиняти провадження у справі і звертатись до ВС України для подальшого вирішення питання в КСУ [15, с.153, 158].

С.Д. Шапченко пише, що, на відміну від заборони в кримінальному праві «аналогії права» принципом законності, принцип верховенства права використання такої аналогії допускає. У такому разі застосування аналогії в кримінальному праві має пов'язуватись з використанням загальних положень засад відповідних принципів правових інститутів для вирішення однотипних ситуацій, не врегульованих законодавством. При цьому з усіх допустимих варіантів має обиратись той, який є найбільш сприятливим для особи [16, с. 90–91]. Наведений підхід імпонує О.С. Олійник, яка у проєкті відповідної статті КК пропонує зафіксувати, що принцип верховенства права допускає використання аналогії права для подолання прогалин у джерелах кримінального права [2, с. 29].

На сьогодні викладені вище теоретичні міркування, з яких випливає безпідставність (або щонайменше некоректність) протиставлення вимоги щодо дотримання вимог закону при здійсненні правосуддя і керування при цьому принципом верховенства права, знаходять законодавче підтвердження – передусім у нормах Закону України від червня 2016 р. «Про судоустрій і статус суддів» (ч. 1 ст. 6, ч. 1 ст. 48, ч. 1 ст. 57), не кажучи вже про Конституцію України. Щоправда, КК застосовується не лише судами, а й органами досудового розслідування, а щодо останніх пріоритет верховенства права над законністю на конституційному рівні не зафіксований. Відповідно, для них законність як правовий принцип зберігає свою значущість у повному обсязі. Тим більше, що набрання чинності Законом України від 12 травня 2016 р. «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» не призвело до змін: ні ст. 19 Конституції України, яка зобов'язує органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадових осіб діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України; ні ст. 6 Конституції України, згідно з якою органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України.

Сучасна концепція верховенства права, загалом не заперечуючи обов'язковості законодавства, передбачає, що протиставлення останньому судової правотворчості виникає лише у тих виняткових випадках, коли закон сам по собі (чи при його застосуванні в конкретній ситуації) породжує явну несправедливість, веде до порушення основоположних прав і свобод людини або посягає на інші фундаментальні цінності демократичного суспільства [4, с. 138].

5. Проілюструю наявний правозастосовний потенціал конституційного принципу верховенства права на прикладі специфічних кримінально-правових наслідків, сукупність яких уособлює спеціальний (жорсткий) режим кримінально-правової протидії корупції та які мають наставати у випадку вчинення корупційного злочину (наразі кримінального правопорушення). Йдеться про обмеження можливості застосування низки пільгових кримінально-правових засобів щодо осіб, які вчинили такі злочини (кримінальні правопорушення), – положень КК, присвячених звільненню від кримінальної відповідальності, звільненню від покарання та його відбування, призначенню більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, і зняттю судимості.

У ст. 1 Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» наводиться дефініція поняття «корупційне правопорушення», яка, своєю чергою, відсилає до розміщеного тут же визначення поняття «корупція», а примітка ст. 45 КК закріплює перелік злочинів (кримінальних правопорушень), віднесених до числа корупційних. При визначенні співвідношення згаданих законодавчих положень слід враховувати застереження, зроблені, відповідно, в ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. і примітці ст. 45 КК, згідно з якими визначення корупційного правопорушення і корупції вживаються у відповідному значенні «у цьому Законі», а певні злочини визнаються корупційними «відповідно до цього Кодексу». До того ж у ч. 3 ст. 3 КК (прояв принципу законності) недвозначно сказано, що кримінальна протиправність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Звідси випливає, що неузгодженості, які мають місце між дефініцією поняття корупційного правопорушення і переліком корупційних злочинів (кримінальних правопорушень), *de lege lata*, за загальним правилом, не повинні братись до уваги при визначенні кримінально-правових наслідків скоєння того чи іншого корупційного кримінального правопорушення.

Водночас, якраз з огляду на пріоритетність при здійсненні правосуддя принципу верховенства права (ст. 129 Конституції України), не виключається застосування статей Загальної чинного КК, що містять негативні застереження «крім корупційних кримінальних правопорушень», стосовно осіб, які вчинили вказані у примітці ст. 45 КК кримінальні правопорушення, – якщо останні не містять обов'язкових ознак корупційного правопорушення та корупції (наприклад, статті 210 і 320 КК), у зв'язку з чим особи, які вчинили такі діяння, всупереч буквальному тлумаченню примітки ст. 45 КК фактично не є корупціонерами. Така «проадвокатська» точка зору була висловлена автором цих рядків у науково-практичному коментарі КК [17, с. 133].

Цікаво, що під час захисту своєї докторської дисертації «Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні» (Національний університет «Одеська юридична академія», 2018 р.) Д.Г. Михайленко фактично погодився із таким висновком, однак запропонував інтерпретувати розглядувану ситуацію не в аспекті дотримання (порушення) принципу верховенства права, а з погляду телеологічного тлумачення примітки ст. 45 КК. Останнє дозволяє стверджувати, що законодавець не мав наміру поширювати спеціальний кримінально-правовий режим протидії корупції на злочини, які не містять у конкретному випадку ознак корупції. Відтак суд може справедливо застосувати відповідні статті КК, витлумачивши їх на основі мети, яку ставив перед собою законодавець. Як на мене, правовою підставою для відступу суду від «букви» закону і за підходу, обстоюваного Д.Г. Михайленком, все одно виступатиме ч. 1 ст. 129 Конституції України, згідно з якою суддя, здійснюючи правосуддя, керується верховенством права.

У будь-якому разі можна сказати, що в цьому разі має місце правова невизначеність, за якої звернення до різних способів і методів тлумачення КК дозволяє дійти різних висновків щодо розв'язання тих чи інших питань його застосування. І така ситуація слугує зайвим аргументом на користь текстуального закріплення кримінально-правових принципів у КК. Останні (як і загально-правові принципи) дозволяють правозастосовувачу розв'язувати складні та суперечливі проблеми (колізійність, прогалини правового регулювання тощо), з якими він неодмінно стикається при застосуванні кримінального закону. Тому загалом заслуговує на підтримку положення про те, що «цей Кодекс застосовується відповідно до принципів, визначених у його статтях 1.2.1–1.2.9» (ч. 2 ст. 1.2.10 проекту КК). Застереження «загалом» зроблене тут через те, що КК має застосовуватись і з урахуванням конституційних принципів, включаючи, звісно, і верховенство права.

6. Останнім часом багато списів у кримінально-правовій науці ламається навколо переліку корупційних кримінальних правопорушень, визначення поняття останніх та їхнього відмежування від кримінальних правопорушень, пов'язаних з корупцією. Вважаю, що ці дискусії не позбавлені сенсу за умови збереження згаданого спеціального (жорсткого) кримінально-правового режиму протидії корупції. До речі, у проекті КК такий режим відображення не знаходить. *De lege lata* постає питання: якщо особа вчинила кримінальне правопорушення, вказане у відповідному законодавчому переліку (примітка ст. 45 КК) і корупційний характер якого не викликає сумнівів, то чи вправі суд проігнорувати застереження щодо корупційних кримінальних правопорушень, зроблені у статтях 45–48, 69, 74, 75, 79, 81, 82, 86, 91 КК, і всупереч «букві» закону застосувати один із пільгових інструментів, передбачених цими кримінально-правовими нормами?

Якщо суддя підкорятиметься закону, то відповідь на це питання, звичайно, буде негативною. Однак якщо суддя керуватиметься верховенством права і, зокрема такими основоположними принципами права, як справедливість і рівність, то відповідь на поставлене питання вже не виглядає такою однозначною, бо питання про конституційність згаданих (можливо, навіть дискримінаційних) положень КК виникає. І не факт, що суддя, обстоюючи положення про неправовий характер згаданих положень КК як таких, що порушують права людини, не звернеться до аргументації, наведеної у рішенні КСУ від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання. Нагадаю, що неконституційність ст. 69 КК у частині неможливості застосовувати її положення до осіб, які вчинили злочини невеликої тяжкості, КСУ обґрунтував з-поміж іншого невідповідністю цієї кримінально-правової норми одному з принципів верховенства права – справедливості, а так само обмеженням дії принципів юридичної рівності громадян перед законом та індивідуалізації юридичної відповідальності. При цьому, як слушно зазначає П.С. Берзін, кримінально-правовий зміст принципу верховенства права полягає з-поміж іншого в тому, що КК має ґрунтуватись на Конституції України [18, с. 143].

На мій погляд, *de lege ferenda* спеціальний (жорсткий) кримінально-правовий режим протидії корупції має бути збережений лише стосовно так званих гранд-корупціонерів, заради боротьби зі злочинами яких в Україні і створювалася новітня антикорупційна інфраструктура (НАБУ, САП, ВАКС). Водночас має рацію Д.Г. Михайленко, який вважає, що і проти такої наукової ідеї можна висловити заперечення на кшталт наведених у згаданому рішенні КСУ. За таких обставин, вважає науковець, методологічну основу для встановлення (скасування) спеціального кримінально-правового режиму протидії корупційним злочинам повинен скласти тест на пропорційність, за яким посилення кримінально-правової репресії щодо гранд-корупціонерів виявиться пропорційним обмеженням прав таких суб'єктів у сфері дії кримінального права, а щодо інших суб'єктів – непропорційним. Така постановка питання, як видається, узгоджується з положенням про те, «що кримінально-правові засоби є крайніми засобами реагування держави на протиправні діяння» (ч. 1 ст. 1.2.5 проекту КК «Пропорційність»).

7. З'ясовуючи кримінально-правове значення принципу верховенства права і допускаючи зумовлений ним вихід суддів за межі писаного права для подолання прогалин і колізій, К.В. Легких пише: «Дотримання суддями принципу верховенства права завжди повинно базуватися на засаді гуманізму, що означає застосування його (принципу) тільки в напрямках звільнення від кримінальної відповідальності або покарання, пом'якшення останнього або значного розширення кола обставин, що виключають злочинність діяння [10, с. 192–193]. Раніше цей підхід озвучив М.І. Панов, який зумовлену дотриманням принципу верховенства права можливість подолати формалізовані рамки закону про кримінальну відповідальність на завершальному етапі кримінально-правового регулювання пов'язував із застосуванням гуманістично-спрямованих статей КК про звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його відбування, призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, тощо [19].

Загалом поділяючи таку логіку міркувань, водночас зауважу, що у межах викладеного підходу правозастосовний потенціал принципу верховенства права для регламентації кримінально-правових відносин виглядає дещо звуженим.

Спробую проілюструвати свою думку на прикладі ситуації, що стосується взаємовиключності формулювань ч. 1 і ч. 2 ст. 28 КК, які описують групу осіб і групу осіб за попередньою змовою, відповідно. Стосовно цих групових форм співучасті принцип «матрьошки», згідно з яким менш небезпечна форма співучасті своїми ознаками входить до більш небезпечної, не спрацьовує. Така кваліфікуюча ознака, як вчинення кримінального правопорушення групою осіб, *de lege lata* не може бути інкримінована, якщо встановлено попередню змову між учасниками групи. При вчиненні кримінального правопорушення (умисного тяжкого тілесного ушкодження, зґвалтування, самовільного зайняття земельної ділянки, хуліганства тощо) за попередньою групою осіб, якщо у відповідному складі кримінального правопорушення як кваліфікуючу ознаку передбачено вчинення його лише «групою осіб», дії співвиконавців мають кваліфікуватись без інкримінування цієї кваліфікуючої ознаки. Однак чи можна вважати справедливою кваліфікацію відповідного кримінального правопорушення за частиною першою тієї чи іншої статті КК і, відповідно, призначення за нього покарання, якщо кримінальне правопорушення фактично вчинено за попередньою змовою групою осіб, а такої кваліфікуючої ознаки певна стаття КК не містить? На перший погляд, тут має інкримінуватись ч. 1 певної статті КК (за відсутності у скоєному інших кваліфікуючих ознак), адже «всі сумніви, що виникають в процесі інтерпретації норм, які регулюють відносини держави і громадянина, мають тлумачитись на користь громадянина...» [8, с. 262]. Проте такий однозначний висновок можуть робити лише ті, хто викривлено (однобічно) трактує принцип верховенства права.

ЄСПЛ неодноразово наголошував на тому, що не можна очікувати, щоб саме в законі були однозначно вирішені абсолютно всі питання. ЄСПЛ виходить з того, що передбачуваність закону може витікати не лише з тексту закону, а і зі сталої практики його застосування, навіть якщо сам закон є певною мірою юридично недосконалим чи неповним; закон повинен узгоджуватись зі змінюваними обставинами. На підставі вивчення практики ЄСПЛ Ю.Б. Хім'як слушно стверджує: «Абстрактність побудови нормативного матеріалу дає можливість певну невизначеність юридичних конструкцій закону наповнювати «живим» правом у правових відносинах. Тому принцип передбачуваності закону як його якісну характеристику необхідно з'ясовувати в єдності зако-

нодавства та юридичної практики... недостатня конкретність законодавчих формулювань може бути доповнена їх судовим тлумаченням, конкретизацією з урахуванням обставин справи» [12, с. 65, 87].

Виявляється також, що з практики ЄСПЛ із застосування ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) впливає другорядність такого критерію допустимості поширювального тлумачення, як «не на шкоду особи». ЄСПЛ вказує на допустимість криміналізації діяння шляхом поширювального тлумачення кримінально-правової норми, якщо це узгоджується із суттю правопорушення та є розумно передбачуваним. Якщо формулювання кримінально-правових положень дають підстави для альтернативних варіантів тлумачення (при цьому обидва варіанти є передбачуваними та узгоджуються з суттю правопорушення), то вибір судом варіанту, який є менш сприятливим для особи, що підлягає кримінальній відповідальності, не порушує гарантії, передбачені ст. 7 Конвенції [13, с. 94, 95].

Таким чином, у розглядуваній ситуації прибічник принципу верховенства права, вочевидь, залишиться на позиції усталеної (стабільної) судової практики, яка всупереч буквальному тлумаченню КК і позиції частині теоретиків кримінального права є досить передбачуваною, а отже, кваліфікуватиме вчинене за тією частиною статті КК, яка передбачає відповідальність за групове вчинення кримінального правопорушення.

8. Ще одним прикладом усунення у порядку судової правотворчості притаманної кримінальному закону невизначеності (причому «на шкоду» порушнику кримінально-правової заборони), що, на мій погляд, узгоджується з дотриманням конституційного принципу верховенства права і правовими позиціями ЄСПЛ, може слугувати рішення ВС, яким той визнав обґрунтованою позицію більшості членів НКР стосовно того, що зміст поняття «особи, уповноважені на виконання функцій держави» у контексті застосування ст. 369-2 КК може бути визначений і без звернення до тексту «морально застарілої» примітки цієї статті. Тим самим ВС заперечив висловлену в юридичній літературі точку зору, згідно з якою він не вправі був виправляти відповідну законодавчу ваду, бо це означало б порушення ч. 4 ст. 3 КК (заборона застосування кримінального закону за аналогією), а «забезпечення розвитку права в такому разі потребує внесення змін до закону про кримінальну відповідальність» [20, с. 209]. Свого часу я з приводу цього спірного питання кримінально-правової характеристики зловживання впливом писав, що з урахуванням підпорядкованої (допоміжної) ролі приміток статей КК і, головним чином, пріоритетності при здійсненні правосуддя принципу верховенства права сумнівність примітки ст. 369-2 КК не повинна перешкоджати застосуванню цієї статті КК, покликаної забезпечувати протидію «фоновій» корупції [21].

Сприймавши такий теоретичний підхід, ВС вирішив, що наявність у примітці ст. 369-2 КК у період з 26 квітня 2015 р. до 20 березня 2020 р. посилання на нечинний Закон (Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції») не означала нечинності ст. 369-2 КК у цілому, а вимагала лише застосування вузького підходу до тлумачення поняття «особи, уповноважені на виконання функцій держави». При цьому належність прокурорів і суддів до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, з огляду на їхній конституційний і законодавчий статус і повноваження, не може викликати сумніву не тільки у фахових юристів, але й у будь-якої іншої особи. Відтак ВС вирішив, що зміст диспозиції ч. 2 ст. 369-2 КК був достатньо ясным і передбачуваним для засудженого, який не міг не розуміти, що одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення прокурорами і суддями є кримінально караним діянням.

З-поміж іншого ВС в обґрунтування свого рішення доречно послався на практику ЄСПЛ, зокрема на його рішення у справі «Веренцов проти України», згідно з яким гарантія, встановлена у ст. 7 Конвенції, є істотним елементом верховенства права і посідає визначне місце у системі захисту за Конвенцією. Забороняючи поширювати сферу застосування існуючих покарань за правопорушення на дії, що до цього не вважались кримінальними правопорушеннями, Конвенція встановлює принцип, за яким кримінальне законодавство не повинно застосовуватись поширювально на шкоду обвинуваченого, наприклад, за аналогією. При цьому ЄСПЛ під поняттям «закон», вжитим у ст. 7 Конвенції, обстоюючи його сутнісне, а не формальне значення, розуміє як акти нижчого, ніж закони, рівня, так і неписане право. Особа із тексту відповідного законодавчого положення та, у разі необхідності, за допомогою його тлумачення судами, повинна знати, які

дії та бездіяльність призводять до кримінальної відповідальності та яке покарання буде призначено за дію та/або бездіяльність, про яку йдеться. Закон відповідатиме вимозі передбачуваності, навіть якщо особа має звернутися за відповідною юридичною консультацією для того, щоб оцінити (тією мірою, що є розумною за цих обставин) наслідки, до яких може призвести ця дія. У своїй практиці ЄСПЛ послідовно визнає, що, як би чітко не було положення сформульоване, у будь-якій галузі права, включно з кримінальним правом, існуватиме неминучий елемент судового тлумачення. Завжди існуватиме потреба у роз'ясненні нечітких норм або тих, що потребують пристосування до обставин, які змінюються. Функція здійснення правосуддя, закріплена за судами, полягає саме у подоланні сумнівів щодо тлумачення, які залишаються [22].

Таким чином, для вирішення конкретних кримінально-правових проблем слід мати чіткі нормативні і правозастосовні орієнтири, засновані на здобутках доктрини. При цьому нездатність законодавця оперативної та якісно реагувати на вказані проблеми слугує чинником розповсюдження (посилення) судової правотворчості. Запровадження конституційного положення про те, що суддя, здійснюючи правосуддя, керується верховенством права, враховуючи творчий характер правозастосування і розширюючи суддівський угляд, є закономірним наслідком конвергенції різних правових систем і зумовленим цим процесом збагаченням джерел права (зокрема, кримінального), кроком на шляху європеїзації кримінального права України. Водночас покладання на суддю суду загальної юрисдикції обов'язку керуватись у кримінальному провадженні верховенством права (замість обов'язку підкорятись закону), незважаючи на прогресивність і потрібність такого кроку (адже він передбачає врахування при здійсненні правосуддя правових принципів, правових позицій ЄСПЛ і КСУ тощо), ускладнює досягнення єдності і передбачуваності судової практики, необхідної в контексті забезпечення юридичної визначеності як одного з аспектів верховенства права. Важливу роль у забезпеченні такої прогнозованості покликано відігравати відігравати правові позиції ВС.

1. Кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. Київ : Істина, 2011. 1112 с.
2. Олійник О.С. Принципи кримінального права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Дніпро, 2020. 36 с.
3. Дудоров О. О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ : Ваіте, 2017. 872 с.
4. Дудоров О.О., Мазур М.В. Реалізація принципу верховенства права при застосуванні закону про кримінальну відповідальність: постановка проблеми, міжнародний і зарубіжний досвід. *Юридичний електронний науковий журнал*. 2017. № 5. С. 129–140.
5. Дудоров О.О. Верховенство права: окремі кримінально-правові аспекти. *Актуальні питання розвитку державності та правової системи в сучасній Україні: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 27–28 жовтня 2017 р.* / за заг. ред. Т.О. Коломоець. Запоріжжя : ЗНУ, 2017. С. 77–85.
6. Навроцький В. Правова визначеність і забезпечення її реалізації у кримінальному праві України. *Право України*. 2017. № 2. С. 59–67.
7. Баулін Ю.В. Верховенство права у кримінально-правовому вимірі. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/article/verhovenstvo-prava-u-kriminalno-pravovomu-vymiri-i60> (дата звернення: 14.12.2020).
8. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2016. 392 с.
9. Музика А.А. Деякі міркування про оновлення кримінального законодавства України: положення Загальної частини. *Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України: матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 17–19 жовт. 2019 р.* / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), А.П. Гетьман, Ю.В. Баулін та ін. Харків : Право, 2019. С. 154–160.
10. Легких К.В. Елементи принципу верховенства права у кримінальному праві: роль судді у тлумаченні та застосуванні. *Юридичний бюлетень*. 2019. Вип. 11. Ч. 2. С. 188–193.
11. Дудоров О., Письменський Є. Комплексне реформування кримінального законодавства України. Перший вагомий крок зроблено. *Юридичний вісник України*. 27 листопада – 3 грудня 2020 р., № 47.
12. Хім'як Ю.Б. Гармонізація кримінального права України з практикою Європейського суду з прав людини: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2011. 270 с.
13. Хиліук С.В. Lex stricta як складова принципу законності у кримінальному праві в інтерпретації Європейського суду з прав людини. *Часопис Академії адвокатури України*. 2014. Том 7. № 3. С. 92–103.
14. Туляков В.О. Кримінальне неправо. *Матеріали Міжнародної науково-практичної Інтернет-конференції «Актуальні проблеми кримінальної законотворчості та практики правозастосування» (Одеса, 27 грудня 2016 р.)* / відп. ред. В.О. Туляков. Одеса : Одеський університет «Одеська юридична академія», 2016. С. 91–95.

15. Мельник М., Різник С. Про межі конституційної юрисдикції та пряму дію норм Конституції України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2016. № 4–5. С. 149–159.
16. Шапченко С.Д. Принцип верховенства права і Кримінальний кодекс України 2001 року: деякі теоретичні, законодавчі та правозастосовні проблеми. *Законодавство України. Науково-практичні коментарі*. 2002. № 5. С. 85–92.
17. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ : ВД «Дакор», 2018. 1368 с.
18. Берзін П.С. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник: у 3-х т. Т. 1. Загальні засади. 2-ге вид., виправ. та доп. Київ : ВД «Дакор», 2019. 562 с.
19. Панов М. Принцип верховенства права та його реалізація в кримінальному регулюванні. *Юридичний вісник України*. 28 вересня – 4 жовтня 2018 р., № 39.
20. Книженко О.О. До питання про виключну правову проблему як одну з підстав для передачі кримінального провадження на розгляд Великої Палати Верховного Суду. *Доступ до правосуддя у контексті судової реформи: матеріали Загальнонаціонального юридичного форуму (м. Северодонецьк, 25 травня 2018 р.)*. Київ : Ваіте, 2018. С. 207–209.
21. Дудоров О. Зловживання впливом: проблеми кваліфікації (судова практика). *Юридичний вісник України*. 24–30 травня 2019 р., № 21.
22. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 3 червня 2020 р. у справі № 722/28/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89763057> (дата звернення: 14.12.2020).

Про перспективи законодавчого унормування провокаційної поведінки та її правових наслідків⁴

Проблема провокації злочину є чутливою, невіддільною від моральних-етичних засад життєдіяльності суспільства і знаходиться у світоглядній площині, передбачаючи пошук відповіді на вічне питання: чи здатна благородна мета виправдати будь-які засоби, що використовуються для її досягнення? Це – своєрідний камінь спотикання, що вже багато років турбує вітчизняних правників (і не лише їх).

Попри негативне ставлення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) до провокаційної поведінки правоохоронців, яка полягає у підбурюванні осіб до вчинення злочинів (а на цю обставину ми не можемо не зважати, з огляду на ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»), питання допустимості провокації як методу протидії, зокрема корупційним деліктам час від часу постає і в політикумі, і в професійному середовищі. Частково це пов'язується з ідеєю залучення до антикорупційної діяльності інститутів громадянського суспільства як чинник підвищення ефективності такої діяльності. В одному з інтерв'ю керівник НАБУ А. С. Ситник, не виключаючи легалізації провокації злочину, закликав провести широку фахову дискусію з тим, щоб з'ясувати, чого буде більше від запровадження такого кроку – шкоди або користі [1]. У світлі сказаного показовою є та обставина, що на сайті Робочої групи, яка займається розробленням проекту нового Кримінального кодексу України (newcriminalcode.org.ua) та яка сформулювала колективну позицію щодо неприпустимості провокаційної поведінки, зокрема з боку правоохоронців (про це йтиметься нижче), розміщено таку, що уособлює, так би мовити, альтернативну точку зору, й опубліковану ще у 1998 р. статтю одного з членів Робочої групи В. О. Навроцького із промовистою назвою «Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією». У програмних антикорупційних документах періодично згадується такий дотичний до провокації злочину і контроверсійний інститут, як перевірка на добросовісність.

При цьому розповсюдженість застосування методу провокації у сьогоднішній діяльності правоохоронних органів не є секретом – за майже цілковитої відсутності кримінально-правового реагування на таку неправомірну поведінку. Так, за інформацією Верховного Суду, протягом 2018–2019 рр. жодну особу не було засуджено за ст. 370 чинного КК України «Провокація підкупу» [2] Така ж ситуація спостерігалась і в минулі роки. Згадана кримінально-правова заборона (до слова такий собі радянський спадок) є «мертвою». Водночас у процесуальному сенсі наявність провокації злочину (у т. ч. підкупу) у кримінальних провадженнях судами (зокрема, Касаційним кримінальним судом Верховного Суду (далі – ККС ВС)) констатується нерідко. У кримінальних провадженнях, в яких проводилась негласна слідча (розшукова) дія (далі – НС(Р)Д) у вигляді контролю за вчиненням злочину, сторона захисту зазвичай заявляє про провокацію злочину, вчинену працівниками правоохоронних органів. «... у випадку, коли захист заявляє про провокацію злочину з боку правоохоронного органу або осіб, які діють за згодою і вказівками правоохоронного органу, суди повинні ретельно дослідити, чи не були дії особи, яка обвинувачується у вчиненні злочину, спровоковані» [3]. Встановлення під час судового розгляду факту провокації злочину тягне настання не кримінальної, а кримінальної процесуальної відповідальності (у вигляді неможливості використовувати здобуті у зазначений спосіб речі і документи) та, як наслідок, закриття кримінального провадження або винесення виправдувального вироку.

Різні кримінально-правові аспекти провокаційної поведінки плідно досліджувались такими вітчизняними науковцями, як О. І. Альошина, П. П. Андрушко, М. Г. Арманов, О. Ф. Бантишев, Т. С. Батраченко, В. В. Веретянников, В. О. Глушков, Ю. В. Гродецький, О. М. Грудзур, О. В. Зайцев, Д. В. Каменський, К. Ю. Карелов, О. О. Кваша, В. М. Киричко, М. І. Мельник, І. І. Митрофанов, В. В. Навроцька, В. О. Навроцький, Р. С. Орловський, М. І. Панов, Є. О. Письменський, М. А. Погорєцький, А. В. Савченко, О. Я. Светлов, А. А. Стрижевська, В. І. Тютюгін, О. В. Ус, Г. О. Усатий, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк, Н. М. Ярмиш та ін. Звертався до вказаної проблематики й автор цих

⁴ Стаття опублікована: Вісник Асоціації кримінального права України. 2020. № 2. С. 14–56.

рядків, з'ясовуючи з-поміж іншого юридичну природу провокації підкупу (і злочину загалом) та критерії її відмежування від правомірних заходів, спрямованих на викриття корупційних злочинів, а також формулюючи висновок про доцільність включення до розділу КК України «Злочини проти правосуддя» статті про відповідальність за провокацію злочину як універсального кримінально-правового засобу протидії провокаційній поведінці правоохоронців [4].

У контексті опрацювання проекту нового КК України (далі – проект; на момент підготовки цієї статті до друку документ датований 19 жовтня 2020 р.) актуалізується питання, чи потребує провокаційна поведінка (передусім, але не лише правоохоронців) спеціальної законодавчої регламентації, а якщо так, то яким має бути нормативне відбиття ознак такої поведінки і правових наслідків вчиненого як провокатором, так і спровокованою особою. Наскільки мені відомо, у вказаній частині проект фахівцями з кримінального права поки що поглиблено не вивчався. Не викликає жодних сумнівів те, що широке професійне обговорення проекту сприятиме покращенню його якості та поступовому вдосконаленню із втіленням найкращих світових практик публічно-правового нормотворення. При цьому треба бути свідомим того, що не до кінця продумані формулювання перспективного кримінального закону, які, зокрема, не повною мірою враховують специфіку протидії злочинності в умовах чинності Закону України «Про оперативну-розшукову діяльність» та КПК України, що регламентують здійснення одних і тих самих негласних заходів на різних етапах документування злочинної поведінки, можуть поставити у вкрай незручне становище оперативні підрозділи правоохоронних органів, звести їхню роботу щодо виявлення злочинів (особливо латентних) нанівець.

З урахуванням сказаного метою пропонованої статті є аналіз положень проекту, присвячених поведінці провокатора і спровокованого суб'єкта, та її правових наслідків, із наголосом на з'ясуванні того, наскільки Робочою групою взяті до уваги здобутки кримінально-правової доктрини, правові позиції ЄСПЛ і законодавство України про НС(Р)Д та інші негласні заходи, а також чи сприятиме втілене у проекті унормування зазначеної поведінки вирішенню правозастосовних проблем.

У ст. 2.5.3 проекту, розміщеній у розділі 2.5 «Співучасть у злочині. Причетність до злочину», зазначається, що: не є співучастю провокація злочину, тобто схилення особи до вчинення злочину з метою подальшого викриття цієї особи перед органами правопорядку (ч. 1); не визнається провокацією виявлення службовою особою органу правопорядку вже існуючого в особи наміру на вчинення певного злочину і надання їй можливості його вчинити під контролем органу правопорядку та в порядку, передбаченому КПК України (ч. 2); особа, яка спровокувала іншу особу до вчинення злочину, підлягає кримінальній відповідальності за підбурювання до злочину (ч. 3). Як бачимо, розробники проекту висловились за виокремлення фігури провокатора злочину, заперечуючи традиційний (панівний) і, до речі, частково втілений у чинному законодавстві (ст. 370 КК України, ч. 3 ст. 271 КПК України [5]) підхід, у межах якого діяльність провокатора визнається видом підбурювання до злочину.

Ще М. С. Таганцев писав, що особа, яка підмовляє іншого вчинити злочин для того, щоб захопити його в момент вчинення і передати правосуддю, вчиняє діяння, яке не лише є несумісним з уявленням про нормальні функції владних органів, а й містить усі ознаки поняття підбурювання до злочину [6]. Виступаючи проти спеціальної законодавчої регламентації поведінки провокатора та її кримінально-правових наслідків, А. Н. Трайнін зазначав, що агент-провокатор є звичайним підбурювачем, і його кримінальна відповідальність має визначатись загальними засадами відповідальності за співучасть у злочині. Інший підхід ґрунтується на неприпустимому змішуванні змісту поняття підбурювання та специфічного мотиву, притаманного провокації, який, однак, знаходиться поза межами вказаного поняття [7].

Із ч. 4 ст. 27 чинного КК України випливає, що підбурювач може діяти, керуючись різними мотивами і переслідуючи різні цілі; як одна з них, вочевидь, може виступати викриття злочинця. Бажання провокатора спрямоване на досягнення спільного злочинного результату, але з метою, відмінною від інших співучасників. Кримінальний закон нічого не говорить про спільність мотивів, які спонукали підбурювача і виконавця взяти участь у вчиненні злочину. Узагальнюючи відповідні теоретичні міркування, Р. С. Орловський стверджує, що «жодних обґрунтованих доводів щодо

необхідності виокремлення провокатора як окремого виду співучасника в юридичній науці надано не було» [8].

Так, провокація підкупу розглядається наразі законодавцем саме і тільки як спеціальний вид підбурювання до вчинення певного злочину (-ів). Особливістю підбурювання, караного за ст. 370 КК України, є специфічна, конкретизована мета – викриття того, хто пропонував, обіцяв неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. Оскільки «дії з підбурювання включені до об'єктивної сторони складу злочину «провокація підкупу», підбурювач є виконавцем злочину, передбаченого ст. 370 КК... якщо вилучити з КК України ст. 370, відповідальність службових осіб за провокацію підкупу не лише не виключається, а, навпаки, може стати більш суворою. Вони відповідатимуть як співучасники – підбурювачі до корупційних злочинів...» [9].

У кримінально-правовій науці, однак, зустрічаються й альтернативні підходи, згідно з якими провокацію не слід (або не завжди слід) ототожнювати з підбурюванням до вчинення злочину (О. О. Кваша, І. І. Митрофанов та ін.). Йдеться, зокрема, про те, що: 1) провокація злочину – це відмінна від підбурювання одностороння діяльність винного, спрямована на моделювання такої поведінки іншої особи, яка мала б всі зовнішні ознаки злочину, з певною метою. Дії провокатора і спровокованого спрямовані на досягнення не єдиного, а зовсім різних (діаметрально протилежних) результатів, вони не можуть вважатись узгодженими, спільними; 2) правова природа підбурювання до злочину і провокації злочину не є тотожною, а провокація злочину – це більш широке поняття, ніж підбурювання до вчинення конкретного злочину.

За такого різноманіття доктринальних підходів не дивує та обставина, що в проєкті знайшов втілення своєрідний компромісний концепт провокації злочину. Звісно, за бажання Робочій групі можна закидати невизначеність щодо правової природи провокації злочину, а між ч. 1 і ч. 3 ст. 2.5.3 проєкту констатувати неузгодженість: з одного боку, провокація не визнається співучастю у злочині (і це кореспондується з її визначенням, наведеним у ст. 2.5.1 проєкту); з іншого, провокатор *de facto* називається підбурювачем, а визначення підбурювача (ч. 4 ст. 2.5.2 проєкту) охоплює і провокатора. Однак Робоча група чітко фіксує свою (небезспірну, але прийнятну, зокрема з практичної точки зору) позицію, використовуючи у цьому випадку прийом юридичної фікції, як це, до речі, робить і законодавець окремих зарубіжних країн (наприклад, ст. 24 КК Польщі, ст. 18 КК Іспанії). Таке цілком задовільне пояснення під час роботи Міжнародної наукової конференції «Реформування кримінального законодавства України: сучасність та майбутнє» (м. Харків, 22–23 жовтня 2020 р.) надала учасниця Робочої групи Н. О. Гуророва, презентуючи відповідний розділ проєкту.

Щоправда, положення, наведені в ч. 1 і ч. 3 ст. 2.5.3 проєкту, не враховують ту обставину, що при провокації злочину не виключається такий вплив на особу, який не охоплюється кримінально-правовим поняттям підбурювання до злочину. Адже, як слушно зазначається в юридичній літературі, провокувати на вчинення злочину можна і шляхом впливу не безпосередньо на особу, а на об'єктивну дійсність, завідомо створюючи обстановку та умови, які викликають вчинення злочину (залишити гроші в кабінеті службової особи, підкинути наркотики або зброю тощо) [10]. Натомість притаманне підбурюванню схилення іншого до вчинення злочину полягає у впливі на психіку особи, в результаті чого та свідомо обирає певний варіант своєї поведінки. Тут доречно пригадати запропоновану О. І. Альшиною класифікацію способів провокації злочину залежно від впливу на свідомість та волю спровокованої особи: 1) способи провокації, пов'язані з виконанням провокатором певної ролі співучасника (провокація шляхом організації або підбурювання); 2) способи провокації, не пов'язані з виконанням провокатором певної ролі співучасника, зокрема вчинення інформаційних дій, що створюють обстановку, яка викликає намір вчинити злочин (така провокація може вчинюватися за допомогою словесної форми передачі інформації, а також шляхом вчинення конклюдентних (смыслових) дій) [11].

Наприклад, за чинною редакцією ст. 370 КК України не може кваліфікуватись такий вплив, як створення штучних перешкод і труднощів, спрямованих на породження в особи переконання в тому, що питання, у вирішенні яких вона зацікавлена, можуть бути розв'язані тільки шляхом підкупу. Має рацію О. В. Ус, яка пише, що для караної за ст. 370 КК провокації «характерна наявність двостороннього суб'єктивного зв'язку між провокатором і особою, яку він провокує, тобто

така особа повинна усвідомлювати, що намір (бажання, рішучість) на вчинення одного з наведених діянь у неї намагається викликати саме провокатор підкупу. У зв'язку з цим таємна провокація виключається» [12]. Цікаво, що ті різновиди провокаційної поведінки, які через відсутність згаданого зв'язку або інші причини не визнаються підбурюванням, утворювали склад злочину, передбаченого попередньою редакцією ст. 370 КК України. Питання, чи декриміналізовані (а якщо так, то чи обґрунтовано) випадки «завульованої» провокації підкупу, відмінної від співучасті у злочині, як і питання про визнання наразі обману способом провокації підкупу, науковцями вирішуються суперечливо.

Зі сказаного вище випливає, що ст. 2.5.3 проекту, навряд чи охоплюючи відмінну від підбурювання провокацію злочину, може стати частково прогальною. У зв'язку з цим відповідна дефініція потребує вдосконалення; як варіант вона може бути доповнена альтернативною вказівкою на створення особою обстановки, що викликає вчинення іншою особою злочину. Більш вдалим, ніж відображений у проекті (хоч так само небездоганним), видається і варіант визначення провокації злочину як умисного залучення особи до вчинення злочину з метою її подальшого викриття [13]. У будь-якому разі поняття провокації злочину Робочій групі варто спробувати визначити чіткіше (повніше) задля уникнення можливих проблем у правозастосуванні.

До слова втілена у проекті ідея прирівнювання кримінальної відповідальності провокатора до відповідальності підбурювача не дозволяє не помічати проблему добровільної відмови провокатора злочину. В юридичній літературі слушно зазначається, що передбачені ч. 2 ст. 31 КК України дії у вигляді відвернення вчинення злочину або своєчасного повідомлення про злочин можуть виступати засобом досягнення провокаційної мети. Задля подолання такої несправедливості висувуються певною мірою альтернативні пропозиції. Йдеться про доповнення ст. 31 чинного КК одним із таких положень: не визнається добровільною відмовою організатора або підбурювача відвернення вчинення злочину або своєчасне повідомлення ними відповідних державних органів про злочин, що готується або вчиняється, якщо у такий спосіб зазначені особи намагалися, зокрема, досягнути провокаційної мети викриття іншого співучасника [14]; добровільна відмова провокатора злочину може бути здійснена лише шляхом схвалення спровокованого ним співучасника злочину до добровільної відмови від вчинення злочину [15]. Ознайомлення зі ст. 2.4.5 проекту «Добровільна відмова при незакінченому злочині, вчиненому у співучасті» показує, що ця стаття подібних конструктивних положень не містить, а отже, і в цій частині аналізований документ потребує доопрацювання.

Положення, наведене в ч. 3 ст. 2.5.3 проекту: 1) термінологічно не узгоджується з п. «б» ч. 4 його ст. 2.3.9, бо, судячи з цієї норми (розглядатиметься нижче), діяння спровокованої особи, передбачене Книгою 7, не є злочином; 2) не бере до уваги ту обставину, що поведінка провокатора може розцінюватись як дії не лише підбурювача, а й організатора. «Якщо провокаційну діяльність розглядати в межах інституту співучасті у злочині, можна зробити висновок, що така діяльність може охоплюватися двома видами співучасті – підбурюванням або організацією злочину... У разі, коли провокація злочину здійснюється шляхом організації або підбурювання до злочину, провокатор підлягає відповідальності за співучасть у злочині відповідно до статей 29–31 цього Кодексу» [16]. Наприклад, співробітники правоохоронних органів, які при вчиненні провокації підкупу використовують підбурювача, можуть розглядатись і як організатори спровокованого злочину, оскільки вони керують підготовкою цього підбурювача, дають йому настанови, складають план відповідних заходів тощо.

Однією з ключових ознак кримінально-правового поняття провокації злочину є мета, яку ставить перед собою провокатор. Судячи з ч. 1 і ч. 3 ст. 2.5.3 проекту, провокатором може бути і не правоохоронець. Більше того: сформульоване Робочою групою визначення провокації злочину, яке вказує на мету «подальшого викриття цієї особи *перед органами правопорядку*», наводить на думку про те, що цим визначенням не охоплюється (!) провокаційна діяльність співробітників органів правопорядку. Виходжу з того, що прагнути викрити суб'єкта перед такими органами можуть лише ті особи, які самі не уособлюють органи правопорядку. З цієї ж причини складно погодитись із пропозицією закріпити як мету провокації злочину видачу спровокованої особи органам влади [17].

Закріплення як мети провокації злочину «заподіяння матеріальної та нематеріальної шкоди спровокованій особі» [18], на мою думку, не дозволить підкреслити специфіку провокаційної поведінки. Вдалішим (стосовно правоохоронців) видається позначення мети їхньої провокаційної поведінки як *створення у подальшому вигляду викриття* спровокованої особи [19].

З урахуванням широкого суб'єктного складу провокації злочину її мету, на перший погляд, можна визначити альтернативно – як викриття спровокованої особи або створення штучних доказів вчинення нею злочину, проте такий варіант вважаю не зовсім вдалим: поняття викриття і створення штучних доказів обвинувачення частково перехреснюються. Найпростіший (щоб не сказати – примітивний) шлях розв'язання позначеної проблеми полягає у виключенні з ч. 1 ст. 2.5.3 проєкту слів «перед органами правопорядку». Не відкидаю (за прикладом ст. 145 КК Грузії) і закріплення як мети провокації злочину: 1) притягнення спровокованої особи до кримінальної відповідальності (тим більше, що у п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК України йдеться саме про притягнення до кримінальної відповідальності) або 2) (з урахуванням наскрізного використання в проєкті іншого терміну для позначення кримінально-правових наслідків вчиненого злочину) застосування до спровокованої особи кримінально-правових засобів.

Робоча група мала дати (і дала) відповідь також на питання, чи доцільно обмежувати нормативну регламентацію провокаційної поведінки та її правових наслідків лише Загальною частиною КК України. Один із підходів до вирішення цього питання полягає в тому, що поведінка провокатора злочину повністю охоплюється підбурюванням для вчинення злочину, а тому немає сенсу у створенні складу злочину, який би передбачав відповідальність за провокацію злочину в Особливій частині КК України. Такі зміни, пише Р. С. Орловський, підірватимуть можливості інституту співучасті у забезпеченні наскрізного кримінально-правового регулювання [20]. Ознайомлення з проєктом, включаючи його «пілотний» розділ 7.4 «Злочини проти правосуддя», показує, що в ньому втілено саме такий підхід (із тією лише поправкою, що провокатор формально не визнається підбурювачем, хоч і відповідатиме за скоєне як він).

До наведеного підходу, однак, є підстави поставитись критично, виходячи з того, що: 1) насправді провокаційна поведінка повністю не охоплюється поняттям підбурювання до вчинення злочину (про це йшлося вище); 2) кваліфікація провокаційної поведінки правоохоронців як підбурювання до певного злочину не повною мірою враховуватиме її антисуспільну спрямованість; 3) кримінальний закон має виконувати з-поміж іншого превентивну функцію. Як слушно зазначає Д. В. Каменський, запровадження спеціальної норми про відповідальність за «правоохоронну» провокацію в межах розділу КК України, присвяченого злочинам проти правосуддя, стане чітким нормативним сигналом про принципову недопустимість і, навіть більше, кримінальну караність «штучного» режиму поміщення ідеї вчинити злочин у свідомість заздалегідь невинної особи [21].

У будь-якому разі нелогічним є виокремлення в чинному КК України як складу злочину лише провокації підкупу – без встановлення для службових осіб правоохоронних органів спеціальної кримінальної відповідальності за провокацію інших злочинів. Адже недоброчесні службові особи, зокрема співробітники слідчих та оперативних підрозділів можуть провокувати осіб на вчинення різних злочинів, а не тільки тих, які охоплюються поняттям підкупу. З цього приводу В. В. Навроцька пише, що провокаційні дії завдають шкоди і встановленому порядку здійснення службовими особами своїх повноважень щодо реалізації мети і завдань правосуддя. Розвиваючи пропозицію О. І. Альошиної, дослідниця виступає за доповнення розділу XVIII Особливої частини КК України статтею 383¹, диспозиція ч. 1 якої могла б бути викладена в такій редакції: «Завідоме створення службовою особою правоохоронних органів обстановки, що викликає вчинення іншою особою діяння, забороненого цим Кодексом» [22]. Загалом підтримуючи таку пропозицію, водночас зауважу, що за викладеного підходу поза відповідною диспозицією може залишитись основна (підбурювальна) складова провокації злочину.

Подібним чином розмірковує О. О. Кваша, вказуючи на те, що негативні наслідки для спровокованої особи настають у результаті повідомлення їй про підозру у вчиненні злочину й постановлення обвинувального вироку судом. Тому у випадку спровокованого злочину шкода заподіюється порядку здійснення правосуддя. Провокацію, на думку дослідниці, слід визначати як умисні дії особи, спрямовані на виникнення бажання в іншої особи на вчинення злочину, з метою її подальшого викриття, дискредитації, вимагання чи створення штучних доказів обвинувачен-

ня. Склад цього злочину слід розмістити в розділі XVIII Особливої частини КК «Злочини проти правосуддя» [23]. Складно зрозуміти, яким чином такі цілі, як дискредитація і вимагання, «впливатимуться» у родовий об'єкт злочинів проти правосуддя (яким чином ці негативні наслідки наставатимуть для спровокованої особи саме за вироком суду, як пише авторка). До того ж цілі викриття і створення штучних доказів обвинувачення частково є синонімічними.

З урахуванням сказаного вважаю, що при доопрацюванні розділу 7.4 проекту «Злочини проти правосуддя» не завадило б повернутись до питання про доцільність включення до нього статті про провокацію злочину, розрахованої на службових осіб органів правопорядку. Ще й таке: навіть за негативної відповіді на зазначене питання напрацювання кримінально-правової доктрини в частині формулювання «правоохоронної» провокації як окремого складу злочину проти правосуддя могли б стати у нагоді при вдосконаленні ст. 2.5.3 проекту «Провокація злочину».

Ч. 2 цієї статті уособлює схвальне бажання Робочої групи закріпити (конкретизувати) у кримінально-правовому сенсі ознаки правомірної поведінки правоохоронців, яка не є провокаційною. За слушним висловлюванням О. Б. Сибалю, чинному КК України притаманна прогалина у частині вказівки на передбачену ст. 271 КПК України правомірну поведінку працівників правоохоронних органів, а також осіб, які залучаються до контролю за вчиненням злочину на конфіденційних засадах, як на обставину, що виключає злочинність діяння таких осіб [24]. На користь доцільності законодавчого унормування дій правоохоронців, відмінних від провокації злочину і спрямованих на викриття злочинів, вказує, серед іншого, те, що деякі дослідники при оцінці правозастосовних реалій допускають некоректні висловлювання, які взагалі заперечують правомірність проведення НС(Р)Д.

Так, О. В. Баганець безапеляційно заявляє, що «проведення будь-яких НСРД, спрямованих на документування неправомірної вигоди з метою викриття корумпованих посадовців, є провокацією» [25]. Прозоро натякаючи на наявність провокації злочину у конкретній резонансній справі, згаданий автор пише, що якби керівник САП, якому запропонували неправомірну вигоду, категорично відкинув таку пропозицію і припинив контакти з відповідними суб'єктами, то і злочину не сталося б [26]. Уточню, що пропозиція неправомірної вигоди утворює склад закінченого злочину, передбаченого відповідною частиною ст. 369 КК України. До того ж у розглядуваній ситуації підстава проведення контролю за вчиненням злочину (у вигляді спеціального слідчого експерименту) як НС(Р)Д мала місце, а законодавчу заборону щодо провокування особи на вчинення злочину з метою її подальшого викриття, на мій погляд, порушено не було. Твердження ж О. В. Баганця про визнання будь-якої НС(Р)Д провокацією злочину не може бути оцінене інакше як відвертий треш, що не ґрунтується ні на чинному законодавстві [27], ні на концепції «поліцейської провокації», виробленої ЄСПЛ, ні на правових позиціях ККС ВС. «У правозастосовній діяльності правоохоронних органів слід відрізнити правомірний контроль за вчиненням злочину як ефективний негласний засіб негласного розслідування від провокації – незаконної дії» [28].

Ч. 2 ст. 2.5.3 проекту містить ключове в аспекті вказаного розмежування положення – про невизнання провокацією злочину виявлення уповноваженим суб'єктом держави вже існуючого в особи наміру вчинити певний злочин. Однак чи не доречніше у цьому випадку говорити про встановлення правоохоронцем не просто існуючого, а саме виявленого наміру вчинити злочин? Адже виявлення наміру тим чи іншим способом (усно, письмово, за допомогою конклюдентних дій тощо) є кроком вперед порівняно з внутрішнім психічним процесом – формуванням (існуванням) наміру.

Зазначу, що і без спеціальної регламентації, запропонованої у ч. 2 ст. 2.5.3 проекту, доктрина і практика (маю на увазі передусім ККС ВС), керуючись з-поміж іншого правовими позиціями ЄСПЛ (рішення у справах: «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 р.; «Калабро проти Італії» від 21 березня 2002 р.; «Г.А. Ваньян проти Російської Федерації» від 15 грудня 2005 р.; «Худобін проти Росії» від 26 жовтня 2006 р.; «Раманаускас проти Литви» від 5 лютого 2008 р.; «Мілінієне проти Литви» від 24 червня 2008 р.; «Банніков проти Росії» від 4 листопада 2010 р.; «Носко і Нефедов проти Росії» від 30 жовтня 2014 р.; «Матановіч проти Хорватії» від 4 квітня 2017 р.; «Чохонелідзе про Грузії» від 28 червня 2018 р. тощо), виробили підхід, відповідно до якого, якщо при провокації винний сам викликає в іншій особі намір вчинити злочин з метою її викриття, то при проведенні правомірних заходів під контроль беруться вже наявні процеси,

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

пов'язані з посяганням на об'єкт кримінально-правової охорони. Вважається, що такі заходи не ініціюють злочинну поведінку особи, а втручаються в уже наявну реалізацію злочинного наміру, засвідчуючи при цьому події та факти.

Тому не визнаються, наприклад, провокацією підкупу дії, вчинені з метою викриття того, хто вчиняє одержання неправомірної вигоди, коли ця особа вимагає неправомірну вигоду, а інша особа для викриття вимагача погоджується на задоволення цієї вимоги, а далі, вже з відома правоохоронних органів, передає неправомірну вигоду [29]. Водночас не можуть розцінюватись як правомірні вчинені під час контролю за злочинною пропозицією чи обіцянка неправомірної вигоди, оскільки такі дії ініціюють подальшу злочинну поведінку службової особи у формі прийняття такої пропозиції чи обіцянки [30]. Для виключення кваліфікації дій працівників правоохоронних органів за ст. 370 КК України необхідним є підтвердження факту пропозиції, обіцянки, прийняття пропозиції чи обіцянки або вимагання неправомірної вигоди, не зумовленого їхніми діями [31].

Звернемось до матеріалів судової практики.

Підтверджуючи правильність засудження за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190 КК України начальника відділу місцевих податків і зборів, плати за землю управління оподаткування та контролю об'єктів і операцій ДПІ у Деснянському районі Головного управління Міндоходів у м. Києві Особи-1, ККС ВС констатував відсутність провокації злочину. Адже Особа-1 вчинила активні дії, спрямовані на заволодіння коштами, ініціювала їх передачу та визначила конкретну суму, яку бажала отримати; після покладення на стіл доларів США в обумовленому розмірі вона не відмовилась від свого наміру, навпаки, запевнила нібито в позитивному вирішенні питання і, лише усвідомивши, що її викрито, намагалась позбутися грошей. Зокрема, переглянувши наявні у справі відеозаписи НС(Р)Д, суд установив, що на них зафіксовано не тільки пропозицію з боку Особи-1 до Особи-3 сплатити 2500 дол. США за підтримку податковою інспекцією ТОВ «Бур'ян» та неанулювання свідоцтва платника ПДВ, а й міркування Особи-1 про привабливість цього варіанта через значно дорожче (10 тис. дол. США) вирішення питання з податковою поліцією [32].

Навіть якщо особа виявляє намір вчинити певний злочин, це не виключає провокацію щодо іншого злочину, який не охоплювався виявленим наміром підозрюваної особи, якщо обставини справи свідчать про те, що умисел на вчинення іншого злочину з'явився у підозрюваного внаслідок підбурювання з боку правоохоронного органу [33].

Проблема провокаційної поведінки правоохоронців невідривно пов'язана з нормативно-правовим регулюванням проведення оперативно-розшукових заходів і НС(Р)Д, у зв'язку з чим відсилка в ч. 2 ст. 2.5.3 проекту до порядку, передбаченого КПК України, на перший погляд, виглядає логічною. Тим більше, що ч. 3 ст. 271 цього Кодексу в унісон наведеному вище підходу забороняє під час підготовки та проведення такої НС(Р)Д, як контроль за вчиненням злочину, провокувати (підбурювати) особу на вчинення злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона не вчинила б, якби слідчий, співробітник уповноваженого оперативного підрозділу та інші не сприяли цьому. Називаючи діяльність правоохоронців із проведення правового експерименту і провокаційну діяльність, що зумовлює вчинення злочину, взаємовиключними поняттями, В. В. Навроцька слушно зазначає, що проведення правового експерименту не повинне впливати на свідомість ймовірного злочинця, щодо якого здійснюється перевірка, обумовлювати його поведінку. У протилежному випадку матиме місце підбурювання до вчинення злочину, що ігнорує завдання правоохоронних органів [34].

В одному з проваджень, спростовуючи доводи захисника про провокацію злочину з боку правоохоронних органів, ККС ВС зазначив, що перевіркою матеріалів кримінального провадження щодо Особи-1, засудженої за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 307, ч. 2 ст. 309 КК України, встановлено, що органи досудового розслідування діяли у пасивний спосіб і не підбурювали засудженого до вчинення злочину. Отже, такі дії не призвели до підбурювання – через призму прецедентної практики ЄСПЛ стосовно ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. В обґрунтування своєї позиції ККС ВС звернувся до рішень ЄСПЛ, якими визначені такі критерії встановлення наявності провокації злочину: чи були дії правоохоронних органів активними; чи мало місце з їхнього боку спонукання особи до вчинення злочину, наприклад, прояв ініціативи у контактах з особою, повторні пропозиції, незважаючи на початкову відмову особи, наполегливі нагадування, підвищення ціни вище середньої; чи був би скоєний злочин без

втручання правоохоронних органів; вагомість причин проведення оперативної закупівлі, чи були у правоохоронних органів об'єктивні дані про те, що особа була втягнута у злочинну діяльність, а ймовірність вчинення нею злочину була суттєвою [35].

В іншій справі ККС ВС, перевіряючи доводи скарги захисника особи, засудженої за ч. 1 ст. 190, ч. 2 ст. 27, ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 369 КК України, щодо наявності провокації злочину, зробив висновок про те, що такий факт не знайшов свого підтвердження у матеріалах кримінального провадження. Навпаки, як убачається з показань засудженого та потерпілого, саме засуджений зателефонував потерпілому і вказав, яку суму неправомірної вигоди йому потрібно сплатити для отримання наказів щодо надання дозволу на оформлення проектів відводу двох земельних ділянок, а надалі при зустрічі повідомив, що вказані гроші необхідно сплатити керівнику Головного управління «Держгеокадастру» у Вінницькій області, тобто схилив до передачі йому грошей. При цьому ККС ВС традиційно послався на відповідні рішення ЄСПЛ, який для відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів виробив змістовний і процесуальний критерії. Під змістовним критерієм розуміється наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів, а під процесуальним – наявність у суду можливості перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання з дотриманням принципів змагальності та рівності сторін [36].

Стає зрозумілим, що, за великим рахунком, у ч. 2 ст. 2.5.3 проекту якогось прироцування нової практично значимої інформації немає.

Далі. Наведене у цій нормі проекту положення про надання особі можливості вчинити злочин під контролем органу правопорядку сприймається неоднозначно. З одного боку, воно явно перегукується з позицією ЄСПЛ щодо правомірності саме і тільки *пасивного розслідування* злочину (інакше матиме місце підбурювання до злочину, а отже, провокація). ЄСПЛ, як вже зазначалось, відкидає будь-яку поведінку, яку можна тлумачити як спонукання до вчинення злочину, включаючи ініціативу в контакт із заявником, повторення пропозиції після відмови, обіцянку фінансової допомоги, заклик до співчуття. З іншого боку, формулювання, яке міститься в ч. 2 ст. 2.5.3 проекту (таке собі пасивне спостереження), навряд чи адекватно відображає те, що фактично відбувається під час проведення контролю над вчиненням злочину як НС(Р)Д.

Так, О. Б. Сибаль у цьому контексті пише, зокрема, про: організацію діяння, вчиненого особою, яка конфіденційно співпрацює з правоохоронним органом (розроблюється план дій такої особи, їй надаються вказівки, забезпечується її прикриття тощо); підбурювання до вчинення діяння особою, яка конфіденційно співпрацює з правоохоронним органом (наприклад, слідчий переконує особу, яка заявила про злочин, у необхідності її участі у контролі за вчиненням злочину задля викриття злочинця); пособництво у діянні, вчиненому особою, яка конфіденційно співпрацює з правоохоронним органом (під час контролю за вчиненням злочину така особа отримує від правоохоронців поради вказівки і поради, їй можуть надаватись заздалегідь ідентифіковані або імітаційні предмети (гроші, зброя, наркотики тощо); імітування обстановки злочину у вигляді вибухів, підпалів, викрадення людини, заволодіння транспортним засобом тощо [37]. В. М. Трепак веде мову про комплекс дій, вчинюваних у межах тактичної операції «затримання на гарячому» [38], а білоруські дослідники В. М. Хомич та І. І. Бранчель, розкриваючи кримінально-правові аспекти відмінного від провокації злочину оперативного експерименту, вказують на активний характер оперативних заходів, спрямованих на виявлення і припинення корупції, на стимулювання виявленої, але поки що не підтвердженої активності суб'єкта [39].

Спеціальний слідчий експеримент (одна з форм контролю за вчиненням злочину) полягає у створенні слідчим та оперативним підрозділом відповідних умов в обстановці, максимально наближеній до реальної, з метою перевірки дійсних намірів певної особи, у діях якої вбачаються ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішень щодо вчинення злочину (пп. 1.12.14 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затв. наказом Генеральної прокуратури України, МВС України, СБУ, Адміністрації ДПС України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5). Контроль за вчиненням злочину полягає у системі дій суб'єктів досудового розслідування, направлених на перевірку інформації про підготовку окремими особами до вчи-

нення тяжкого та особливо тяжкого злочину, а також безпосередню участь у вчиненні окремих протиправних дій, зокрема з метою мінімізації чи відвернення суспільно небезпечних наслідків їх вчинення [40].

Відтак, якщо і залишати в статті проєкту «Провокація злочину» окрему частину, присвячену правомірній поведінці правоохоронців, то замість надання особі можливості вчинити злочин під їхнім контролем варто вказати на створення службовою особою органу правопорядку обстановки, потрібної для реалізації виявленого наміру особи вчинити певний злочин (або використати інше подібне (узагальнене) формулювання, яке дозволить охопити й активності, що становлять зміст інших форм контролю за вчиненням злочину, – контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, імітування обстановки злочину).

Те, що в ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту фігурує службова особа органу правопорядку, є зрозумілим з огляду як на зміст глави 21 КПК України «Негласні слідчі (розшукові) дії», так і на згадану практику ЄСПЛ. Водночас слід мати на увазі те, що дії, вказані у цій нормі, за дорученням зазначеної службової особи може вчиняти той, хто залучений до контролю за вчиненням злочину на засадах конфіденційного співробітництва. Це може бути, наприклад, особа, якій надійшла пропозиція незаконно придбати чи збути зброю або наркотики, створити порнографічний сайт або встановити на комп'ютер неліцензійне програмне забезпечення, надати чи одержати неправомірну вигоду. Ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту, на мою думку, не створюватиме перешкод для залучення осіб, які конфіденційно співпрацюють з правоохоронцями у викритті злочинів.

Так само навряд чи буде поставлена поза законом (кримінальним) регламентована, зокрема, Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» практика проведення оперативних експериментів із використанням об'єктів-пасток (приманок), тобто спеціально підготовлених і контрольованих оперативними підрозділами об'єктів посягань (автомобілів, квартир, валіз тощо), які розміщуються у місцях ймовірного вчинення злочинів. Така правомірна поведінка правоохоронців, врегульована відмінними від КПК України нормативно-правовими актами, як і поведінка, зазначена в ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту, не є наразі (і не визнаватиметься за новим КК України) провокацією злочину. Тому ця норма проєкту (якщо вже рухатись шляхом перерахування різновидів правомірної поведінки «агентів держави», дотичної до провокації злочину) може бути доповнена (розвинута) за рахунок вказівки на оперативно-розшукові заходи, здійснювані до кримінального провадження і врегульовані оперативно-розшуковим законодавством, а не КПК України.

Викладеним резерви вдосконалення ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту не вичерпуються. Так, окремими дослідниками висувається «перспективна» пропозиція доповнити ст. 370 КК України приміткою, яка, серед іншого, передбачатиме, що не вважається провокацією проведення в порядку, передбаченому законом, перевірки на добросовісність особи – суб'єкта відповідальності за корупційні злочини [41]. Доцільність включення подібного положення до ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту залежить від того, чи буде в Україні врешті-решт запроваджено дотичний до провокації злочину інститут перевірки на добросовісність осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, як це передбачає, наприклад, п. 2.1.5 розробленого НАЗК проєкту Антикорупційної стратегії на 2020–2024 рр.

До слова згадане в ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту вчинення злочину під контролем органу правопорядку може тлумачитись не зовсім як «контроль за вчиненням злочину» у сенсі КПК України. Різність формулювань сприятиме «творчості» адвокатів, які будуть вказувати на активну діяльність органів правопорядку з контролем за вчиненням злочину, а отже, на нібито вчинення ними провокації злочину. З іншого боку, постає питання, чи варто у матеріально-правовій нормі, присвяченій відмежуванню кримінально караній провокації злочину від правомірної поведінки службових осіб органів правопорядку, спрямованої на викриття злочинів, «прив'язуватись» до порядку, передбаченого КПК України? Чи універсальним за такого підходу буде правило, закріплене в ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту? Тим більше, що згідно з ч. 3 ст. 271 КПК України така НС(Р)Д, як контроль за вчиненням злочину, допускається лише стосовно тяжких та особливо тяжких злочинів, а наявне кримінально процесуальне регулювання НС(Р)Д не відзначається досконалістю.

Уявимо ситуацію: службова особа органу правопорядку здійснює виявлення вже існуючого в особи та вираженого зовні наміру на вчинення певного злочину і надає їй можливість його вчинити, але це відбувається з порушенням порядку, закріпленого кримінальним процесуальним

законом (наприклад, у частині підготовки та оформлення документів, які стосуються проведення НС(Р)Д; контроль за вчиненням злочину здійснюється до винесення процесуального рішення (постанови прокурора) або після закінчення визначеного у цьому документі строку проведення такої НС(Р)Д; відсутність у матеріалах кримінального провадження письмової згоди особи на конфіденційне співробітництво з органом досудового розслідування; до співробітництва на конфіденційних засадах залучено осіб, яким це заборонено КПК України) [42]. Така неправомірна поведінка правоохоронця навряд чи буде провокацією (бо тут він виявив відповідний намір, а не викликав, не породив його), хоч ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту (за її незмінності) допускати й інше тлумачення.

Із таких саме міркувань критично оцінюю пропозицію включити в статтю кримінального закону, присвячену провокації злочину, положення про те, що не визнається провокацією оперативний експеримент, якщо є законні підстави для проведення останнього, а його підготовка і результати оформлені належним чином [43]. Крім цього, з огляду на предмет відання матеріального кримінального права, місце наведеному очевидно-декларативному припису – мабуть, не в КК.

Завершуючи висвітлення питання про дотичну до провокації правомірну поведінку правоохоронців, спрямовану на викриття злочинів, відзначу, що Робочій групі варто задуматись над переведенням вирішення цього питання у площину обставин, що виключають протиправність діяння. Так, аргументованою і загалом конструктивною виглядає пропозиція О. Б. Сибалія щодо закріплення як нової (самостійної) такої обставини контролю за вчиненням злочину і визначення умов її (обставини) правомірності в КК України [44]. Перевага цієї пропозиції (порівняно з вельми абстрактно сформульованою ст. 2.7.9 проєкту «Виконання професійних або службових обов'язків») вбачається в її конкретизованості. За сприйняття такого варіанту поліпшення проєкту ч. 2 його ст. 2.5.3 слід буде позбутись, а включену до глави 2.7 проєкту статтю про нову обставину, що виключає протиправність діяння, доопрацювати з урахуванням зроблених вище застережень, а також узгодивши її зміст із ст. 2.7.12 проєкту «Виконання спеціального завдання із запобігання чи розкриття злочинів організованої групи».

Далі розглянемо, яким чином в аналізованому документі пропонується фіксувати правові наслідки провокації злочину, що наставатимуть для спровокованої особи.

У ч. 4 ст. 2.3.9 проєкту (назва статті – «Юридична помилка») зазначається, що кримінально-правові засоби не застосовуються, зокрема, у випадку вчинення особою діяння, передбаченого Книгою 7 цього Кодексу, внаслідок провокації з боку службової особи органу правопорядку. Для порівняння: у ч. 4 первісної (станом на 10 серпня 2020 р.) версії проєкту його ст. 2.5.3 містилось таке формулювання: «Вчинення злочину внаслідок провокації злочину з боку працівника органу правопорядку звільняє від кримінальної відповідальності, крім випадків вчинення злочину, яким заподіяна шкода потерпілому».

Книга 7 проєкту, до якої відсилає п. «б» ч. 4 ст. 2.3.9 проєкту, має назву «Злочини проти держави». Поки що складно сказати, чи визнаватимуться посяганнями на державу, наприклад, корупційні злочини у приватній сфері, а так само корупційні злочини осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (чи будуть відповідні заборони розміщені у підрозділі 7.6 проєкту «Злочини проти публічної служби»), – при тому, що і зазначені корупційні діяння можуть бути спровоковані (і провокуються) правоохоронцями. Вже зі сказаного зрозуміло, що до уточнення кола посягань, вчинення яких внаслідок провокації з боку службових осіб органів правопорядку виключатиме застосування кримінально-правових засобів, при доопрацюванні проєкту варто буде повернутись.

Оскільки Робоча група відмовляється від інституту звільнення від кримінальної відповідальності і як наскрізне використовує поняття кримінально-правових засобів, вказівка на незастосування останніх щодо спровокованої правоохоронцем особи, яка вчинила посягання на державу, виглядає зрозумілою. Схвальним є і прагнення підвести під кримінальну безкарність спровокованої поведінки (щоправда, лише у певній частині) матеріально-правове підґрунтя.

З правових позицій ЄСПЛ, сукупність яких утворює концепцію «поліцейської провокації», впливає що провокаційна поведінка правоохоронців є порушенням права особи на справедливий судовий розгляд, закріпленого в ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основополож-

них свобод, у зв'язку з чим ця поведінка визнається неприпустимою. Усталена позиція ЄСПЛ полягає в тому, що суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті підбурювання з боку поліції, оскільки такі докази з самого початку піддали б обвинуваченого ризику непоправного позбавлення права на справедливий розгляд. Причому вимога належного здійснення правосуддя підлягає реалізації щодо всіх злочинів – від найбільш очевидних до найскладніших. Вважається, що застосування особливих методів ведення слідства (зокрема, агентурних) саме по собі не може порушувати право особи на справедливий суд; для застосування цих методів мають бути докази на підтвердження схильності особи до вчинення злочину.

Відтак на сьогодні, наприклад, провокація підкупу, вчинена службовою особою правоохоронного органу (утворює склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 370 КК України), здатна унеможливити (за відсутності допустимих доказів) кримінальну відповідальність спровокованої особи через порушення конвенційного права на справедливий судовий розгляд. У цьому разі кримінальне провадження стосовно спровокованої особи підлягає закриттю за п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК України або ухвалюється виправдувальний вирок через недоведеність злочину, в якому обвинувачується особа (п. 1 ч. 1 ст. 373 КПК України). Настання процесуальної відповідальності (у вигляді «дискредитації» доказів – визнання їх недопустимими) як результат встановлення під час судового розгляду факту провокації підкупу змушує робити застереження щодо усталеної в нашій юридичній літературі і судовій практиці (п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво») тези про те, що провокація підкупу не виключає кримінальну відповідальність спровокованої особи за відповідними частинами статей 354, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2 КК України. Матеріально-правових перешкод для інкримінування вказаних заборонних норм справді немає, чого не скажеш про процесуальні перешкоди. У цьому сенсі має рацію К. П. Задоя, який веде мову про заснований на правових позиціях ЄСПЛ процесуальний захист від провокації злочину і про те, що за її наявності особа не підлягає кримінальній відповідальності не через відсутність матеріально-правових підстав, а через порочність (дефектність) «побудови» за допомогою провокації злочину «інформаційно-оціночної моделі фактичних обставин справи» [45].

Висловлю сумнів у правильності запропонованого Робочою групою пов'язування незастосування кримінально-правових засобів щодо суб'єкта, спровокованого на вчинення забороненого діяння проти держави, з юридичною помилкою. Остання у ч. 1 ст. 2.3.9 проекту визначається традиційно – як неправильне розуміння особою злочинності вчиненої нею дії чи бездіяльності та кримінально-правових засобів, які можуть бути застосовані. Навряд чи особу, яка порушила відповідну кримінально-правову заборону через провокацію з боку правоохоронця, є підстави (щонайменше в усіх випадках) вважати тим, хто має неправильне уявлення про юридичні властивості і правові наслідки вчиненого нею діяння. У певних ситуаціях можна вести мову про неправильну оцінку особою під час вчинення протиправного діяння фактичної обставини об'єктивного характеру, що має кримінально-правове значення, а отже, не про юридичну, а фактичну помилку. Наприклад, спровокована особа здатна помилятися щодо перебування її під впливом провокатора, бо той може діяти завуальовано (таємно). Однак і такий підхід не може вважатись універсальним, бо не є прийнятним щодо всіх випадків провокаційно-підбурювальної поведінки.

З цього приводу пригадується, як В. О. Навроцький заперечив твердження О. О. Сороки про те, що провокація з боку агентів держави має розглядатись як обставина, що виключає наявність вини у діях особи, котра збуває наркотики: «... загальне правило, згідно з яким вчинення злочину внаслідок підбурювання не виключає вини, поширюється і на випадки контрольованого представниками правоохоронних органів придбання наркотиків. Якщо ж дисертантка вважає, що є відсутність вини, то виникає питання, які самі ознаки умислу чи необережності відсутні?» [46].

Якщо незастосування кримінально-правових засобів до суб'єкта, який через провокацію з боку службової особи органу правопорядку порушив кримінально-правову заборону, присвячену посяганням на державу, недоречно пов'язувати з проблематикою помилки (як юридичної, так і фактичної), то потребує вирішення питання про оптимальне місце у проекті положення – аналогу п. «б» ч. 4 ст. 2.3.9.

У цьому сенсі викликає інтерес думка К. В. Ображиева про те, що завдяки рішенням ЄСПЛ, сприйнятим Верховним Судом РФ, провокаційно-підбурювальну діяльність співробітників правоохоронних органів слід розглядати як нову, поки що не відображену у відповідній главі КК обставину, що виключає злочинність діяння, вчиненого особою, щодо якої ця діяльність здійснювалась [47]. Свого часу член Робочої групи М. І. Хавронюк за результатами вивчення відповідного зарубіжного досвіду пропонував рухатись подібним шляхом, виступаючи за доповнення розділу VIII Загальної частини чинного КК України статтею 43-1 «Провокація злочину службовою особою». При цьому вчений робив застереження: особа, яку службова особа (зокрема, правоохоронного органу) спровокувала на вчинення злочину, підлягатиме кримінальній відповідальності лише за умисні тяжкий та особливо тяжкий злочини, які спричинили смерть потерпілого або інші тяжкі наслідки [48].

Відтак заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, яке набуває вигляду посягання на державу, внаслідок провокації з боку правоохоронців, *de lege ferenda* може визнаватись обставиною, яка виключає протиправність діяння. Щоправда, у цьому разі потребуватиме уточнення така ознака обставин, що виключають протиправність діяння, як вчинення діяння при використанні особою свого суб'єктивного права, виконанні юридичного обов'язку або здійсненні державно-владних повноважень (п. «б» ч. 1 ст. 2.7.1 проекту).

Проте як бути з кримінально-правовим реагуванням на інші, відмінні від посягань на державу, однак так само спровоковані правоохоронцями діяння – проти життя і здоров'я особи, власності, у т. ч. інтелектуальної, пов'язані з обігом наркотичних засобів, комуністичної або нацистської символіки, тощо? На практиці правоохоронцями провокується вчинення і таких злочинів, як ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів, створення або утримання місць розпусти і звідництво, торгівля людьми, втягнення особи в заняття проституцією тощо [49]. Треба так розуміти, що на питання, чи будуть за новим КК України до суб'єктів, спровокованих на вчинення зазначених злочинів, застосовуватись кримінально-правові засоби, Робоча група дає ствердну відповідь. І логіка у цьому, звісно, є: такі суб'єкти, хай навіть і через провокацію, злочини (не має значення, закінчені або ні) вчинили. «... особа, яку схилили до вчинення протиправних дій, залишається злочинцем, як і той, хто прийняв рішення про такий вчинок самостійно» [50]. «... провокаційна діяльність не виключає свободи волі в поведінці особи, і вона самостійно приймає рішення про те, вчиняти злочин чи ні» [51].

Виходить, що у частині, відмінній від посягань на державу, застосування кримінально-правових засобів залишатиметься похідним від дотримання (порушення) конвенційного положення про справедливий судовий розгляд і, відповідно, визнання допустимості (недопустимості) доказів, тобто проблема (як це має місце і тепер) розв'язуватиметься у процесуальній площині. І така обстоювана Робочою групою альтернативність, попри її нелогічність на перший погляд, не суперечить підходу, сповідуваному ЄСПЛ: останній залишає національним державним органам право вирішувати, в якому (матеріально-правовому або процесуальному) порядку має здійснюватись захист від провокаційної поведінки з боку правоохоронців [52].

Порівняння різних варіантів проекту схиляє до думки про те, що його розробники визнають безпідставним незастосування кримінально-правових засобів щодо спровокованих злочинів інших категорій (крім посягань на державу), зважаючи на те, що вони можуть мати потерпілих, і їхній інтерес у розв'язанні кримінально-правового конфлікту не слід ігнорувати. З цього приводу В. В. Навроцька ставить таке риторичне питання: «А яка, за великим рахунком, потерпілому різниця: злочин щодо нього вчинено через тупість або злий умисел винного або ж у зв'язку із під'южуванням з боку правоохоронних органів?» [53].

Цікаво, що в п. «з» ч. 1 ст. 3.2.2 проекту фігурує така обставина, яка пом'якшує покарання, як «вчинення злочину, яким заподіяно шкоду потерпілому, внаслідок провокації за сприяння або вплив працівника органу правопорядку». Нелогічним вважаю те, що провокація з боку правоохоронців до вчинення злочинів, які не мають потерпілих, не визнаватиметься пом'якшувальною обставиною. Водночас як позитив оцінюю охоплення формулюванням, яке міститься у п. «з» ч. 1 ст. 3.2.2 проекту, непрямой провокації з боку службової особи органу правопорядку [54].

Приверну увагу і до відсутності у проекті положень про вплив на юридичну долю порушника кримінально-правової заборони тієї обставини, що злочин (включаючи злочин проти держа-

ви) спровоковано іншим суб'єктом, а не службовою особою органу правопорядку. Навряд чи це можна визнати здобутком проєкту. Підкресливши, що законодавець не враховує специфіку провокаційного впливу на особу, яка вчиняє злочин під впливом провокаційної діяльності, О. І. Альошина свого часу ініціювала доповнення ч. 1 ст. 66 КК України обставиною, яка пом'якшує покарання, у виді вчинення спровокованого злочину [55]. Підтримуючи таку пропозицію, В. В. Навроцька зауважує, що виправдання особи, яка піддалася на вмовляння вчинити злочин, призведе до того, що уникнути справедливої відплати за скоєне зможуть справжні злочинці (наприклад, корупціонери), які завжди зможуть заявити про те, що їх спровокували на вчинення злочину [56].

На мою думку, вчинення злочину під впливом провокаційної поведінки (зокрема, з боку службових осіб органів правопорядку) могло б набути статусу не просто обставини, яка пом'якшує покарання. З тим, щоб підкреслити значимість вказаної поведінки, в цій частині не було б зайвим обміркувати вдосконалення ст. 2.1.8 проєкту «Обставини, які знижують тяжкість злочину на два ступеня». Видається, що такий крок узгоджувався б із втіленим у проєкті інноваційним підходом до класифікації злочинів залежно від їхньої тяжкості.

Проведене дослідження дозволяє сформулювати такі висновки.

1. Наведена в ч. 1 ст. 2.5.3 проєкту дефініція поняття провокації злочину потребує вдосконалення з урахуванням того, що: а) при провокації злочину не виключається такий вплив на особу, який не охоплюється кримінально-правовим поняттям підбурювання до злочину; б) пропонується розробниками проєкту мета провокації злочину не дозволить охопити відповідною дефініцією провокаційну поведінку службових осіб органів правопорядку. Поліпшена ч. 3 ст. 2.5.3 проєкту має враховувати те, що поведінка провокатора може розцінюватись як дії не лише підбурювача, а й організатора злочину.

2. Статтю 2.4.5 проєкту «Добровільна відмова при незакінченому злочині, вчиненому у співчасті» доцільно доповнити окремою частиною, яка б відображала специфіку добровільної відмови провокатора злочину.

3. При вдосконаленні розділу 7.4 проєкту «Злочини проти правосуддя» варто повернутись до питання про доцільність включення до цього розділу статті про провокацію злочину, розрахованої на службових осіб органів правопорядку.

4. При доопрацюванні ч. 2 ст. 2.5.3 проєкту, присвяченої дотичній до провокації злочину правомірній поведінці правоохоронців, спрямованій на викриття злочинів, пропонується: а) положення про надання особі можливості вчинити злочин під контролем службових осіб органів правопорядку замінити узагальненим формулюванням, яке дозволить охопити активності, що становлять зміст різних форм контролю за вчиненням злочину як НС(Р)Д; б) включити в цю норму проєкту згадування про оперативно-розшукові заходи, здійснювані до кримінального провадження і врегульовані не КПК України, а оперативно-розшуковим законодавством. За сприйняття ж «альтернативної» пропозиції щодо закріплення контролю за вчиненням злочину як нової обставини, що виключає протиправність діяння, ч. 2 потребуватиме виключення із ст. 2.5.3 проєкту.

Оскільки проблема визначення меж правомірності дотичної до провокації злочину поведінки правоохоронців та їхніх агентів невідривно пов'язана з нормативно-правовим регулюванням НС(Р)Д та інших негласних заходів, доопрацювання проєкту у частині вирішення питань, пов'язаних із провокацією злочину, потребує залучення фахівців із кримінального процесуального права та ОРД.

5. Пропоноване проєктом незастосування кримінально-правових засобів до суб'єкта, який через провокацію з боку службової особи органу правопорядку порушив кримінально-правову заборону, присвячену посяганням на державу, безпідставно пов'язувати з проблематикою помилки (і юридичної, і фактичної). Як варіант заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам у такій ситуації може бути визнане обставиною, яка виключає протиправність діяння.

Коло посягань, вчинення яких унаслідок провокації з боку правоохоронців виключатиме застосування кримінально-правових засобів, потребує уточнення.

Вадою проєкту є відсутність у ньому положень про вплив на юридичну долю порушника кримінально-правової заборони тієї обставини, що злочин (включаючи злочин проти держави) спрово-

воковано іншим суб'єктом, а не службовою особою органу правопорядку. Вчинення злочину під впливом провокаційної поведінки могло б набути статусу обставини, яка знижує тяжкість злочину (а не просто пом'якшує покарання), що відповідало б втіленому у проекті інноваційному підходу до класифікації злочинів.

1. Артем Ситник: «Наближаються вибори, і НАБУ, як незалежний антикорупційний орган, політичній еліті просто непотрібний». *Голос України*. 18 жовтня 2018 р., № 197.
 2. Стан здійснення правосуддя у кримінальних провадженнях та справах про адміністративні правопорушення судами загальної юрисдикції у 2019 році. Опрацьовано статистичні дані Державної судової адміністрації України, Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Київ: Верховний Суд, 2020. С. 85. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Zbirka_analit_tablic_2019.pdf (дата звернення: 24.11.2020).
 3. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 9 жовтня 2018 р. у справі № 372/4155/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77684950> (дата звернення: 24.11.2020).
 4. Дудоров О., Письменський Є. Кримінально-правова заборона провокації підкупу, або Правоохоронець як ініціатор злочину. *Юридичний вісник України*. 11–17 квітня 2015 р., № 14; 18–24 квітня 2015 р., № 15; Дудоров О. О. Кримінально-правові аспекти провокації підкупу. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 1. С. 76–82. URL: http://www.lsej.org.ua/1_2016/23.pdf (дата звернення: 24.11.2020); Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. 2-ге вид., переробл. і допов. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 332–339; Дудоров О. О., Лоскутов Т. О. Провокація підкупу (окремі матеріально-правові та процесуальні аспекти). *Актуальні питання кримінального права та процесу: Матеріали V Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Кривий Ріг, 14 червня 2019 року)*. Ред. кол.: О. О. Волобуєва, Т. О. Лоскутов, А. С. Політова. Кривий Ріг: Поліграфічна компанія «Геліос-Принт», 2019. С. 13–18.
 5. В юридичній літературі доведено, що ця процесуальна норма потребує уточнення, оскільки всупереч матеріальному кримінальному закону дозволяє охопити поняттям провокації злочину і певні пособницькі дії (див.: Гродецький Ю. В. Добровільна відмова провокатора злочину. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2015. № 2. С. 124–125. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/01/09_Гродецький.pdf (дата звернення: 24.11.2020)).
 6. Таганцев Н. С. *Русское уголовное право. Лекции. Часть общая*. В 2 т. Т. 1. Москва: Наука, 1994. С. 349.
 7. Трайнин А. Н. *Избранные труды / сост., вступит. статья докт. юрид. наук, проф. Н. Ф. Кузнецовой*. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 297–298.
 8. Орловський Р. С. *Інститут співучасті в кримінальному праві України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08*. Харків, 2019. С. 160.
 9. Ярмиш Н. Провокація підкупу та співучасть у корупційних злочинах: парадокси кримінально-правового регулювання. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 4/2. С. 113, 115.
 10. Артеменко Н. В., Минькова А. М. Проблемы уголовно-правовой оценки деятельности посредника, провокатора та инициатора преступления в уголовном праве РФ. *Журнал российского права*. 2004. № 11. С. 52; Фріс П. Л. Вибрані праці. Івано-Франківськ: Фоліант, 2014. С. 485; Кваша О. О. Співучасть у злочині: сутність, структура та відповідальність: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2013. С. 265; Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми): монографія / О. М. Костенко, О. О. Кваша, М. І. Сірий та ін. Київ: Наукова думка, 2014. С. 84, 88.
- Зроблю застереження: вказану «завуальовану» провокаційну поведінку слід відрізнити від подібних із зовнішнього боку дій на кшталт підкидання предмета нібито як неправомірної вигоди в робочий кабінет або автомобіль особи, вручення їй цього предмета шляхом обману, переказу грошей на банківський рахунок особи без повідомлення їй про це тощо. Перераховані й аналогічні дії не мають на меті викликати (породити) в іншої особи намір вчинити злочин із тим, щоб викрити її, і лише створюють вигляд порушення іншою особою кримінально-правової заборони, спрямовані на фальсифікацію доказів неіснуючого злочину, а тому за наявності підстав повинні розцінюватись як притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення, або як завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину, поєднане зі штучним створенням доказів обвинувачення, і кваліфікуватись, відповідно, за ч. 2 ст. 372 і ч. 2 ст. 383 КК України.
11. Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2007. С. 8, 74–79, 125–126.
 12. Ус О. В. Провокація підкупу: аналіз складу злочину й питання кваліфікації. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2015. Вип. 16 (2). С. 67.
 13. Карелов К. Ю. Спеціальні правила кваліфікації провокації злочинів, вчинених у співучасті: відмежування провокації від суміжних кримінально-правових понять. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. Вип. 3. Т. 2. С. 144.
 14. Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2007. С. 155, 169; Орловський Р. С. *Інститут співучасті в кримінальному праві України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08*. Харків, 2019. С. 385–386.

15. Гродецький Ю. В. Добровільна відмова провокатора злочину. Вісник Асоціації кримінального права України. 2015. № 2. С. 133. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/01/09_Гродецький.pdf (дата звернення: 24.11.2020).
16. Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2007. С. 124, 128.
17. Арутюнов А. Провокація преступлений. Российский следователь. 2002. № 8. С. 34; Арутюнов А. Подстрекатель преступления. Государство и право. 2002. № 11. С. 122–127.
18. Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2007. С. 97–98, 100.
19. Борков В. Квалификация преступлений, совершаемых в сфере оперативно-розыскной деятельности. Уголовное право. 2018. № 1. С. 17–18.
20. Орловський Р. С. Інститут співучасті в кримінальному праві України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2019. С. 384–385.
21. Каменський Д. В. Відповідальність за економічні злочини в США та Україні: порівняльно-правове дослідження: монографія / переднє слово д-ра юрид. наук, проф. О. О. Дудорова. Київ: Дакор, 2020. С. 960.
22. Навроцька В. В. Суд над Ісусом Христом з позицій древньоіудейського та сучасного кримінального права й процесу. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2016. С. 37, 38.
23. Кваша О. О. Співучасть у злочині: сутність, структура та відповідальність: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2013. С. 263, 272; Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми): монографія / О. М. Костенко, О. О. Кваша, М. І. Сірий та ін. Київ: Наукова думка, 2014. С. 94.
24. Сибаль О. Б. Контроль за вчиненням злочину: кримінально-правовий аспект. Юридичний науковий електронний журнал. 2020. № 3. С. 339–342. URL: http://www.lsej.org.ua/3_2020/83.pdf (дата звернення: 24.11.2020).
25. Баганець О. В. Доказування стороною обвинувачення прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою у досудовому розслідуванні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2017. С. 200.
26. Баганець О. Провокування підкупу: справи, про які мовчать. Юридичний вісник України. 2–8 листопада 2018 р., № 5.
27. Задля справедливості зауважу, що ст. 271 КП України «Контроль за вчиненням злочину» частково перебуває у колізії з ч. 1 ст. 24 Закону України «Про запобігання корупції», яка закріплює алгоритм дій особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, прирівняної до неї особи у разі надходження такої особи, зокрема, пропозиції неправомірної вигоди. Проте ця колізія залишилась для О. В. Баганця непоміченою.
28. Погорецький М. А. Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності. Вісник кримінального судочинства. 2016. № 1. С. 42.
29. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. 2-ге вид., переробл. і допов. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 338–339.
30. Сибаль О. Б. Контроль за вчиненням злочину: кримінально-правовий аспект. Юридичний науковий електронний журнал. 2020. № 3. С. 342. URL: http://www.lsej.org.ua/3_2020/83.pdf (дата звернення: 24.11.2020).
31. Арманов М. Г. Особливості кваліфікації корупційних дій у публічній сфері відповідно до типових ситуацій їх виявлення. Антикорупційна політика України: актуальні проблеми забезпечення ефективності: збірник матеріалів інтернет-конференції (Київ, 29 травня 2015 року). Київ: Національна академія прокуратури України, 2015. С. 161.
32. Постанова колегії суддів Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 5 травня 2020 р. у справі № 754/2623/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89107394> (дата звернення: 24.11.2020).
Правильність перекваліфікації дій вказаної службової особи з ч. 4 ст. 368 на ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190 КК України є темою окремої розмови.
33. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 9 жовтня 2018 р. у справі № 372/4155/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77684950> (дата звернення: 24.11.2020).
34. Навроцька В. В. Доказове значення даних, здобутих в результаті провокації. Вісник Кримінологічної асоціації України. 2013. № 4. С. 236.
35. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 25 червня 2019 р. у справі № 334/4373/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82858164> (дата звернення: 24.11.2020).
36. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 9 квітня 2019 р. у справі № 127/5345/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81203042> (дата звернення: 24.11.2020).
37. Сибаль О. Б. Контроль за вчиненням злочину: кримінально-правовий аспект. Юридичний науковий електронний журнал. 2020. № 3. С. 341. URL: http://www.lsej.org.ua/3_2020/83.pdf (дата звернення: 24.11.2020).

38. Трепак В. М. Розкриття та розслідування хабарництва, вчинюваного суддями, та подолання протидії засобами оперативно-розшукової діяльності: автореф. ... дис. канд. юрид. наук: 12.00.09. С. 11–12.
39. Хомич В. М., Бранчель И. И. Оперативный эксперимент как способ выявления взяточничества: монография. Минск: БГУФК, 2009. С. 52, 59, 76.
40. Білічак О. А. Контроль за вчиненням злочину: поняття та форми. Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія: юридичні науки. Том 28. 2017. № 2. С. 52.
41. Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / О. В. Калітенко, Д. О. Калмиков, І. Б. Коліушко та ін.; за заг. ред. М. І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. С. 231.
42. Наведу показовий приклад: задовольняючи касаційну скаргу особи, засудженої за ч. 2 ст. 368 КК України, і призначаючи новий розгляд справи в суді апеляційної інстанції, ККС ВС (постанова від 24 січня 2019 р. у справі № 369/10396/13-к), крім відсутності в ухвалених судових рішеннях спростування заяви захисника про провокацію з боку правоохоронних органів, вказав на низку порушень, допущених під час проведенні НС(Р)Д, зокрема невідповідність протоколів цих дій вимогам КПК України, відсутність у матеріалах кримінального провадження доручення прокурора, слідчого на проведення НС(Р)Д, а також доказів походження коштів, вручених як неправомірна вигода (Провокація вигоди. Закон і Бізнес. 23–29 березня 2019 р., № 11).
43. Арутюнов А. Подстрекатель преступления. Государство и право. 2002. № 11. С. 127.
44. Сибаль О. Б. Контроль за вчиненням злочину: кримінально-правовий аспект. Юридичний науковий електронний журнал. 2020. № 3. С. 339–342. URL: http://www.lsej.org.ua/3_2020/83.pdf (дата звернення: 24.11.2020).
45. Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К. П. Задой. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. С. 64, 65.
46. Навроцький Вячеслав. З професорської шухляди. Івано-Франківськ, 2016. С. 197.
47. Ображиев К. В. Система формальных (юридических) источников российского уголовного права. Москва: Юрлитинформ, 2015. С. 244.
48. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. Київ: Юрисконсульт, 2006. С. 295, 577.
49. Ільницький В. Провокація злочинів. Юридичний вісник України. 10–16 серпня 2018 р. № 32.
50. Ярмиш Н. М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): навч. посіб. Київ: Національна академія прокуратури України, 2014. С. 147.
51. Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2007. С. 114.
52. «Як вихідний пункт, Суд повинен пересвідчитися у потенційній спроможності національних судів розглядати таку скаргу у спосіб, сумісний із правом на справедливий судовий розгляд. Тому він повинен перевірити, чи є обґрунтована скарга заявника про підбурювання розумним захистом відповідно до національного законодавства або дає підстави для вилучення доказів або призводить до подібних наслідків. Незважаючи на те, що Суд, як правило, залишає внутрішнім органам влади вирішувати, якої процедури має дотримуватися суддя при отриманні заяви про провокацію вчинення злочину, він вимагає, щоб така процедура була змагальною, ретельною, вичерпною та остаточною з питання провокації злочину з метою його викриття» (рішення ЄСПЛ у справі «Матановіч проти Хорватії» від 4 квітня 2017 р. (п. 126). URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad_rishennya_evr_sudu_13072017.pdf (дата звернення: 24.11.2020)).
- Варто уточнити, що в цьому рішенні ЄСПЛ вжите формулювання «substantive defence under domestic law», в якому «substantive» слід розуміти не як розумний, а як матеріально-правовий.
53. Навроцька В. В. Суд над Ісусом Христом з позицій древньоіудейського та сучасного кримінального права й процесу. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2016. С. 35.
54. В одному з нещодавніх рішень ЄСПЛ визначив критерії непрямої провокації, тобто провокації, коли особа безпосередньо не контактує з працівниками поліції, які працюють під прикриттям, проте залучається до вчинення правопорушення співучасником, якого на вчинення злочину безпосередньо спровокували органи поліції. ЄСПЛ навів тест для оцінки непрямої провокації: 1) чи було передбачуваним для поліції те, що особа, яка безпосередньо схильється до вчинення злочину, контактуватиме з іншими особами для участі у злочині; 2) чи визначалась діяльність цих осіб також поведінкою поліцейських; 3) чи розглядалися ці особи національними судами як співучасники злочину (див.: Бабанли Р., Тарасенко О. Критерії непрямої провокації на вчинення злочину: розвиток практики Європейського суду з прав людини у справі «Akbay and Others v. Germany». URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/182446-kriteriyi-nepryamoji-provokatsiyi-na-vchinennya-zlochynu-rozvitok-praktiki-yevropeyskogo-sudu-z-pravlyudini-u-spravi-akbay-and-others-v-germany> (дата звернення: 24.11.2020)).
55. Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2007. С. 166, 180.
56. Навроцька В. В. Доказове значення даних, здобутих в результаті провокації. Вісник Кримінологічної асоціації України. 2013. № 4. С. 239.

Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені злочинною спільнотою: аналіз законодавчих новел⁵

Не всі сучасні держави світі адекватно оцінюють загрозу від діяльності організованих злочинних об'єднань, які в умовах розповсюдження корупції поширюють сферу своїх інтересів, проникають в органи влади як на місцевому, регіональному, так і загальнодержавному рівні, встановлюють «наглядачів», а інколи навіть підмінюють окремі функції держави та місцевого самоврядування. До таких держав, на жаль, є підстави віднести й Україну – передусім через незавершене (перманентне) реформування сфери кримінальної юстиції й істотні недоліки, допущені під час цього реформування. Нині вітчизняні правоохоронні органи не можуть повною мірою впоратись із сучасними масштабами злочинності в державі. З цього приводу в юридичній літературі зазначається, що результат роботи правоохоронних органів у сфері боротьби з організованою злочинністю перестав бути адекватним обсягу і рівню витрачених зусиль; правоохоронні органи не встигають своєчасно й ефективно реагувати на зміну якості організованої злочинності і появу нових видів злочинів; органи правопорядку за такої стратегії боротьби зі злочинністю не встигають стримувати її зростання [1, с. 413]. Вказаний стан речей зумовлений комплексом причин, зокрема корумпованістю окремих представників системи кримінальної юстиції, дефіцитом кваліфікованих кадрів, недостатнім рівнем матеріально-технічного забезпечення їх діяльності, недоліками законодавства.

Трансформаційні зміни в структурі і системі організованої злочинної потребують удосконалення наявних і пошуку нових шляхів кримінально-правової протидії їй. До базових стратегій, задіяних державою щодо злочинних організацій, крім тотального знищення, використання і зрощування, належить і стримування. Його недостатня ефективність зумовлена з-поміж іншого тим, що боротьба зі злочинними організаціями ведеться тими ж методами і на тій самій правовій базі, що і з традиційними видами злочинів [2, с. 300–302]. З огляду на зазначене, виникла необхідність ревізії існуючих кримінально-правових інструментів, покликаних забезпечувати протидію організованій злочинності, та приведення їх у відповідність з кращими зарубіжними практиками.

З метою припинення діяльності злочинних спільнот, учасників таких спільнот, притягнення до кримінальної відповідальності «злочинців у законі», а також інших учасників злочинних спільнот та осіб, причетних до створення та функціонування злочинних спільнот, був розроблений проект Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини, вчинені злочинною спільнотою» (реєстр. № 2513 від 2 грудня 2019 р.). У пояснювальній записці до цього законопроекту зазначається, що організована злочинність, а також особи, які здійснюють її організацію та керівництво, – «злочинці у законі», формують в Україні типове для держав колишнього СРСР злочинне середовище. Воно характеризується наявністю жорсткого кодексу поведінки, сталих кримінальних традицій, високим рівнем організованості, ієрархічності, закритості і конспіративності. Ухвалення законопроекту, вважали його розробники (а він був внесений до Верховної Ради України (далі – ВРУ) Президентом України), посилить ефективність протидії правоохоронних органів організованій злочинності, сприятиме зменшенню впливу на важливі суспільні та політичні процеси з боку «злочинців у законі», зниженню соціальної напруги, зростанню довіри населення до правоохоронних органів та держави в цілому, стабілізації суспільно-політичної обстановки в державі тощо [3]. В умовах зростання загроз від організованої злочинності законодавчі ініціативи є необхідними, однак вони мають бути продуманими, адекватними і життєздатними. Згаданий законопроект під уточненою назвою («Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за злочини, вчинені злочинною спільнотою») ухвалено 4 червня 2020 р. як Закон України (далі – Закон від 4 червня 2020 р.). Час покаже, наскільки затребуваними правозастосувачами стануть відповідні законодавчі новели.

⁵ Стаття написана у співавторстві з А.А. Вознюком та опублікована: Новітні кримінально-правові дослідження – 2021: Альманах наукових праць / за ред. проф. Є.Л. Стрельцова, проф. О.В. Козаченка, PhD О.М. Мусиченко. Миколаїв: МІП НУ ОЮА, 2021. С. 21–31.

Кримінально-правова складова Закону від 4 червня 2020 р. вже піддавалась оцінці (зазвичай критичній) представниками як правничої науки, так і громадянського суспільства. Ми також вирішили висловитись з цього приводу, і спонукали до такого рішення три обставини.

По-перше, інколи критика Закону від 4 червня 2020 р. (а вона, на наше переконання, має бути виваженою) межує з абсурдом. Так, стверджується, що «жодні офіційні акти та/або документи, які б могли підтверджувати факт наявності такого статусу у особи (йдеться про статус «вора в законі» – авт.), просто не існують» [4]. Хотілось б дізнатись у авторів цього висловлювання, які, на їхню думку, «акти та/або документи» мали б засвідчувати набуття конкретною особою відповідного статусу у злочинній ієрархії.

По-друге, вже сьогодні можна констатувати активність правоохоронців у вказаній сфері. Цю обставину ми пов'язуємо насамперед з організаційним чинником – створенням у жовтні 2019 р. у структурі Національної політики України нового підрозділу – Департаменту стратегічних розслідувань (ДСР) як міжрегіонального територіального органу і посиленням роботи з протидії організованим групам, злочинним організаціям, «злодіям в законі» та іншим кримінальним авторитетам.

По-третє, питання оптимізації кримінально-правового інструментарію, за допомогою якого здійснюється протидія такому феномену, як організована злочинність, продовжує стояти на порядку денному. Так, у розділі 5.5 проекту нового КК України «Злочини проти безпеки суспільства від діяльності злочинних організацій» (контрольний текст станом на 29 березня 2021 р.) розміщено ст. 5.5.2 «Злочинне лідерство». З її тексту випливає, що розробники проекту, певною мірою сприймаючи ідеї, які призвели до ухвалення Закону від 4 червня 2020 р., водночас рухаються власним шляхом удосконалення законодавства, присвяченого протидії організованій злочинності. У згаданій проектованій статті йдеться не просто про набуття особою певного статусу у злочинній ієрархії (тобто про небезпечний стан особи, що у сучасних умовах є неприйнятним), а про своєрідну організаційно-управлінську діяльність, що відтворює і розширює злочину поведінку, є «корисною» (потрібною) для консолідації злочинного середовища, тобто про конкретні дії, вчинення яких уможливорює висновок про належність особи до розряду злочинних лідерів.

Вимушені зробити таке застереження: ми проти вживання у тексті кримінального закону жаргонізмів, непритаманних літературній українській мові. Навіть КВК України (ч. 4 його ст. 117) забороняє засудженим вживати жаргонні слова. Проти запровадження у кримінальний закон слів, які характеризуються експресивним забарвленням та є притаманними носіям відповідної субкультури, виступали і парламентські експерти. У висновку ГНЕУ Апарату ВРУ на законопроект, ухвалений як Закон від 4 червня 2020 р., вказувалось з-поміж іншого на те, що запропонована дефініція «злодій в законі» відображає систему цінностей злочинців та є одним із проявів жаргону, яким користуються учасники кримінального світу. Введення цього поняття у царину кримінального законодавства не тільки свідчить про фактичну легітимізацію злочинної культури, а й містить низку оцінних понять. Ми, однак (усупереч правилам української лінгвістики), вимушені надалі використовувати жаргонізми з урахуванням того, що вони «завдяки» зусиллям парламентаріїв стали термінологією чинного Кримінального кодексу України (далі – КК), а відтак потребують тлумачення.

На підставі Закону від 4 червня 2020 р., зокрема, зазнала змін ст. 255 КК, яка наразі має назву «Створення, керівництво злочинною спільнотою або злочинною організацією, а також участь у ній». Однією із новел стало запровадження кримінальної відповідальності за створення злочинної спільноти. Злочинна спільнота як своєрідна «кримінальна надорганізація» – це, з огляду на законодавчу вказівку (ч. 4 ст. 255 КК), об'єднання двох чи більше злочинних організацій. У законопроекті, ухваленому після доопрацювання як Закон від 4 червня 2020 р., йшлося про доповнення ст. 28 КК частиною 5, яка містила визначення злочину, вчиненого злочинною спільнотою (мався на увазі злочин, скоєний стійким ієрархічним об'єднанням декількох осіб (п'ять і більше), учасником, організатором, керівником та/або координатором якої є «злодій у законі»). У висновку ГНЕУ Апарату ВРУ на законопроект зверталась увага на те, що така зміна ст. 28 КК не дає можливості провести чітке розмежування «злочинної організації» та «злочинної спільноти» як суміжних форм співучасті. Фактично доказування вчинення кримінального правопорушення злочинною спільнотою зводилось б до встановлення факту наявності у складі відповідної форми співучасті «злодія у законі». Натомість окремі дослідники відсутність закріпленого в ст. 28 КК

визначення злочинної спільноти називають вадою Закону від 4 червня 2020 р. [5, с. 227; 6]. Загалом поділяючи позицію парламентських експертів, водночас зауважимо, що недоліком відповідного нормативного формулювання (ч. 4 ст. 255 КК) є неврахування тієї обставини, що до складу злочинної спільноти можуть входити й організовані групи. Цікаво, що під час підготовки до другого читання законопроекту, ухваленого як Закон від 4 червня 2020 р., народним депутатом України І. Фрісом, переконаним в якісній відмінності злочинної спільноти від злочинної організації, висувалась пропозиція доповнити ст. 28 КК частиною 5 відповідного змісту («Злочин визнається вчиненим злочинною спільнотою, якщо він скоєний стійким ієрархічним об'єднанням декількох організованих злочинних груп або злочинних організацій»), однак ця пропозиція не знайшла підтримки у стінах ВРУ.

Чи не найбільше питань виникає у зв'язку з виокремленням на підставі Закону від 4 червня 2020 р. такої особливо кваліфікуючої ознаки злочину, передбаченого ст. 255 КК, як вчинення його особою, яка здійснює злочинний вплив, або є особою, яка перебуває у статусі суб'єкта підвищеного злочинного впливу, зокрема у статусі «вора в законі» (ч. 5 ст. 255 КК). У межах цього особливо кваліфікованого складу злочину об'єднано поведінку різних суб'єктів – менш небезпечної особи, яка здійснює злочинний вплив, та іншої, більш небезпечної особи, яка перебуває у статусі суб'єкта підвищеного злочинного впливу, у т. ч. у статусі «вора в законі». Вказану обставину, на перший погляд, можна було б враховувати під час призначення покарання – як показник ступеня тяжкості вчиненого кримінального правопорушення (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК).

Під особою, яка перебуває у статусі суб'єкта підвищеного злочинного впливу, у т. ч. у статусі «вора в законі», у статтях 255, 255¹, 255³ КК слід розуміти особу, яка завдяки авторитету, іншим особистим якостям чи можливостям здійснює злочинний вплив і координує злочинну діяльність інших осіб, які здійснюють злочинний вплив (п. 2 примітка ст. 255 КК). Надавши таку дефініцію, законодавець порушив вимоги формальної логіки, створивши «коло у визначенні»: те, що визначається, не має повторюватись в його визначенні ані прямим чином, ані опосередковано [5, с. 228]. Для суб'єктів підвищеного злочинного впливу обов'язковим є особисте здійснення злочинного впливу, а також координація злочинної діяльності інших осіб, які здійснюють злочинний вплив. Для констатації наявності статусу суб'єкта підвищеного злочинного впливу, зокрема у статусі «вора в законі», необхідно встановити: 1) здійснення ним злочинного впливу; 2) здійснення злочинного впливу іншими двома чи більше суб'єктами; 3) координацію суб'єктом підвищеного злочинного впливу злочинної діяльності інших осіб, які здійснюють злочинний вплив.

Поняття суб'єкта підвищеного злочинного впливу є ширшим, ніж поняття «вор в законі». Останній є різновидом суб'єкта підвищеного злочинного впливу. Ні з формулювання, закріпленого у ч. 5 ст. 255 КК, ні з п. 2 примітки цієї статті КК не випливає, що категорія «вор в законі» охоплює всі три поняття: «особа, яка здійснює злочинний вплив»; «особа, яка перебуває у статусі суб'єкта підвищеного впливу»; «вор в законі» [7, с. 213]. Навпаки: не кожна особа, яка здійснює злочинний вплив і навіть не кожна особа, яка перебуває у статусі суб'єкта підвищеного впливу, є, за задумом нашого законодавця, «вором в законі». При цьому для кваліфікації дій особи, яка перебуває у статусі «вора в законі», за ч. 5 ст. 255 КК немає потреби у додатковому встановленні статусу «вора в законі» – достатньо довести перебування особи у статусі суб'єкта підвищеного злочинного впливу. Використовуючи відповідний зворот, законодавець, вочевидь, «зіграв на випередження» – спробував відреагувати на майбутні труднощі правозастосування, пов'язані з визнанням конкретної особи «вором в законі», поняття якого до того ж у сучасних умовах трансформується. Виявляється, зокрема, що на сьогодні публічне заперечення своєї належності до числа «воров в законі» може і не тягнути санкції до особи з боку злодійського співтовариства. Про серйозні труднощі доказування того, що певна особа є «злодієм в законі», пишуть окремі дослідники [6]. З іншого боку, існує успішний досвід застосування розроблених МВС Грузії доказових стандартів щодо встановлення належності певної особи до числа «воров в законі» [8, с. 45].

Закріплене в ч. 5 чинної редакції ст. 255 КК формулювання, на нашу думку, не повною мірою узгоджується з виробленими теорією кримінального права вимогами до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності. Однією з таких вимог є нехарактерність відповідного варіанту поведінки, тобто ознака, якій надається властивість кваліфікуючої (особливо кваліфікуючої), не повинна бути нормою для більшості певного кримінального право-

порушення. При цьому створення і керівництво злочинною організацією або злочинною спільнотою, каране за ч. 1 і ч. 4 ст. 255 КК, відповідно, передбачає вчинення вказаних дій саме і тільки суб'єктом злочинного впливу – без нього особа вказані дії здійснити просто не спроможна. Виходить, що розглядувана особливо кваліфікуюча ознака може (має) вбачатись у будь-якому випадку вчинення дій, зазначених у ч. 1 і ч. 4 ст. 255 КК, що змушує, так би мовити, автоматично кваліфікувати скоєне вже за ч. 5 цієї статті КК. Зі сказаного випливає, що у розглядуваній частині кримінальний закон потребує не буквального, а обмежувального тлумачення: вважаємо, що за ч. 5 ст. 255 КК підлягає відповідальності лише «вор в законі» і «прирівняний» до нього суб'єкт підвищеного злочинного впливу.

Законопроектом, ухваленим як Закон від 4 червня 2020 р., пропонувалось встановити кримінальну відповідальність за перебування особи в статусі «зłodий у законі» (ч. 2 ст. 255-1 КК у редакції проекту). Мабуть, на такий крок розробників законопроекту надихнув зарубіжний досвід: відмітною ознакою кримінального законодавства Грузії та РФ є встановлення відповідальності за зайняття особою високого становища у злочинній ієрархії. Згадана ініціатива, однак, зазнала жорсткої критики з боку фахівців ГНЕУ Апарату ВРУ, які стверджували, що самі по собі належність особи до певної групи чи спільноти (навіть злочинного спрямування), зайняття нею особливого становища у відповідному середовищі, що не знайшли реалізації в об'єктивній дійсності у вигляді суспільно небезпечного діяння, не можуть бути визнані злочином. Покарання, яке є найтяжчою з тих правових санкцій, які можуть бути застосовані до певної особи, має застосовуватись не за «статус» чи «стан» певної особи, а за діяння, які завдають шкоди або створюють загрозу заподіяння шкоди правопорядку.

Як бачимо, у цьому разі законодавець певною мірою відреагував на критику парламентських експертів, бо не запровадив самостійну кримінальну за перебування у відповідному специфічному статусі, а визнав останній особливо кваліфікуючою ознакою злочину, передбаченого ст. 255 КК. Формулювання її ч. 5 «Дії, передбачені ...» (далі – за текстом) не дозволяє погодитись із твердженнями про те, що під ознаки складу аналізованого злочину «підпадає просто фізична присутність «вора в законі» на території України... само по собі перебування особи у статусі «вора в законі» на території України становить злочин» [9].

Фактично у чинній редакції ст. 255 КК знайшов відбиття теоретичний підхід, згідно з яким: не можна розширювати існуюче поняття підстави кримінальної відповідальності і злочину для того, щоб вони не суперечили нормам Особливої частини КК щодо регламентації особливих взаємовідносин у так званому злочинному світі; статус «зłodий у законі» як певна специфічна ознака, що охоплюється умислом всіх співучасників, *de lege ferenda* може бути покладено в основу визначення спеціального суб'єкта як ознаки кваліфікованого складу злочину у ст. 255 КК [10, с. 373]. До слова ставлення російських науковців до ст. 210.1 КК РФ, яка починаючи з 1 квітня 2019 р. передбачає відповідальність за зайняття особою вищого становища в злочинній ієрархії, є діаметрально протилежним. Якщо частина дослідників загалом позитивно оцінює таку законодавчу новелу [11, с. 11–16; 12, с. 465–476, 13, с. 81–85], то чимало інших авторів, виходячи з того, що згаданою кримінально-правовою заборонаю запроваджено відповідальність не за суспільно небезпечне діяння, а за неприйнятну для держави властивість особи, пропонують виключити ст. 210.1 із КК РФ [14, с. 34–44; 15, с. 41; 16, с. 725, 728–729].

На підставі Закону від 4 червня 2020 р. КК було, зокрема, доповнено ст. 255¹, яка встановлює відповідальність за умисне встановлення або поширення в суспільстві злочинного впливу за відсутності ознак, зазначених у ч. 5 ст. 255 цього Кодексу. При цьому для інкримінування ч. 5 ст. 255 КК слід встановити ознаки, зазначені у ст. 255¹ КК. Неможливість одночасного притягнення до кримінальної відповідальності суб'єктів злочинного впливу за двома заборонами (ст. 255 і ст. 255¹ КК) обумовлена положенням ч. 3 ст. 2 КК, відповідно до яких ніхто не може бути притягнений до кримінальної відповідальності за одне і те саме кримінальне правопорушення більше одного разу (в нашому випадку за умисне встановлення або поширення злочинного впливу). Відсутність ознак, зазначених у ч. 5 ст. 255 КК, із погляду інкримінування ст. ст. 255¹ КК означає, що особа, яка умисно встановлювала або поширювала злочинний вплив, не створювала злочинної організації, злочинної спільноти, не керувала злочинною організацією, її структурними частинами, злочинною спільнотою, не брала участі у злочинній організації.

Ілюструючи свою тезу про те, що Закон від 4 червня 2020 р. містить низку положень, які суперечать принципам юридичної визначеності і пропорційності, а отже, може бути визнаний неконституційним, М. Хавронюк моделює таку ситуацію. Будь-який безхатько, який користується повагою у своєму дворі серед інших безхатьків і підбурить одного з них до злісного ухилення від сплати аліментів, вчинить злочин, караний за ч. 1 ст. 255¹ КК [17]. У цьому ж контексті вказується на можливість розпочати кримінальне провадження за 255¹ КК щодо: письменника, який написав про Робін Гуда, адже це можна розуміти як посилення та поширення злочинного впливу, особливо якщо прихильники твору обиратимуть таку ж модель поведінки; актора фільму, який через свої особисті якості і можливості так досконало та правдиво зіграв керівника злочинної організації, що тим самим здійснив вплив на свідомість особи, схиливши її до вчинення тяжких злочинів [6; 18; 19]. Залишається сподіватись на професійність і здоровий глузд правозастосувачів, а відтак на те, що окреслені (надумані?) прогнози не стануть реальністю, а тому до випадків (зокрема, засобами мистецтва) романтизації і героїзації кримінальної субкультури ст. 255¹ КК не застосовуватиметься. Принаймні до такої думки схиляє існуюча на сьогодні практика складання і вручення повідомлень про підозру за ст. 255¹ КК [20].

Вище розглянуті лише окремі кримінально-правові новели, запроваджені Законом від 4 червня 2020 р. Однак навіть із запропонованого стислого аналізу зрозуміло, що нові нормативні положення, спрямовані на протидію суб'єктам, які займають вище становище у злочинній ієрархії, є складними для застосування, частково неоднозначними і дискусійними. Незважаючи на це, розглядувані новели загалом мають (повинні мати) позитивний ефект, адже вони передбачають елементи впливу на лідерів злочинного світу, зокрема уможливають притягнення їх до кримінальної відповідальності за прояви соціально неприйнятної поведінки. У черговий раз переконались у тому, що не може бути кримінального закону, в якому б всі норми були побудовані з дотриманням омріяної чіткості – без певної невизначеності не обійтись. За таких обставин особливу значимість набуває професійне науково-практичне коментування статей КК, змінених або включених до цього Кодексу на підставі Закону від 4 червня 2020 р.

Слід пам'ятати і про те, що навіть якісний кримінальний закон не гарантує справедливого і виваженого правозастосування. Бо ефективність законотворення вимірюється передусім правозастосуванням: яким би не був закон, він може бути спотворений практикою його застосування [21]. Завершимо ж наші міркування висловлюванням Конфуція: коли я приїжджаю в чужу країну, я не запитую, добрі чи погані тут закони; я лише запитую, чи виконуються вони.

1. Жаровська Г.П. Транснаціональна організована злочинність в Україні: феномен, детермінація, протидія: монографія. Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2018. 568 с.
2. Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики: сборник очерков / под ред. В.В. Лунеева. Москва: Изд-во Юрайт, 2010. 779 с.
3. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини, вчинені злочинною спільнотою: пояснювальна записка до проекту Закону України від 2 грудня 2019 р. № 2513. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67506 (дата звернення: 15.04.2021).
4. Пристай Т., Мельников Д. Легітимація поняття «вор в законі» та іншої злочинної термінології: дієвий спосіб протидії організованій злочинності чи чергові декларативні норми? URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/legitimaciya-ponyattya-vor-v-zakoni-ta-inshoyi-zlochinnoyi-terminologiyi-dieviy-sposib-protidii-org.html> (дата звернення: 15.04.2021).
5. Юртаєва К.В., Романів Р.Р. Компаративно-критичний аналіз положень КК України щодо відповідальності за злочини, вчинені злочинною спільнотою. Вісник Асоціації кримінального права України. 2020. № 2. С. 220–232.
6. Фріс П., Фріс І. Про боротьбу зі злочинними спільнотами (нотатки на полях закону). Юридичний вісник України. 17–30 лип. 2020 р., № 28–29.
7. Копйова І.А., Ципишук К.В. Щодо доцільності введення категорії «вор/злочин в законі» в кримінальне законодавство України. Вісник Асоціації кримінального права України. 2020. № 2. С. 209–219.
8. Трунцевский Ю.В., Сухаренко А.Н. Правовое регулирование борьбы с «ворами в законе» в странах СНГ. Международное публичное и частное право. 2016. № 5. С. 43–47.
9. Речицький В. Критичний аналіз ст. 255 Кримінального кодексу України щодо встановлення відповідальності за злочини, вчинені «злочинною спільнотою» (станом на 22.07.2020). URL: <http://khp.org/1595421303> (дата звернення: 15.04.2021).

10. Кваша О.О., Гацелюк В.О., Перемот С.В. Проблеми внесення поняття «злодій в законі» до Кримінального кодексу України. Правова держава. 2015. Вип. 26. С. 366–376.
11. Борков В. Занятие высшего положения в преступной иерархии: начало, содержание и конец преступления. Уголовное право. 2019. № 4. С. 11–16.
12. Бурлаков В.Н., Щепельков В.Ф. Лидер преступного сообщества и основание ответственности: постмодерн в уголовном праве. Всероссийский криминологический журнал. 2019. Т. 13. № 3. С. 465–476.
13. Скобликов П. Занятие высшего положения в преступной иерархии: статус или деяние? Уголовное право. 2019. № 6. С. 81–85.
14. Егорова Н.А., Егоров А.Г. Уголовная ответственность за занятие высшего положения в преступной иерархии: продолжение дискуссии. Вестник Волгоградской Академии МВД России. 2020. № 1. С. 34–44.
15. Топильская Е.В. Об особенностях составов преступлений, предусмотренных статьями 210 и 210.1 Уголовного кодекса Российской Федерации. Криминалист. 2020. № 2. С. 40–43.
16. Якушева Т.В. Противодействие преступным сообществам (преступным организациям) и лидерам криминальной среды: деструктивные тенденции, поиск новых законодательных решений. Всероссийский криминологический журнал. 2020. Т. 14. № 5. С. 723–734.
17. ЦППР. Щотижневий аналіз подій 15–22 червня 2020 року. Кримінальний закон – двосічне лезо: з ним треба бути обережнішим. URL: <https://pravo.org.ua/ua/news/20874528-schotigeneviy-analiz-podiy-15--22-cherivnya-2020-roku#Кримінальний%20закон%20%20двосічне%20лезо:%20з%20ним%20треба%20бути%20обережнішим> (дата звернення: 15.04.2021).
18. Устинова А. Законопроект о «ворах в законе» как способ закрывать рты. URL: <https://www.pravda.com.ua/rus/columns/2020/01/28/7238526> (дата звернення: 15.04.2021).
19. Жаргон у законі – що може змінитись у ККУ? URL: <https://artius.ua/novini/zhargon-u-zakoni-shho-mozhe-zminitis-u-kku.html> (дата звернення: 15.04.2021).
20. Поліція повідомила про підозру злодію в законі та двом «смотрящим» по – їм загрожує до 15 років ув'язнення. URL: <https://hromadske.ua/posts/policiya-povidomila-pro-pidozru-zlodiya-v-zakoni-ta-dvom-smotryashim-yim-zagrohuye-do-15-rokiv-uvyaznennya> (дата звернення: 15.04.2021).
21. Якість та ефективність законотворення: актуальні питання. Голос України. 18 лют. 2017 р. № 32.

Проблематика виконання наказу (розпорядження) у світлі положень Закону України «Про запобігання корупції»⁶

Включення до Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» (далі – Закон від 14 жовтня 2014 р.) окремого розділу, присвяченого правилам етичної поведінки осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, прирівняних до них осіб (розділ VI), пояснюється антикорупційною спрямованістю зазначених правил, узгоджується з міжнародно-правовими стандартами протидії корупції. Водночас встановлення вказаних правил, надання їм правового характеру має на меті виконання більш глобального завдання – забезпечити професійну і добросчесну поведінку публічних службовців, підвищені (жорсткіші) вимоги до якої ставляться з огляду на те, що вказані особи можуть: розпоряджатись значними ресурсами (матеріальними, людськими тощо); ухвалювати рішення, здатні впливати на інших фізичних та юридичних осіб; діяти в умовах реалізації формально не врегульованих законом дискреційних повноважень тощо. З цього приводу в юридичній літературі слушно зазначається, що етика публічного службовця є не лише вагомим важелем запобігання корупції, а і ресурсом управління професійною діяльністю, чинником стимулювання високого професіоналізму бюрократії, важливим елементом довіри і партнерських відносин між громадою і владою у процесі побудови правової, демократичної і соціальної держави [1, с. 398, 405]. Одне з правил етичної поведінки, встановлених Законом від 14 жовтня 2014 р., присвячене утриманню від виконання незаконних рішень чи доручень (ст. 44).

Оцінюючи такий законодавчий крок, відзначимо, що сучасне суспільство не може існувати без управління, наявності владних відносин, виконавської дисципліни, а управління зазвичай здійснюється за допомогою різноманітних настанов. При цьому і Конституція України (ст. 60), і Закон від 14 жовтня 2014 р. відкидають теорію так званого 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.

Алгоритм поведінки, описаної в ст. 44 Закону від 14 жовтня 2014 р., є таким: 1) оцінити отримане для виконання рішення чи доручення з погляду його правомірності; 2) утриматись від виконання того рішення чи доручення, яке, на думку виконавця, є таким, що суперечить закону; 3) негайно в письмовій формі повідомити про характер отриманого рішення (доручення) керівника органу, підприємства, установи, організації, в якому особа працює. Якщо незаконне рішення (доручення) або рішення (доручення), що становить загрозу для правоохоронюваних інтересів, отримала виборна особа, то вона зобов'язана негайно проінформувати про це НАЗК.

З викладеного випливає, що особа, яка сумлінно виконує законні, з її точки зору, рішення або доручення, захищена законом при заподіянні шкоди правоохоронюваним інтересам, і такий підхід сприяє зміцненню виконавської дисципліни. При оцінці отриманого для виконання рішення або доручення слід, серед іншого, враховувати, що певний управлінський акт може бути незаконним як за формою, так і за змістом. Так, особа, яка адресує цей акт виконавцю, може порушити ті чи інші формальні ознаки, наприклад, вимоги ч. 3 ст. 9 Закону України від 10 грудня 2015 р. «Про державну службу» (далі – Закон від 10 грудня 2015 р.) стосовно того, що наказ (розпорядження) має бути письмовим і містити конкретне завдання, інформацію про його предмет, мету, строк виконання та особу, відповідальну за виконання.

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 (ч. 2 ст. 41 Кримінального кодексу України, далі – КК). До слова, виходячи з принципу рівності усіх перед законом, чинний КК встановлює однакові критерії правомірності виконання наказу (розпорядження) як для цивільних осіб, так і для військових і правоохоронців.

⁶ Стаття написана у співавторстві з К.Б. Дудоровою й опублікована: Актуальні проблеми реалізації положень Закону України «Про запобігання корупції»: тези доповідей регіонального круглого столу, м. Запоріжжя, 1–2 грудня 2017 р. / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. Запоріжжя: ЗНУ, 2017. С. 49–54.

Слід мати на увазі, що правила, закріплені в ст. 44 Закону від 14 жовтня 2014 р. (а передусім, зрозуміло, в ст. 60 Конституції України), закладають лише підвалини для врегулювання питань, пов'язаних із виконанням незаконних рішень (доручень), виглядають певною мірою незавершеними, а тому підлягають застосуванню в сукупності з іншими законодавчими положеннями.

Зокрема, ч. 6 ст. 9 Закону від 10 грудня 2015 р. передбачає, що державний службовець у разі виникнення у нього сумніву щодо законності виданого керівником наказу (розпорядження), доручення повинен вимагати його письмового підтвердження, після отримання якого зобов'язаний виконати такий наказ (розпорядження), доручення. Одночасно з виконанням такого наказу (розпорядження), доручення державний службовець зобов'язаний у письмовій формі повідомити про нього керівника вищого рівня або орган вищого рівня.

Про таку саме послідовність дій йдеться в п. 3 розділу II Загальних правил етичної поведінки державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування, затверджених наказом Національного агентства України з питань державної служби від 5 серпня 2016 р. № 158, а також у Кодексі доброчесної поведінки та професійної етики військових посадових осіб, державних службовців та інших осіб, уповноважених на виконання функцій держави, затверджених Міністром оборони України 15 березня 2017 р. Натомість п. 3 Правил етичної поведінки працівників апарату Міністерства юстиції України та його територіальних органів, затверджених наказом цього Міністерства від 21 вересня 2017 р. № № 2952/5, встановлює, що в разі виникнення сумніву щодо законності доручення керівника працівник повинен виконати таке доручення, одночасно поінформувавши керівника про ймовірні ризики його виконання. Оскільки наведене правило суперечить ст. 9 Закону від 10 грудня 2015 р. і ст. 44 Закону від 14 жовтня 2014 р., застосовуватись мають приписи цих законів, а не згаданий підзаконний нормативно-правовий акт.

Принагідно відзначимо, що письмове підтвердження керівником обов'язковості виконання його завідомо незаконного наказу (розпорядження), адресованого підлеглому, на юридичну дій, пов'язаних з виконанням такого наказу, не впливає. З приводу другорядної (допоміжної) ролі подібного письмового підтвердження С.І. Дячук зазначає, що таке підтвердження є лише способом (прийомом) усунення сумнівів виконавця щодо правомірності того наказу, який не носить явно незаконний, а тим більше явно злочинний характер. «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. й ті, що виходять за межі службових відносин, як і явно злочинні накази у будь-якому разі не підлягають виконанню» [2, с. 59–60].

Якщо державний службовець дотримався ч. 6 ст. 9 Закону від 10 грудня 2015 р., то він звільняється від відповідальності за виконання зазначеного наказу (розпорядження), доручення, якщо його буде визнано незаконним у встановленому законом порядку, крім випадків виконання явно злочинного наказу (розпорядження), доручення. Якщо ж державний службовець виконав наказ (розпорядження), доручення, визнане у встановленому законом порядку незаконними, і не вчинив дій, зазначених вище, то він несе відповідальність за своє діяння відповідно до закону. За видання керівником та виконання державним службовцем явно злочинного наказу (розпорядження), доручення особи несуть відповідальність згідно із законом.

В окремих міжнародно-правових документах закріплена доктрина «розумних багнетів», суть якої полягає в тому, що особи, котрі перебувають на службі у збройних підрозділах держави, не повинні сліпо підкорятись вказівкам своїх начальників (командирів) і зобов'язані відмовлятися виконувати явно незаконні накази. Так, у Кодексі поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку (ООН, 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. Встановлено, 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.

Доктрина «розумних багнетів» знаходить відображення і в чинному законодавстві України. Зокрема, співробітники СБУ повинні відмовитись від виконання будь-яких наказів, розпоряджень чи вказівок, що суперечать чинному законодавству (ст. 35 Закону України від 25 березня 1992 р.

«Про службу безпеки України»). Ст. 4 Дисциплінарного статуту органів внутрішніх справ України, затвердженого Законом України від 22 лютого 2006 р., передбачає, що у разі одержання наказу, який суперечить закону, підлеглий не повинен виконувати його, про що повинен негайно поінформувати начальника, який віддав наказ, а в разі підтвердження цього наказу – письмово поінформувати старшого прямого начальника. Відповідно до частин 2 і 3 ст. 8 Закону України від 2 липня 2015 р. «Про Національну поліцію» поліцейському заборонено виконувати злочинні чи явно незаконні розпорядження та накази. Накази, розпорядження та доручення вищих органів, керівників, посадових та службових осіб, службова, політична, економічна або інша доцільність не можуть бути підставою для порушення поліцейським Конституції та законів України.

Вважаємо, що має рацію Д.М. Навроцький, який вказує на невдалість наведених законодавчих приписів: формулювання «службова, політична, економічна або інша доцільність» є оціночним; наведена класифікація наказів не відповідає ст. 60 Конституції України; положення Закону «Про Національну поліцію» не узгоджені зі ст. 4 Дисциплінарного статуту органів внутрішніх справ України (при тому, що поліція є одним із таких органів), а також зі ст. 41 КК [3, с. 174].

Військова дисципліна зобов'язує кожного військовослужбовця додержуватися Конституції та законів України, військової присяги, неухильно виконувати вимоги військових статутів, накази командирів. П. 6 розділу I Дисциплінарного статуту Збройних Сил України, затвердженого Законом України від 24 березня 1999 р., передбачає право командира віддавати накази і розпорядження, а обов'язок підлеглого – їх виконувати, крім випадку віддання явно злочинного наказу чи розпорядження. Через наявність такого застереження нам складно погодитись із твердженням про те, що в цьому законодавчому акті знайшла відображення не доктрина «розумних багнетів», а доктрина «пасивного виконання» [3, с. 174].

Водночас доктрина «пасивного виконання» (треба так розуміти) втілена у п. 16 Кодексу поведінки працівників, до функціональних обов'язків яких належить здійснення управління кордонами, затвердженого наказом МВС, Міністерства фінансів, Адміністрації Державної податкової служби, Головдержслужби України від 5 липня 2011 р. № 330/151/809/434/146. Тут зазначається, що відповідний працівник у разі одержання доручення (письмового чи усного), яке суперечить чинному законодавству України, зобов'язаний невідкладно в письмовій формі повідомити про це посадову особу, яка дала доручення, а в разі наполягання на його виконанні – повідомити вищу за посадою особу. У випадку виконання неправомірного доручення працівник та керівник, який надав це доручення, несуть відповідальність згідно із законом.

Оскільки наведені правила не повною мірою узгоджуються зі ст. 44 Закону від 14 жовтня 2014 р., яка, зокрема, вимагає від особи, уповноваженої на виконання функцій держави, утриматись від виконання доручення, яке, на думку цієї особи, є незаконним, застосовуватись у цій частині, на наш погляд, повинен саме Закон «Про запобігання корупції». Сказане стосується і п. 14 Кодексу поведінки працівників, до функціональних обов'язків яких належать оформлення та видача документів, що посвідчують особу, затвердженого наказом МВС, МЗС, Мінінфраструктури, Головдержслужби України від 14 червня 2011 р. № 319/149/145/145.

Явність як суб'єктивна оцінка характеру наказу (розпорядження) його виконавцем є питанням факту. Взагалі з урахуванням конкретних обставин психічне ставлення особи до діянь, вчинення яких від неї вимагається наказом (розпорядженням), наслідків цих діянь і до характеру вимог самого наказу (розпорядження) може бути умисним, необережним або невинним. Очевидний характер спрямованості явно злочинного наказу (розпорядження) на вчинення злочину іншою особою може вимагати від останньої наявності спеціальних знань. У звичайних умовах обачна і розсудлива особа, яка має такі знання 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 [2, с. 46].

Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати злочинного характеру наказу (розпорядження), то кримінальна відповідальність цієї особи за діяння, вчинене з метою виконання такого наказу, виключається (ч. 5 ст. 41 КК). Кримінальній відповідальності у цьому разі підлягає тільки особа, яка віддала злочинний наказ та яка визнається опосередкованим виконавцем того чи іншого злочину.

1. Державна антикорупційна політика і запобігання та протидія корупції на публічній службі в органах державної влади і органах місцевого самоврядування: монографія / за ред. проф. Ю.В. Ковбасюка і проф. В.Л. Федоренка. – К.: Вид-во Лыра-К, НАДУ, 2016. – 524 с.
2. Дячук С.І. Виконання наказу чи розпорядження у кримінальному праві (основні поняття, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства) / С.І. Дячук. – К.: Атіка, 2001. – 176 с.
3. Навроцький Д.М. Виконання наказу або розпорядження у діяльності працівників правоохоронних органів / Д.М. Навроцький // Юридичний науковий електронний журнал. – 2016. – № 4. – С. 173–176.

Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим: проблеми правозастосування⁷

Включення до Кримінального кодексу України (далі – КК) статті 46, присвяченої звільненню від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, означає розширення диспозитивних засад у кримінальному праві, засвідчує шанобливе ставлення держави до фігури потерпілого, виходить з недоцільності застосування кримінально-правової репресії в ситуаціях, коли відновлення соціальної справедливості можливе шляхом примирення. Звернення до ст. 46 КК, втілюючи ідею відновлювального правосуддя, дає змогу: потерпілому – більш оперативно отримати належну компенсацію заподіяної йому шкоди; особі, яка вчинила злочин, – правомірно уникнути кримінальної відповідальності; державі – зекономити фінансові та інші ресурси для боротьби зі злочинністю. Розглядуване звільнення від кримінальної відповідальності – це і прояв гуманізму як щодо особи, яка вчинила злочин, так і щодо потерпілого, якому надається право вибачити цю особу та водночас захистити свої права.

Не дивлячись на таку схвальну оцінку аналізованої кримінально-правової норми, вона суперечливо тлумачиться в доктрині, а її застосування пов'язане з певними труднощами, зумовленими як притаманною КК правовою невизначеністю в цій частині, так і неузгодженістю КК з нормами Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК).

1. Ст. 46 КК (за винятком застереження щодо корупційних злочинів) не містить формальних обмежень, пов'язаних із потерпілими, суб'єктами злочинів і характером заподіяної шкоди, щодо злочинів невеликої тяжкості і необережних злочинів середньої тяжкості, за вчинення яких особа звільняється від кримінальної відповідальності у зв'язку з її примиренням із потерпілим. Не викликає сумнівів можливість застосування ст. 46 КК у випадках вчинення злочинів відповідної тяжкості, передбачених розділами II–V Особливої частини КК. Адже «їх вчиненням заподіюється чи може бути заподіяна шкода інтересам особистості...» [1, с. 178]. Водночас питання про доречність кримінально-правового примирення потребує ретельного розгляду в контексті з'ясування наявності його підстави та умов у випадках вчинення тих злочинів (проти безпеки виробництва, безпеки руху та експлуатації транспорту, громадської безпеки, громадського порядку і моральності тощо), які, з одного боку, можуть передбачати наявність потерпілих, а, з іншого, завдають шкоду (створюють загрозу її заподіяння) не тільки приватним, а й публічним інтересам.

Розв'язуючи аналогічну проблему і виходячи з того, що потерпілий під час примирення вправі пробачити тільки шкоду, заподіяну виключно його приватним інтересам, Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) у п. 19 своєї постанови від 11 грудня 2015 р. № 13 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» вказав на недопустимість укладення угод про примирення у провадженнях про кримінальні правопорушення, де основним об'єктом виступають публічні інтереси, а спричинена конкретним фізичним або юридичним особам шкода є лише проявом посягання на основний об'єкт. На користь думки про безпідставність застосування законодавчого положення про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим наголошується, зокрема, на тому, що відшкодування потерпілому шкоди, заподіяної у випадку вчинення «багатооб'єктного» злочину, не здатне повернути публічні інтереси як основний об'єкт кримінально-правової охорони в їх первісний стан [2, с. 36].

Розглянувши заяву заступника Генерального прокурора України про неправильність укладення угоди про примирення з особою, яка вчинила злочин, передбачений ч. 1 ст. 286 КК, і критично розцінивши викладене роз'яснення ВССУ, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – ВСУ) вказала на відсутність підстав для відмови в затвердженні цієї угоди і не погодилась з прокурором у тому, що її умови не відповідали інтересам суспільства (бо публічний інтерес залишився без задоволення). На думку ВСУ, при визначенні того, чи можна укладати угоди про примирення між потерпілим та обвинуваченим стосовно «багатооб'єктних»

⁷ Стаття опублікована: Азовські правові читання: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Бердянськ, 17–18 травня 2019 р. Бердянськ: ТОВ «Модем-1», 2019. С. 76–86.

злочинів (на кшталт передбаченого ч. 1 ст. 286 КК), суд має керуватись не тільки формальними вимогами норм КПК, а й дотримуватись засадничих принципів публічності і диспозитивності, балансу між приватними і публічними інтересами. З одного боку, в силу публічного характеру кримінально-правового регулювання угоди про примирення повинна відводитись другорядна роль у забезпеченні балансу інтересів. З іншого, існує група охоронюваних кримінальним правом суспільних відносин, в яких приватні інтереси їх учасників можуть переважати над суспільними (публічними) інтересами настільки, що волевиявлення потерпілого матиме вирішальне значення для кримінальної відповідальності винної особи. Без наявності приватних інтересів і вираження волевиявлення до їх реалізації жодні публічні інтереси не можуть бути досягнуті (постанова ВСУ від 31 березня 2016 у справі № 5-27к16). Керуючись викладеною позицією, Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду (далі – ВС) розцінив як правомірне укладення угоди про примирення з особою, визнаною винуватою у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 345 КК [3].

Вирішальним чинником при вирішенні питання про застосування ст. 46 КК щодо «багатооб'єктних» злочинів вважаю позицію потерпілого від злочину щодо шляхів розв'язання того чи іншого кримінально-правового конфлікту. Це зумовлено: а) призначенням аналізованої статті КК; б) конституційно закріпленим пріоритетом прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина над інтересами держави; в) сприйняттям викладеної позиції ВСУ щодо визнання пріоритету засад приватності і диспозитивності при розв'язанні кримінально-правових конфліктів; г) тим, що кримінальне провадження має здійснюватись з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави (ст. 8 КПК). Така позиція, обстоювана мною в одному з науково-практичних коментарів КК [4, с. 134], сприймається і судовою практикою.

Так, ухвалою Верховинського районного суду Івано-Франківської області, залишеною без змін ухвалою Івано-Франківського апеляційного суду, особу, яка вчинила злочин, передбачений ч. 1 ст. 286 КК, було звільнено від кримінальної відповідальності на підставі ст. 46 КК. У касаційній скарзі прокурор, наполягаючи на незаконності такого рішення про закриття кримінального провадження, зазначив, що застосування ст. 46 КК можливе лише у кримінальних провадженнях, в яких основним і безпосереднім об'єктом злочинного посягання є суспільні відносини з охорони особистих або майнових інтересів особи, а не суспільні відносини у сфері дорожнього руху та його безпеки. Відмовляючи у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою прокурора і наполягаючи на тому, що кримінальний закон у цьому разі застосовано правильно, Касаційний кримінальний суд у складі ВС для спростування позиції прокурора послався, зокрема, на правовий висновок, викладений у згаданій постанові ВСУ від 31 березня 2016 р., а також вказав на заподіяння шкоди тільки фізичній особі як потерпілому, з яким примирився той, вчинив злочин. Іншим об'єктам, про що йдеться в касаційній скарзі прокурора, шкода спричинена не була [5].

Водночас вважаю, що заслуговує на підтримку доктринальна пропозиція закріпити у вдосконаленій ст. 46 КК конкретизований перелік злочинів, які мають публічний характер і вчинення яких передбачатиме можливість (а не обов'язковість) звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим [1, с. 172, 179, 180].

2. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК) нагадує відомий зарубіжному законодавству інститут медіації як альтернативного способу врегулювання кримінально-правових конфліктів, в основу якого покладено посередництво в примиренні сторін. При цьому у більшості держав світу примирення з потерпілим є інститутом не кримінального, а кримінально-процесуального права. Ознайомлення з главою 35 КПК «Кримінальне провадження на підставі угод» дозволяє стверджувати, що вітчизняний законодавець сприймає такий підхід.

Наразі 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, а передбачені вказаними кодексами варіанти примирення мають різну юридичну природу та інші відмінності, докладно описані в юридичній літературі [6, с. 135–141]. Як наслідок, В.О. Навроцький

вказує на суперечність між ст. 46 КК як нормою матеріального права і нормами КПК, присвяченими угодам про примирення [7, с. 445]. Так, кримінальне провадження на підставі угод, про які йдеться в КПК, передбачає винесення обвинувального вироку і призначення покарання (хай і узгодженого сторонами відповідної угоди), чого не відбувається у випадку звільнення від кримінальної відповідальності, у тому числі на підставі ст. 46 КК. Розрізняються і коло тих кримінальних правопорушень, щодо яких застосовується кримінально-правове і кримінально-процесуальне примирення, а також підстави і порядок апеляційного оскарження відповідних судових рішень. На жаль, у судовій практиці згадані відмінності інколи ігноруються.

Показовою у цьому сенсі є постанова Касаційного кримінального суду ВС, якою залишено без змін ухвалу Апеляційного суду м. Києва, якою, своєю чергою, відмовлено у відкритті провадження за апеляційною скаргою прокурора на вирок щодо особи, котра вчинила злочин, передбачений ч. 1 ст. 286 КК. Йшлося про вирок Шевченківського районного суду м. Києва, яким було затверджено угоду про примирення, укладену між обвинуваченим і потерпілим, а особу, яка вчинила вказаний злочин, звільнено від кримінальної відповідальності на підставі 46 КК у зв'язку з примиренням винного з потерпілим. Але ж у випадку застосування ст. 46 КК, як і норм про інші варіанти звільнення від кримінальної відповідальності, обвинувальний вирок суду, яким особа офіційно визнається винуватою у вчиненні злочину та який відображає негативну оцінку вчиненого з боку держави, не виноситься. Формою судового рішення у випадку звільнення від кримінальної відповідальності згідно з КПК є не вирок, а ухвала. Ігноруючи ту обставину, що КК і КПК передбачають різні порядки примирення, і чомусь роблячи наголос на главі 35 КПК, судді Касаційного кримінального суду у складі ВС не побачили процесуальних перешкод для укладання угоди про примирення між обвинуваченим і потерпілим [8]. Натомість у конкретній ситуації звернення до ст. 46 КК передусім слід було з'ясувати дотримання передбачених нею матеріально-правових підстави та умов звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Загалом можна констатувати несистемний характер законодавчих змін у частині регламентації процедур примирення і необхідність уніфікації положень про примирення, передбачених КК і КПК (зрозуміло, за умови збереження інституту звільнення від кримінальної відповідальності як такого). Постає, однак, прикладне питання, нормам якого кодексу слід надавати перевагу, якщо в конкретному кримінальному провадженні вбачаються підстави для одночасного застосування відповідних законодавчих положень (тобто і КК, і КПК).

Якщо до суду надійшла угода про примирення, укладена в порядку, визначеному КПК, однак мають місце передбачені ст. 46 КК умови звільнення від кримінальної відповідальності та згода обвинуваченого на таке звільнення, то суд повинен відмовити у затвердженні угоди про примирення (п. 3 ч. 7 ст. 474 КПК) і звільнити обвинуваченого від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим. Таке слушне роз'яснення наводиться у п. 19 постанови Пленуму ВССУ від 11 грудня 2015 р. № 13 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод».

Отже, питання про пріоритет ст. 46 КК або норм КПК щодо угод про примирення між потерпілим і підозрюваним (обвинуваченим) має вирішуватись на користь ст. 46 КК як імперативної норми, застосування якої тягне для порушника кримінально-правової заборони більш сприятливі наслідки. На користь такого варіанту подолання вказаної конкуренції правових норм, у правильності якого не сумнівається, зокрема, Н.А. Орловська [9, с. 112], О.С. Козак наводить низку аргументів, зокрема: звільнення від кримінальної відповідальності є найбільш гуманним заходом щодо особи, котра вчинила злочин, полягаючи у відмові держави від застосування щодо неї передбачених КК обмежень її певних прав і свобод; воно не тягне за собою судимості і проявляється у закритті кримінального провадження судом [10, с. 312]. Водночас слід мати на увазі, що за відсутності однієї з умов примирення, регламентованого ст. 46 КК, особа не може бути звільнена від кримінальної відповідальності, однак це не виключає укладення угоди про примирення в порядку, закріпленому КПК.

3. Із ст. 46 КК випливає, що примирення має відбутись з потерпілим (важливим є волевиявлення саме цієї особи). При цьому на законодавчому рівні відсутня ясність з питання про можливість звернення до ст. 46 КК у випадку заподіяння злочином шкоди не людині, а юридичній особі, державі або суспільству. Зрозуміло, що та чи інша відповідь на це питання залежить від того,

яке розуміння потерпілого сприймається та як вирішується проблема співвідношення кримінально-правового і кримінально-процесуального поняття потерпілого.

На відміну від КПК (ч. 1 ст. 55), КК не містить визначення поняття потерпілого. Хоч, як слушно зазначається у літературі, за логікою речей процесуальна фігура потерпілого похідна від його матеріально-правового статусу. Поняття «потерпілий» в його кримінально-правовому значенні є первинним щодо однойменної категорії в кримінальному процесі і за ґенезою, і темпорально [11, с. 18–19]. З урахуванням часу «входження» фігури потерпілого від злочину до сфери дії відповідних нормативних актів, а також з погляду завдань, що постають перед кримінальним і кримінальним процесуальним правом, Ю.В. Баулін називає неприйнятним шлях рецепції визначення потерпілого, закріпленого в КПК, для кримінально-правових потреб [12, с. 544].

Якщо кримінально-процесуальне поняття потерпілого потрібне для того, щоб виокремити цю фігуру серед інших учасників кримінального провадження, закріпити правила їх взаємодії між собою, наділити її відповідними правами та обов'язками, то кримінально-правове поняття потерпілого, яке має бути первинним (базовим) стосовно відповідного кримінально-процесуального поняття, покликане сприяти вирішенню питань, пов'язаних із криміналізацією, кваліфікацією злочинів, диференціацією кримінальної відповідальності і звільненням від неї.

З урахуванням викладеного вище складно погодитись з авторами, які при аналізі ст. 46 КК беззастережно посилаються саме на кримінально-процесуальну дефініцію поняття потерпілого [13, с. 139; 14, с. 259; 15, с. 149; 16, с. 295]. При цьому має рацію О.С. Козак, яка висловлюється за те, щоб вдосконалена ст. 46 КК надавала можливість примиритися не тільки з потерпілим (у сенсі фізичною особою), а й з представником юридичної особи [10, с. 314].

Якщо внаслідок кримінального правопорушення сталася смерть особи (наприклад, це може бути вбивство через необережність (ч. 1 ст. 119 КК) або умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони (ст. 118 КК)), то права потерпілого можуть мати близькі родичі чи члени сім'ї такої особи (ч. 6 ст. 55 КПК). Постає питання, чи може з такими особами відбутись регламентоване ст. 46 КК примирення. Окремі дослідники дають ствердну відповідь на поставлене питання, виходячи з того, що шкодою, яка може бути відшкодована у випадку смерті людини, є витрати на її поховання, втрата засобів до існування особами, які перебували на утриманні загиблого, тощо [1, с. 175–176].

Останнім часом я заперечував звернення до ст. 46 КК у подібних ситуаціях, беручи до уваги, зокрема, те, що близькі родичі або члени сім'ї загиблої особи, які за КПК можуть мати права потерпілого, не охоплюються кримінально-правовим поняттям потерпілого від злочину (цим поняттям мають охоплюватися лише такі фізичні особи, яким шкода внаслідок вчинення злочину заподіюється безпосередньо). До того ж заподіяна злочином шкода з погляду застосування ст. 46 КК має бути такою, що за своїм характером піддається відшкодуванню (усуненню); заподіювана ж, зокрема, вбивством шкода (смерть людини) має невідворотний характер [4, с. 136].

Як і в доктрині, на практиці поставлене питання вирішувалось суперечливо. Так, приступаючи до розв'язання цієї виключної правової проблеми, Велика Палата (далі – ВП) ВС констатувала неоднаковість практики застосування ст. 46 КК у випадках, коли злочином заподіяно смерть потерпілого. Зокрема, з проаналізованих ухвал судів першої інстанції, які набрали законної сили, вбачалось, що в окремих судових рішеннях було відмовлено в задоволенні клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням з тих мотивів, що завдана шкода у вигляді смерті є невідвратною, а тому не може бути усунута або відшкодована; в інших випадках такі клопотання судами задовольнялись.

ВП ВС вирішила, що у ст. 46 КК поняття «потерпілий» вжито в його кримінально-правовому (первинному), а не кримінально-процесуальному розумінні, тобто це жертва посягання – особа, якій кримінальним правопорушенням безпосередньо заподіюється фізична, моральна та/або матеріальна шкода (або існує безпосередня загроза її заподіяння). Такий висновок впливає з телеологічного (цільового) тлумачення кримінального закону. Право на примирення у ст. 46 КК є особистим правом потерпілого, яке не може бути ніким присвоєне та не може бути нікому делеговане. Таке право є природним правом людини, нерозривно пов'язаним з нею, та похідним від інших прав людини, включаючи право на життя. Використання права на примирення іншими

особами (зокрема, особами, визнаними потерпілими від кримінального правопорушення у кримінально-процесуальному сенсі) є неможливим, оскільки таке право тісно пов'язане з особою, яка безпосередньо постраждала внаслідок вчинення щодо неї кримінального правопорушення. Під час примирення лише сам потерпілий може виражати свою волю, а не інші особи, які є його представниками або правонаступниками. У випадку кримінально-правового примирення відбувається своєрідне повернення потерпілого у попередній стан, який існував до вчинення щодо нього кримінального правопорушення. Потерпілий у кримінально-процесуальному розумінні не наділяється правом примирюватися чи не примирюватися з винним замість безпосередньої жертви кримінального правопорушення, якій заподіяно смерть, під час вирішення питання про звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. 46 КК. Протилежний підхід означав би, що до близьких осіб потерпілого, який помер, та які були визнані потерпілими у кримінальному провадженні, переходять не лише права потерпілого, а й його воля (волевиявлення), що є не правильним, оскільки це суперечить змісту як закону України про кримінальну відповідальність, так і змісту кримінального процесуального закону.

Крім цього, продовжила свою аргументацію ВП ВС, позбавлення життя людини є наслідком, що має незворотний характер. У випадку вчинення кримінального правопорушення зі смертельними наслідками потерпілого в кримінально-правовому розумінні на момент вирішення питання про відшкодування шкоди фізично вже не існує. Отже, смерть як припинення існування одного з правомочних суб'єктів кримінально-правових відносин з примирення винного з потерпілим у розумінні ст. 46 КК унеможливорює здійснення такого примирення. Якщо потерпілого (жертви кримінального правопорушення) фізично немає, то ніхто інший не може висловити його волю під час вирішення питань, пов'язаних з відшкодуванням шкоди у вигляді смерті як підстави для звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК. Водночас будь-яка шкода, заподіяна кримінальним правопорушенням, може і повинна бути компенсована своєчасно та в повному обсязі незалежно від того, чи відбулося примирення, передбачене ст. 46 КК, і це може вплинути на подальші кримінально-правові наслідки при призначенні покарання та на умови його відбування [17].

Слід, однак, відзначити, що викладеним проблематика суб'єктного складу кримінально-правового примирення не вичерпується.

Так, вирішуючи питання, чи можуть з погляду застосування ст. 46 КК укладати угоди про примирення законні представники потерпілого, якщо ним є неповнолітній або особа, визнана недієздатною чи обмежено дієздатною (ч. 1 ст. 59 КПК), на мою думку слід виходити з того, що право на примирення – це матеріальне право особи, яке не може бути передано законному представнику, оскільки кримінальне право не знає інституту представництва. Тому законні представники відповідних потерпілих не вправі здійснювати належні останнім матеріальні права і, відповідно, бути суб'єктами примирення, врегульованого КК.

На користь зробленого висновку вказують як правовий висновок, чітко сформульований у згаданій вище постанові ВП ВС, так і ч. 4 ст. 56 КПК, згідно з якою право примиритись з підозрюваним (обвинуваченим) та укласти угоду про примирення у випадках, передбачених у тому числі законом України про кримінальну відповідальність, має потерпілий. На відміну від інших кримінально-процесуальних норм, про законних представників тут не йдеться. До того ж питання участі законного представника потерпілого у кримінальному провадженні згідно з відсильною нормою, передбаченою ч. 2 ст. 59 КПК, регулюються статтею 44 цього Кодексу; відповідно ж 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.

Крім цього, якщо потерпілими виступають малолітні особи чи особи, які за своїм психічним станом не можуть адекватно використовувати належні їм права, то слід виходити з презумпції їх незгоди з примиренням; посягання, вчинене проти такого потерпілого, засвідчує більшу суспільну небезпеку особи, у зв'язку з чим її було б неправильно звільняти від кримінальної відповідальності. Свого часу у доктрині висувалась пропозиція закріпити у КПК положення про те, що винний може примиритись безпосередньо з неповнолітнім або обмежено дієздатним і без згоди

законних представників, якщо останні виступають проти примирення з мотивів, які, на думку суду, не заслуговують на увагу. У чинному КПК, однак, позначена проблема не розв'язана.

1. Куц В.М., Ященко А.М. Примирення учасників кримінально-правового конфлікту (кримінально-правові конфлікти): монографія. Харків: Юрайт, 2013. 328 с.
2. Гарбатович Д. Освобождение лица от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим. Уголовное право. 2014. № 2. С. 31–36.
3. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 6 грудня 2018 р. у справі № 756/11661/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78496216> (дата звернення: 30.04.2019).
4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та доповн. Київ: Дакор, 2018. 1368 с.
5. Ухвала колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 1 лютого 2019 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79573141> (дата звернення: 30.04.2019).
6. Чумак К. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим vs угода про примирення: проблема розмежування. Науковий часопис Національної академії прокуратури. 2016. № 2. С. 135–141.
7. Сучасна кримінально-правова система в Україні: реалії та перспективи. Київ: Ваіте, 2015. 688 с.
8. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 29 листопада 2018 р. у справі № 761/6774/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78297690> (дата звернення: 30.04.2019).
9. Орловська Н.А. Актуальні питання угод у кримінальному праві України. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2018. № 17. С. 106–113.
10. Козак О.С. Відмежування звільнення від кримінальної відповідальності від інших кримінально-правових інститутів та угоди про примирення. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2013. № 3. С. 308–315.
11. Анощенкова С.В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем / отв. ред. Н.А. Лопашенко. Москва: Волтерс Клувер, 2006. 248 с.
12. Баулін Ю.В. Вибрані праці. Харків: Право, 2013. 928 с.
13. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернея. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2018. 1104 с.
14. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2016. Т. 17: Кримінальне право / редкол.: В.Я. Тацій (голова), В.І. Борисов (заст. голови) та ін.; Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2017. 1064.
15. Слінько Д.С. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим: кримінально-правові та процесуальні питання. Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія «Право». 2016. Вип. 21. С. 149–152.
16. Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник. Вид. 3-тє, доп. і перероб. Одеса: Фенікс, 2018. 394 с.
17. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 р. у справі № 439/397/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79298600> (дата звернення: 30.04.2019).

Щодо ефективності кримінально-правового регулювання давності у контексті взаємодії норм КК і КПК України⁸

На ефективність кримінально-правових норм та інститутів, яка традиційно визначається через ступінь досягнення поставлених перед ними цілей, впливає багато чинників як правового, так і неправового характеру, один з яких – рівень узгодженості та взаємодії положень Кримінального і Кримінального процесуального кодексів України (далі, відповідно, – КК і КПК). Модель ефективного кримінально-правового регулювання суспільних відносин передбачає з-поміж іншого те, що процесуальні норми, визначаючи порядок застосування кримінально-правових норм, не повинні ні втручатись у предмет матеріального кримінального права, ні, тим більше, суперечити останньому, утворюючи колізії. Дослідження сьогоденного стану взаємодії норм КК і КПК уможлиблює визначення питань ефективності кримінально-правового регулювання. Розглянемо одне з таких питань докладно.

Ч. 2 ст. 49 КК надає можливість суб'єктам кримінального переслідування протягом 15-річного строку вирішувати питання про реалізацію кримінальної відповідальності щодо особи, яка, вчинивши злочин, ухиляється від органів досудового розслідування та/або суду. Вказані в ч. 1 ст. 49 КК строки давності диференційовано залежно від виду вчиненого злочину, а щодо злочинів невеликої тяжкості – від виду передбаченого у санкції статті покарання. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності застосовується щодо осіб, які вчинили злочини будь-якої тяжкості, за винятком злочинів, вичерпним чином перерахованих у ч. 5 ст. 49 КК. Фахівці дискутують з питання, що є справжньою підставою зазначеного заходу кримінально-правового характеру (істотне зменшення суспільної небезпеки злочину, що позначається на досягненні мети покарання, реалізація принципу гуманізму, втрата повністю або значною мірою суспільної небезпеки особи, недоцільність реагування держави на вчинений у минулому злочин, проблематичність успішного досудового розслідування злочину та об'єктивного судового розгляду тощо), однак у будь-якому разі передбачене ст. 49 КК звільнення від кримінальної відповідальності застосовується за наявності декількох обов'язкових умов, однією з яких є вплив зазначених у законі строків.

Констатуємо загалом виваженість існуючого кримінально-правового регулювання аналізованого звільнення від кримінальної відповідальності [1], водночас відзначимо, що його ефективність наразі серйозно знижується через процесуальне унормування строків кримінального провадження на стадії досудового розслідування. Так, приписи ч. 1 ст. 219 і п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК, викладені в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р. «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», зобов'язують слідчого, прокурора закрити кримінальне провадження після закінчення 6-, 12- або 18-місячного строку (залежно від тяжкості кримінального правопорушення) з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР), якщо жодній особі не було повідомлено про підозру. При цьому строк розслідування, який закінчився, поновленню не підлягає (ч. 5 ст. 294 КПК).

З одного боку, внаслідок вказаних законодавчих змін стало остаточно зрозуміло, що ситуація зі невстановленням органом досудового розслідування особи, яка вчинила злочин, не має нічого спільного із застосуванням ст. 49 КК. Відповідне закриття кримінального провадження не пов'язується із звільненням від кримінальної відповідальності, що частково заслуговує на схвальну оцінку. Можна також стверджувати, що змінений КПК встановив самостійну (до того ж невідому КК) підставу завершення охоронних кримінально-правових відносин. Чинний КПК (на відміну від ч. 3 ст. 11-1 КПК 1960 р., яка неодноразово зазнавала критики [2]), як відомо, не передбачає порядок закриття кримінального провадження у зв'язку із закінченням строків давності щодо осіб, не встановлених досудовим розслідуванням. Це «слід визнати позитивним надбанням вітчизняного кримінального процесуального законодавства, адже за відсутності даних про особу,

⁸ Стаття написана у співавторстві з Т.О. Лоскутовим та опублікована: Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Харків, 18–19 жовтня 2018 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2018. С. 158–163.

яка вчинила кримінальне правопорушення, а, отже, й даних про переривання або зупинення перебігу строку давності, закриття кримінального провадження з цієї підстави неможливе» [3].

З іншого боку, попри те, що момент вчинення злочину і момент внесення відомостей до ЄРДР можуть дещо не збігатись у часі, передбачення у КПК строків досудового розслідування до повідомлення особі про підозру, які (навіть продовжені у встановленому порядку – ч. 2 ст. 295-1 КПК) за тривалістю істотно поступаються закріпленим у ч. 1 ст. 49 КК строкам давності (не кажучи вже про 15-річний недиференційований строк, визначений у ч. 2 ст. 49 КК), негативним чином впливає на кримінально-правове регулювання звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності. Адже після закінчення визначених КПК строків кримінальне провадження закривається, а суб'єкти кримінального переслідування позбавляються можливості здійснювати процесуальну діяльність з викриття винної особи у межах строку давності, визначеного КК.

За таких обставин можна зрозуміти появу в юридичній літературі висловлювань на кшталт того, що процесуальна норма (ч. 1 ст. 219 КПК) не просто суперечить матеріальній нормі (ст. 49 КК), а повністю її нівелює [4]. На думку судді Верховного Суду М.В. Мазура, якщо КК визначає строки давності притягнення до кримінальної відповідальності (ст. 49 КК) [5], то КПК – строки досудового розслідування, після закінчення яких кримінальне провадження підлягає закриттю (ст. 219 КПК, п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК). Це може призвести до неможливості притягнення особи до кримінальної відповідальності із закінченням відповідного строку, що, однак, не означає, що відповідні процесуальні правила набувають кримінально-правового характеру нарівні з положеннями ст. 49 КК [6].

Не вступаючи в дискусію щодо правової природи згаданих положень КПК, відзначимо, що останні фактично набувають кримінально-правового значення і, вступаючи зі ст. 49 КК у вкрай небажану колізію, змінюють регулювання суспільних відносин, які є предметом матеріального кримінального права. Очевидно, що формальне регулювання строків досудового розслідування до повідомлення особі про підозру перешкоджає досягненню результату регулювання давності, уособлюваного ст. 49 КК. Переконані в тому, що вимога ст. 21 КПК щодо вирішення справи в розумні строки не повинна реалізовуватись шляхом ігнорування кримінально-правових приписів, присвячених давності. Як слушно зазначається в літературі, кримінально-правовий інститут давності, враховуючи об'єктивну дію часу та його вплив на кримінально-правові відносини між державою і тим, хто вчинив злочин, покликаний забезпечити здійснення кримінального судочинства в строки, встановлені кримінально-процесуальним законом [7]. Поки що ситуація є зворотною: процесуальні строки беруть гору над кримінально-правовою матерією.

Обмеження кримінально-правового регулювання звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності за допомогою процесуальної регламентації строків досудового розслідування є, на нашу думку, недоцільним і через те, що до появи особи підозрюваного в кримінальному провадженні слідчий і прокурор здійснюють неперсоніфіковане кримінальне переслідування, істотно не зачіпаючи права та свободи особи. Лише після офіційного встановлення особи підозрюваного у кримінальному провадженні на неї розповсюджуються всі міжнародні та європейські стандарти захисту прав і свобод. Тому вважаємо неправильним регламентувати будь-які строки досудового розслідування до встановлення особи, підозрюваної у вчиненні злочину.

Для поновлення ефективності застосування ст. 49 КК й усунення з'ясованої неузгодженості між матеріальним і процесуальним регулюванням звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності потрібно внести зміни до КПК, повернувши регулювання строків досудового розслідування у стан, коли вони не відраховувалися до повідомлення особі про підозру.

З цією метою пропонуємо виключити: з ч. 1 ст. 219 КПК – абз. 2; з «другого» п. 10 [8] ч. 1 ст. 284 КПК – абз. 2; зі ст. 294 КПК – ч. 1; зі ст. 295-1 КПК – частини 2 і 4. Водночас необхідність правового врегулювання відмінної від передбаченої ст. 49 КК «давності» злочину, вчиненого не встановленою особою, змушує задуматись над доповненням ч. 1 ст. 284 КПК такою підставою закриття кримінального провадження, як сплив строку давності, передбаченого КК.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

Редакція процесуальної норми, яка дозволить вирішувати питання про долю кримінального переслідування у розглядуваній ситуації, потребує фахового обговорення з тим, щоб, по-перше, уникнути притаманної ч. 3 ст. 11-1 КПК невизначеності щодо тривалості відповідного строку [9] і, по-друге, не спонукати органи досудового розслідування до пасивності щодо викриття особи, яка вчинила злочин.

1. Потреба робити відповідне застереження пояснюється необхідністю внесення до КК щонайменше таких змін: встановлення більш тривалих строків давності (див., наприклад: Клименко В. Проблема удосконалення законодавства про строки давності притягнення до кримінальної відповідальності. Підприємництво, господарство і право. 2006. № 1. С. 107–109); передбачення «скорочених» строків давності у випадку вчинення незакінченого злочину (див.: Головчак М.М. Давність у кримінальному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. К., 2014. С. 9, 185); перегляд кінцевого моменту перебігу строків давності (див.: Кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. К.: Істина, 2011. С. 801–802); конкретизація кримінально-правового поняття «ухилення від досудового слідства та суду» (див.: Дудоров О.О., Письменський Є.О. Поняття «ухилення від досудового слідства» в контексті звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності. Вісник Кримінологічної асоціації України. 2015. № 2. С. 87–99).
2. Дудоров О.О. Давність у кримінальному праві (окремі аспекти взаємодії КК і КПК України). Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Одеса, 15–16 грудня 2017 р. Одеса: Міжнародний гуманітарний університет, 2017. С. 30–31.
3. Рось Г.В. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2017. Вип. 2. С. 295.
4. Корнага О. Строки на два боки. Закон і Бізнес. 24–30 березня 2018 р., № 11–12. Корнага О. Популізм породжує помилки. Закон і Бізнес. 31 березня – 6 квітня 2018 р., № 13.
5. Варто уточнити, що в ст. 49 чинного КК, який порівняно з КК 1960 р. уточнив юридичну природу аналізованого звільнення від кримінальної відповідальності, визначаються строки настання кримінальної відповідальності, а не притягнення до неї.
6. Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 6 червня 2018 р. у справі № 180/746/16-к // Єдиний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74630454>.
7. Ендольцева А.В., Ендольцева Ю.В. Правовые последствия истечения сроков давности совершенного преступления: российский и зарубежный опыт: монографія. М.: МГИМО-Университет. 2017. С. 117–118.
8. У ч. 1 чинної редакції ст. 284 КПК передбачено два пункти з однаковою нумерацією, що яскраво демонструє «якість» сьогоднішньої законотворчості.
9. Невдала редакція ч. 3 ст. 11-1 КПК породжувала у судовій практиці суперечки щодо того, який строк мав спливати для закриття судом кримінальної справи, – диференційований строк давності, вказаний у ч. 1 ст. 49 КК, чи 15-річний строк, зазначений у ч. 2 цієї статті КК (див.: Аналіз судової практики застосування норм закону про звільнення від кримінальної відповідальності (покарання) у зв'язку із закінченням строків давності. Вісник Верховного Суду України. 2015. № 2. С. 22–24).

Проблема зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання у контексті забезпечення єдності судової практики⁹

Як реалізація кримінальної відповідальності призначення покарання завершує судовий розгляд, є його своєрідною кульмінацією та одним із найбільш складних і відповідальних етапів правозастосування. Помилки, які трапляються при призначенні покарання, не лише ускладнюють або унеможливають досягнення мети покарання (ч. 2 ст. 50 Кримінального кодексу України; далі – КК), а й підривають авторитет правосуддя і держави загалом, порушують права та свободи людини, послаблюють боротьбу зі злочинністю тощо. Одним із важливих питань, вирішуваних судом при призначенні покарання, виступає зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання, врегульоване ст. 72 КК, яка протягом декількох останніх років зазнала резонансних змін.

Нагадаємо, що ухвалений 26 листопада 2015 р. Закон «Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо удосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання» (далі – Закон від 26 листопада 2015 р. або «Закон Савченко») вніс зміни до ч. 5 ст. 72 КК, зобов'язуючи суд у разі засудження особи до позбавлення волі зарахувати строк попереднього ув'язнення у строк покарання за правилом «один день попереднього ув'язнення дорівнює двом дням позбавлення волі». Докладний аналіз положень «Закону Савченко» був здійснений, зокрема, такими дослідниками, як К.П. Задоя [1], О.З. Гладун [2], А.О. Галай [3], Т.І. Слуцька [4]. Однак 21 червня 2017 р. набрав чинності Закон від 18 травня 2017 р. «Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо правила складання покарань та зарахування строку попереднього ув'язнення» (далі – Закон від 18 травня 2017 р.), на підставі якого згадані зміни були скасовані, а зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання (у разі засудження до позбавлення волі) має здійснюватись, як і раніше, із розрахунку день за день.

У зв'язку із зазначеними змінами перед судовою практикою і кримінально-правовою доктриною постало питання про дію відповідного кримінального закону у часі. Вважаючи за доцільне висвітлити непростий шлях розв'язання зазначеного питання, ми, серед іншого, виходимо з того, що при цьому вдасться показати роль юридичної науки при розв'язанні складних кримінально-правових проблем, а також торкнутись феномену різноманіття існуючих проявів кримінально-правового реагування на вчинення злочину або іншого діяння, забороненого КК.

6 червня 2018 р. об'єднана палата Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі, відповідно, ККС і ВС), розглядаючи касаційну скаргу щодо неправильного застосування ч. 5 ст. 72 КК, ухвалила рішення, в якому зробила такий висновок: при зарахуванні попереднього ув'язнення у строк покарання у виді позбавлення волі або у строк іншого покарання, передбаченого ч. 1 ст. 72 КК, з огляду на положення статей 4, 5 КК, ч. 5 ст. 72 КК у редакції Закону від 26 листопада 2015 р. підлягає застосуванню стосовно періодів попереднього ув'язнення, які тривали до 20 червня 2017 р. включно, зокрема, до набрання чинності вказаним Законом, а в редакції Закону від 18 травня 2017 р. – до періодів, які мали місце, починаючи з 21 червня 2017 р., незалежно від того, коли було вчинено злочин, за фактом якого здійснюється відповідне кримінальне провадження. Слід зазначити, що необхідність формулювання відповідного висновку була зумовлена неоднаковою судовою практикою при застосуванні ч. 5 ст. 72 КК, у т. ч. на рівні ККС ВС (див., наприклад, постанову колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 1 березня 2018 р. у справі № 759/19973/15-к і постанову колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 13 березня 2018 р. у справі № 440/853/17).

Свою позицію об'єднана палата ККС ВС аргументувала тим, що положення ч. 5 ст. 72 КК про зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання не можна ототожнювати з кримінально-правовими наслідками вчиненого діяння в розумінні ч. 2 ст. 4 КК. Стверджувалось, що вказане положення так само не пов'язане зі скасуванням або пом'якшенням відповідальності, про яке йдеться у ст. 58 Конституції України. На думку об'єднаної палати ККС ВС, згадані в ч. 5 ст. 72 КК види попереднього ув'язнення становлять собою заходи не кримінально-правово-

⁹ Стаття написана у співавторстві з Є.О. Письменським та опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2018. Вип. 4. С. 78–93.

го, а кримінально-процесуального характеру, що мають на меті виключно забезпечення належного здійснення кримінального провадження. Застосування подібних заходів не може розглядатись як безпосередній наслідок вчиненого злочину, оскільки вони зумовлені не визнанням судом особи винуватою, а застосовуються до моменту постановлення вироку та (або) до набрання ним законної сили за наявності відповідних підстав, передбачених кримінальним процесуальним законодавством. Відповідно, передбачене ч. 5 ст. 72 КК зарахування попереднього ув'язнення є головним чином наслідком застосування відповідних кримінально-процесуальних заходів, у зв'язку з чим не може розглядатись як кримінально-правовий наслідок злочину [5].

Щоправда, висловлена позиція не була одностайною. Так, інший підхід обстоював суддя ККС ВС С.І. Кравченко, відобразивши його в окремій думці до аналізованого судового рішення. Згаданий суддя виходив із протилежної точки зору, яка домінує в кримінально-правовій доктрині і полягає в тому, що зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання є саме кримінально-правовим наслідком діяння в розумінні ч. 2 ст. 4 КК. Ст. 72, будучи розміщеною у розділі XI Загальної частини КК, є нормою матеріального кримінального права, застосування якої безпосередньо впливає на призначення покарання, зменшення розміру призначеного покарання чи звільнення від нього. Звідси, на думку С.І. Кравченка, впливала неправильність висновку об'єднаної палати ККС ВС про визнання зарахування попереднього ув'язнення, передбаченого ч. 5 ст. 72 КК, процесуальним заходом [6].

Згодом, з метою забезпечення розвитку права і формування єдиної правозастосовної практики, колегія суддів Другої судової палати ККС ВС (до складу якої входив і С.І. Кравченко), констатувавши наявність виключної правової проблеми з досліджуваного питання, ухвалила рішення про передачу розглядуваного нею кримінального провадження до Великої Палати (далі – ВП) ВС. Таке рішення слушно обґрунтовувалось: поширеною в судах практикою неоднакового застосування ч. 5 ст. 72 КК, викладеної в редакціях законів від 21 листопада 2015 р. і 18 травня 2017 р.; існуванням різних правових позицій колегій суддів ККС ВС щодо застосування цієї кримінально-правової норми; згаданим висновком об'єднаної палати ККС ВС та окремою думкою до нього [7].

Примітно, що в основу рішення про передачу аналізованого питання на розгляд ВП ВС з-поміж іншого була покладена позиція членів Науково-консультативної ради, утвореної при ВС (далі – НКР), до повноважень якої належить підготовка наукових висновків щодо тлумачення та застосування норм права. При цьому з висновків членів НКР – В.І. Борисова, П.С. Берзіна, В.М. Бурдіна, К.П. Задой, В.О. Навроцького, Є.О. Письменського, В.І. Тютюгіна, В.І. Шакуна, С.Д. Шапченка – чітко впливає, що зарахування до призначеного покарання строку попереднього ув'язнення є кримінально-правовим наслідком вчиненого злочину, впливає на кримінально-правовий статус особи, а отже, «нова стара» редакція ч. 5 ст. 72 КК має пряму дію в часі, тобто поширюється лише на тих осіб, які вчинили злочини після моменту набрання чинності Законом від 18 травня 2017 р. Натомість, як впливає з постанови об'єднаної палати ККС ВС від 6 червня 2018 р., відображене в ній рішення про невизнання зарахування попереднього ув'язнення кримінально-правовим наслідком вчиненого злочину ухвалювалось без взяття до уваги позиції членів НКР, яка в цьому разі вирізнялась однозначністю й одностайністю.

На нашу думку, яка збігається з точкою зору як судді ККС ВС С.І. Кравченка, так і колег – членів НКР, зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання слід вважати кримінально-правовим наслідком діяння в розумінні ч. 2 ст. 4 КК, а ч. 5 ст. 72 КК – законом про кримінальну відповідальність у сенсі ст. 5 КК. Саме таку позицію ми відобразили в науково-практичному коментарі до ст. 72 КК [8, с. 216–217], який, до речі, був зданий до друку ще до моменту ухвалення відповідної постанови ВП ВС (див. про неї нижче).

Принагідно зауважимо, що у вітчизняній юридичній літературі питання про поняття і види (коло, перелік) кримінально-правових наслідків злочинного діяння, а так само про співвідношення цих наслідків із заходами кримінально-правового характеру загалом і кримінальною відповідальністю зокрема вирішується суперечливо. Це і не дивно, адже, як слушно зазначає Ю.А. Пономаренко, кримінально-правові наслідки належать до числа тих засобів реагування на вчинення злочину, поняття яких у законодавчому порядку не визначається, а їхні складові – не називаються [9, с. 192]. Складно не погодитись з В.І. Борисовим і В.С. Батиргареевою у тому, що проблема інших

кримінально-правових наслідків діяння ще далека від свого остаточного вирішення, не кажучи вже про домінування певної усталеної позиції хоча б щодо переліку таких наслідків [10, с. 409].

У будь-якому разі безспірними для нас є положення про те, що: а) ч. 3 ст. 3 КК, згідно з якою злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються цим Кодексом, може розцінюватися як певне законодавче свідчення (підтвердження) реалізації в Україні ідеї багатокількісності заходів кримінально-правового впливу; б) поняттям інших кримінально-правових наслідків злочину, відмінних від караності, слід охоплювати щонайменше примусові заходи виховного і медичного характеру (за умови їх застосування їх до осудних порушників кримінально-правових заборон, які досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність), примусове лікування, спеціальну конфіскацію і заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб. Водночас заради справедливості відзначимо, що у доступних нам джерелах ми не змогли відшукувати прямого віднесення передбаченого ч. 5 ст. 72 КК зарахування попереднього ув'язнення у строк призначеного покарання до інших кримінально-правових наслідків. Хоча не факт, що і за наявності такої чітко артикульованої наукової позиції вона була б сприйнята об'єднаною палатою ККС ВС, позаяк остання, як вже зазначалось, не взяла до уваги однастайний підхід членів НКР.

На чому ж ґрунтується наша переконаність у належності зарахування попереднього ув'язнення у строк призначеного покарання до інших кримінально-правових наслідків діяння? Відповідь на це питання буде такою – передусім на виробленому доктриною та, як видається, безспірному і спільному розумінні інших кримінально-правових наслідків діяння як будь-яких передбачених КК примусових заходів кримінально-правового впливу, що підлягають застосуванню до особи у зв'язку із вчиненням нею злочину та які здатні поліпшити чи погіршити її становище. При цьому ми свідомо уникаємо дискусійного в юридичній літературі питання про належність до кримінально-правових наслідків діяння звільнення від кримінальної відповідальності та (або) його певних різновидів, як і більш глобального питання – про предмет кримінально-правового регулювання. Водночас вважаємо, що зміст кримінально-правових наслідків вчиненого діяння може розкриватись широко, включаючи всі передбачені КК примусові (як каральні, так і некаральні) заходи впливу на поведінку особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння. У цьому аспекті має рацію А.В. Андреев, який пише про систему заходів кримінально-правового впливу як про сукупність урегульованих кримінальним законом форм реагування держави на вчинений злочин [11, с. 40]. Подібним чином розмірковує К.А. Новікова, яка зазначає, що «родове поняття заходів кримінально-правового впливу можна визначити як обмеження прав і свобод людини, які передбачені кримінальним законом та застосовуються у примусовому порядку тільки судом виключно за вчинення суспільно небезпечного діяння до фізичної або юридичної особи» [12, с. 358].

Установлене в ч. 5 ст. 72 КК як окремому структурному елементу закону про кримінальну відповідальність правило про зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання безпосередньо пов'язане з тим обсягом правообмежень, яких зазнає особа у зв'язку із вчиненням злочином. Відповідно до цієї норми попереднє ув'язнення набуває значення, аналогічного тому, що й покарання (прирівнюється до нього або є йому рівнозначним), а отже, має кримінально-правовий характер. Показовим у зв'язку з цим є те, що, наприклад, А.М. Яценко до кримінально-правових наслідків у сенсі ч. 3 ст. 3 КК відносить, серед іншого, «корегування призначеного покарання» [13, с. 230].

Варто наголосити і на тому, що в ч. 5 ст. 72 КК йдеться не про застосування відповідного запобіжного заходу, а про його вплив на обсяг кримінальної відповідальності особи, яка вчинила злочин. Ця норма описує одну з правових ситуацій, яка має місце після вчинення злочину в межах кримінально-правових відносин і стосується реалізації кримінальної відповідальності. «... правову природу зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання слід у будь-якому разі випадку визначати незалежно від правової природи самого попереднього ув'язнення, позаяк застосування попереднього ув'язнення та його зарахування у строк покарання є різними (окремими) правовими заходами» [14]. З'ясовуючи галузеву належність положення, закріпленого в ч. 5 ст. 72 КК, вважаємо за доречне навести висловлювання Н.А. Орловської про те, що «тільки законодавець визначає галузеву приналежність конкретних заходів. І якщо ці заходи передба-

чаються нормами кримінального закону, то відмовляти їм у кримінально-правовому характері немає підстав...» [15, с. 78].

У науковому висновку члена НКР при ВС К.П. Задорі слушно зазначається, що змістовно зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання, хоч і не пов'язується законодавцем виключно із вчиненням особою діяння (на відміну, наприклад, від караності), все ж обумовлюється цим юридичним фактом. Протилежний підхід (невизнання такого зарахування кримінально-правовим наслідком) означав би, що так само не є кримінально-правовими наслідками злочину, наприклад, більшість випадків звільнення від кримінальної відповідальності або умовно-дострокове звільнення від покарання, адже у першому випадку, як правило, береться до уваги посткримінальна поведінка особи, а в другому – ще й фактично відбутий строк покарання. Згаданий дослідник привертає увагу і до того, що умовою зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання є поєднання трьох юридичних фактів: 1) вчинення особою злочину; 2) призначення особі покарання; 3) застосування до неї раніше попереднього ув'язнення. Оскільки відсутність хоча б одного з цих елементів не дозволяє застосувати ч. 5 ст. 72 КК, зарахування попереднього ув'язнення може вважатись правовим наслідком, однаковою мірою обумовленим кожним із зазначених фактів [14].

Далі спробуємо спростувати аргументи, висловлені в постанові об'єднаної палати ККС ВС від 6 червня 2018 р.

Намагаючись встановити, чи можна зарахування строку попереднього ув'язнення у строк покарання вважати кримінально-правовим наслідком діяння, ККС ВС вирішив передусім з'ясувати (причому, на наш погляд, занадто розлого) правову природу самого попереднього ув'язнення. Це, як видається, сприяло тому, що врешті-решт було допущено логічну помилку у виді підміни тези. Адже сама по собі правова природа запобіжних заходів сумнівів не викликає: попереднє ув'язнення як один із таких заходів є заходом не кримінально-правового, а, як слушно підкреслює ККС ВС, кримінально-процесуального характеру та не має на меті покарати особу за вчинений злочин.

Розкриваючи співвідношення кримінальної відповідальності і згаданих заходів, один із нас свого часу писав, що пов'язаний із вчиненням злочину державний примус застосовується раніше, ніж обвинувальний вирок суду набирає законної сили (наприклад, обрання запобіжного заходу). Однак регламентовані КПК заходи кримінально-процесуального примусу, не дивлячись на істотність пов'язаних з їх застосуванням обмежень прав і свобод особи (підозрюваного, обвинуваченого, підсудного), не свідчать про виникнення кримінальної відповідальності як інституту матеріального (кримінального) права. Зазначені заходи, будучи покликаними забезпечувати невідворотність кримінальної відповідальності за вчинений злочин, не є заходами кримінально-правового впливу і лише створюють необхідні передумови для застосування кримінально-правових норм, а надалі – норм кримінально-виконавчого права [16, с. 717].

Тут не буде зайвим відзначити, що у судовій практиці використане у розглядуваній «заліковій» нормі поняття попереднього ув'язнення тлумачиться поширювально і, не зводячись до тримання особи під вартою як запобіжного заходу, тимчасового або екстрадиційного арешту, охоплює застосування до особи інших передбачених КК і КПК заходів, пов'язаних із знаходженням особи в умовах фізичної несвободи. Йдеться, зокрема, про перебування особи у відповідному стаціонарному закладі при проведенні судово-психіатричної або судово-медичної експертизи, перебування особи, яка відбуває покарання, в установах попереднього ув'язнення для проведення слідчих дій або участі у судовому розгляді. Вочевидь, доцільно викласти ч. 5 ст. 72 КК у новій редакції з тим, щоб легалізувати такий усталений правозастосовний підхід, справедливості якого сумнівів не викликає та який вже знаходив втілення (інше питання – наскільки вдале) в цій кримінально-правовій нормі, викладеній у редакції Закону від 26 листопада 2015 р.

Повертаючись до тексту аналізованого рішення об'єднаної палати ККС ВС ВС, відзначимо, що у цій його частині ВС замість тези про юридичну природу зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання обґрунтовує інше положення – вужче за обсягом (зміст і значення попереднього ув'язнення), через що відбувся хибний перехід в іншу предметну сферу, а положення, що потребує обґрунтування, доводиться лише частково і до того ж непереконливо. Як наслідок, констатуємо, що із слушного висновку про те, що зазначене в ч. 5 ст. 72 КК в редакції Закону

від 26 листопада 2015 р. попереднє ув'язнення за своїм правовим змістом – це процесуальний захід забезпечення кримінального провадження, у жодному разі не впливає те, що зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання не є кримінально-правовим наслідком злочину.

На жаль, тієї обставини, що ККС ВС припустився згаданій логічній помилки не помітив і суддя цього Суду М.В. Мазур, який у своїй окремій співпадаючій думці до рішення від 6 червня 2018 р. написав таке: «Верховний Суд дослідив правову природу попереднього ув'язнення та дійшов висновку, що останнє має виражену кримінально-процесуальну природу, яка істотно відрізняє його від покарання чи інших кримінально-правових наслідків злочину в розумінні ч. 2 ст. 4 КК» [17]. Ніхто ж не сумнівається в тому, що попереднє ув'язнення має не матеріально-правову, а процесуальну природу.

У рішенні об'єднаної палати ККС ВС спостерігається, так би мовити, штучне поєднання застосування запобіжних заходів, що мають безспірну процесуальну природу, із прирівнюванням періоду, протягом якого особа була попередньо ув'язнена, до строку покарання, яке признається після її засудження за вчинений злочин. Як зазначається з цього приводу у вказаному рішенні, «застосування запобіжного заходу й подальше зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання є безпосереднім наслідком не вчиненого злочину, а в першу чергу процесуальної поведінки особи» [5].

Насправді ж лише застосований судом запобіжний захід знаходиться у зв'язку з поведінкою особи, демонстрованою під час здійснення кримінального провадження. А зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання є (головним чином) наслідком іншого рішення суду, що не зумовлюється такою поведінкою, – про визнання особи винуватою у вчиненні злочину, її засудження та призначення покарання. З набранням обвинувальним вироком суду законної сили таке рішення свідчить про настання кримінальної відповідальності (фактичною підставою для якої є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, а зовсім не поведінка підозрюваної чи обвинуваченої особи під час кримінального провадження) та початок її реалізації.

«Закріплений у ч. 5 ст. 72 КК України особливий порядок зарахування строку попереднього ув'язнення у строк покарання, призначеного судом, підтверджує те, що законодавець не визнає застосування взяття під варту як запобіжного заходу несенням кримінальної відповідальності» [16, с. 717]. Водночас після призначення покарання суд з урахуванням факту застосування до засудженого попереднього ув'язнення зараховує період його перебування в умовах фактичної несвободи до строку визначеного покарання.

У своїй окремій співпадаючій думці до рішення об'єднаної палати ККС ВС від 6 червня 2018 р. суддя ВС М.В. Мазур, переконаний у правильності відображеної в цьому рішенні позиції, передбачене ч. 5 ст. 72 КК зарахування попереднього ув'язнення в строк покарання характеризує як «своєрідний механізм, який у випадку засудження особи дозволяє компенсувати за рахунок призначеного їй покарання той строк, протягом якого вона утримувалася в місцях несвободи на підставі процесуальних норм, не дивлячись на принцип презумпції невинуватості. Цей механізм не переслідує мети зменшення обсягу кримінально-правової репресії, що застосовується державою до особи, яка вчинила злочин, а лише спрямований на відновлення прав особи, обмежених у зв'язку із застосуванням кримінально-процесуальних заходів» [17].

Відверто кажучи, нам складно зрозуміти, чому закріплений у ч. 5 ст. 72 КК механізм не слід визнавати спрямованим на зменшення обсягу кримінально-правової репресії, яка застосовується державою до особи, яка вчинила злочин, як і те, чому не зовсім зрозуміла «компенсація», про яку веде мову М.В. Мазур (до слова сумнівність тези про «компенсаційний механізм» гарно продемонстрована К.П. Задоею) [14], позбавлена характеру кримінально-правової матерії. На нашу думку, передбачене ч. 5 ст. 72 КК положення фактично становить собою спеціальне правило призначення покарання (на кшталт призначення покарання за сукупністю злочинів або за наявності обставин, що пом'якшують покарання), за якого процесуальний за своєю природою захід втрачає своє первісне значення, набуваючи значення заходу кримінально-правового впливу.

Слід відзначити, що питання про юридичну природу зарахування попереднього ув'язнення в строк покарання у вітчизняній кримінально-правовій доктрині найбільш ретельно дослідив

К.П. Задоя, який зробив узагальнюючий висновок про те, що зазначене зарахування є, по суті, звільненням особи від відбування частини строку призначеного їй покарання. При цьому дослідник доводить, що: а) з точки зору Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і практики ЄСПЛ зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання, регламентоване ст. 72 КК, повинне розглядатись як елемент (складова) єдиного правового ефекту, який конвенційною термінологією називається покаранням [1, с. 221–229]; б) об'єднана палата ККС ВС і, зокрема, суддя цього Суду М.В. Мазур не виправдано абсолютизував одну з правових позицій ЄСПЛ, ігноруючи більш широкий контекст практики ЄСПЛ [18]. Попри показані теоретичні відмінності в частині з'ясування юридичної природи зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання цілком очевидно, що наукова позиція К.П. Задоя є потужним аргументом на користь положення саме про кримінально-правову (а не процесуальну) природу законодавчого припису про вказане зарахування.

Викладені міркування не дозволили нам погодитись із відображеною в постанові об'єднаної палати ККС ВС категоричною думкою про те, що правила складання покарань та зарахування строку попереднього ув'язнення, хоч і містяться у нормі КК України (ч. 5 ст. 72), за своєю суттю та цілями фактично виконують функцію вирішення процесуальних питань. Крім викладеного вище, треба зазначити, що вирішення процесуальних питань суд здійснює безперервно на всіх стадіях кримінального провадження. Постановлення обвинувального вироку із засудженням особи та призначенням їй покарання так само пов'язане із розв'язанням питань процесуального характеру. Водночас це жодним чином не заперечує тезу про те, що постановлення такого вироку одночасно передбачає звернення до норм матеріального кримінального права, до яких належить і положення про зарахування строку попереднього ув'язнення, а також їхнє подальше застосування.

Прагнучи висловити на користь своєї позиції максимальну кількість аргументів, об'єднана палата ККС ВС зазначає в своєму рішенні і таке: «Правила зарахування попереднього ув'язнення не є передбачуваними кримінально-правовими наслідками з огляду й на те, що особа наперед не може знати достеменно, будуть до неї застосовані відповідні процесуальні заходи чи ні, та про їх тривалість» [5].

По-перше, правила як такі взагалі не можуть вважатися (або не вважатись) кримінально-правовими наслідками діяння. По-друге (і найголовніше), якщо сприйняти логіку міркувань ВС, то, наприклад, і покарання доведеться не визнавати кримінально-правовим наслідком злочину, бо ж особа, яка порушила заборонну норму КК, наперед достеменно не знає вид і розмір покарання, яке йому призначить суд. Як слушно зауважує з цього приводу Ю.А. Пономаренко, «належність певних передбачених законом заходів до кримінально-правових наслідків злочину залежить від їх правової сутності, а не від того, чи може особа їх достеменно передбачати» [19, с. 38].

Продовжуючи аналізувати постанову об'єднаної палати ККС ВС від 6 червня 2018 р., слід відзначити, що, обґрунтовуючи свою позицію, ВС, хоч і послався на одне з рішень ЄСПЛ (у справі «Кафкаріс проти Кіпру» від 12 лютого 2008 р.), не вирішив за потрібне звертатись до принципу верховенства права, яким зобов'язаний керуватись суддя при здійсненні правосуддя (ст. 129 Конституції України). І з цим варто погодитись – навіть при тому, що в порядку інтерпретації згаданого принципу міг би бути зроблений обстоюваний ККС ВС висновок про пріоритет у застосуванні ч. 5 ст. 72 у редакції Закону від 18 травня 2017 р. (точніше про зворотну дію в часі цього закону про кримінальну відповідальність) з уникненням сумнівної аргументації, наведеної в аналізованому рішенні ВС. Пояснимо свою думку.

З'ясовуючи спрямованість міркувань, продемонстровану в постанові об'єднаної палати ККС ВС від 6 червня 2018 р., можна припустити, що, формулюючи зазначену в ній позицію, судді виходили з необхідності усунути порушення принципів справедливості та рівності громадян перед законом, яке відбулось через законодавче рішення про зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання до позбавлення волі з розрахунку «день за два». Непрямим підтвердженням слушності нашого припущення може слугувати висловлювання судді ККС ВС М.В. Мазура в уже згадуваній окремій думці про те, що ч. 5 ст. 72 КК у редакції Закону від 18 травня 2017 р. містить «в цілому розумні, справедливі, пропорційні й недискримінаційні правила зарахування у строк покарання попереднього ув'язнення – один день попереднього ув'язнення дорівнює одному дню

позбавлення волі, що є цілком правильним з огляду на те, що обидва ці заходи пов'язані із утриманням особи в місцях несвободи» [17].

Однак, чи існували у ККС ВС належні можливості для відновлення справедливості в цьому разі, якщо враховувати необхідність дотримання принципів кримінального права в їхній сукупності без надання переваги одним на догоду іншим? Зокрема, йдеться про принцип законності, зміст якого в кримінальному праві має особливе (унікальне на противагу іншим галузям права) значення та полягає, серед іншого, в тому, що злочинність діяння та його кримінально-правові наслідки визначає тільки кримінальний закон України. Поєднання всіх кримінально-правових приписів в одному нормативно-правовому акті визнається вагомим додатковою гарантією забезпечення прав і свобод людини від свавілля [20, с. 304].

Нагадаємо, що набрання чинності Законом України від 12 травня 2016 р. «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», який проголосив, що суддя при здійсненні правосуддя керується верховенством права, не призвело до змін: ні ст. 19 Конституції України, яка зобов'язує органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадових осіб діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України; ні ст. 6 Конституції України, згідно з якою органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України. Отже, законність як правовий принцип зберігає свій статус. Принцип законності закріплено і в ст. 9 КПК України, а зі ст. 7 цього Кодексу впливає, що і законність, і верховенство права є рівноцінними загальними засадами кримінального провадження.

Звернення до принципу верховенства права та інших правових принципів видається доречним лише і саме в тих випадках, коли через погану якість закону, його пробільність, колізійність, юридичну невизначеність тощо постає необхідність у застосуванні інших (відмінних від КК) джерел кримінального права. «...правова стабільність, забезпечувана формальною законністю, з позиції верховенства права так само є цінністю, як і справедливість і доцільність. Тому навіть у тих ситуаціях, коли закон може видаватися певною мірою несправедливим, він підлягає застосуванню. Адже в правовій демократичній державі, що діє на основі принципу розподілу влади, саме на законодавця покладається обов'язок при ухваленні закону знаходити розумний баланс між засадами справедливості і доцільності з погляду загального блага; крім того, оцінка певної ситуації з позиції справедливості може мати суб'єктивний характер – що здається справедливим одному суб'єкту, то може видатися несправедливим іншому, у цій ситуації саме закон, за загальним правилом, має виступати мірилом справедливості при вирішенні конкретних справ. Разом з тим у виключних ситуаціях, коли закон сам по собі або через його викривлену інтерпретацію чи поширену практику його застосування призводить у конкретній ситуації до явної несправедливості, що несумісна з базовими загальнолюдськими принципами і цінностями, які знаходять закріплення в міжнародному праві (міжнародних договорах, актах міжнародних організацій та звичаєвому міжнародному праві), такий закон або не повинен застосовуватися взагалі або має тлумачитись у спосіб, який дозволяє узгодити його зміст із вказаними принципами і цінностями» [21, с. 138].

Повторимо: сучасна концепція верховенства права, загалом не заперечуючи обов'язковості законодавства, передбачає, що протиставлення останнього судовій правотворчості виникає лише в тих виключних випадках, коли закон сам по собі (чи при його застосуванні в конкретній ситуації) породжує явну несправедливість, веде до порушення основоположних прав і свобод людини або посягає на інші фундаментальні цінності демократичного суспільства. Такого у розглядуваній нами ситуації не виявлено. Вельми показовою у цьому аспекті є така обставина: якщо суддя ВС М.В. Мазур, як вже зазначалось, позитивно оцінив закріплений у Закону від 18 травня 2017 р. «новий старий» коефіцієнт, який підлягає застосуванню при зарахуванні попереднього ув'язнення у строк покарання (день за день), то член НКР при ВС В.О. Навроцький у своєму науковому висновку назвав «Закон Савченко» цілком правильним за своєю ідеєю та адекватною реакцією на погану роботу правозастосовних органів.

Отже, вирішення проблеми зворотної дії в часі оновленої ч. 5 ст. 72 КК повинне відбуватись з урахуванням дотримання принципу законності на підставі КК, який вичерпним чином визначає кримінально-правові наслідки вчиненого злочину (і зарахування попереднього ув'язнення

у строк покарання тут не є винятком). У протилежному випадку суд безпідставно взяв би на себе не властиву йому законотворчу функцію. Вважаючи позицію об'єднаної палати ККС ВС непереконливою та керуючись статтями 4 і 5 КК, ч. 1 ст. 58 Конституції України, ми зробили такі висновки.

По-перше, до осіб, які вчинили злочини під час чинності Закону від 26 листопада 2015 р., варто застосовувати ч. 5 ст. 72 КК, викладену в редакції цього Закону, як норму, що поліпшує становище особи порівняно з новою (чинною наразі) редакцією зазначеної норми.

По-друге, ч. 5 ст. 72 КК, викладена в редакції Закону від 26 листопада 2015 р., має застосовуватись і щодо тих осіб, які вчинили злочини до набрання чинності цим Законом. Останній у такому разі виконує роль «проміжного» закону про кримінальну відповідальність, про зворотну дію якого в часі йдеться в ч. 4 ст. 5 КК.

По-третє, положення ч. 5 ст. 72 КК, викладеної в редакції Закону від 18 травня 2017 р., погіршуючи (порівняно з попередньою редакцією цієї норми) правове становище особи, не повинне мати зворотної дії в часі, у зв'язку з чим воно підлягає застосуванню лише щодо тих осіб, які вчинили злочини після набрання чинності Законом від 18 травня 2017 р. [8, с. 217; 22, с. 157–158].

Так само не сприймаючи позицію об'єднаної палати ККС ВС і сформулювавши подібні до наших висновки щодо темпоральної дії аналізованого кримінального закону, Ю.А. Пономаренко вирішив за необхідне таким чином конкретизувати свою позицію: «... якщо особа вчинила злочин до 20 червня 2017 р. включно, то «закон Савченко» має бути до неї застосований, якщо: 1) її злочин досі є нерозкритим, латентним; 2) щодо вчиненого нею злочину відкрите кримінальне провадження, але їй не повідомлено про підозру; 3) щодо вчиненого нею злочину відкрите кримінальне провадження і їй уже повідомлено про підозру, проте не обрано запобіжного заходу; 4) особі вже повідомлено про підозру і обрано запобіжний захід; 5) кримінальне провадження щодо вчиненого неї злочину розглядається у суді, незалежно від інстанції; 6) особа засуджена і відбуває покарання; 7) особа засуджена, але звільнена від відбування покарання з випробуванням» [19, с. 39–40].

Крапку у висвітленій дискусії поставила ВП ВС, яка, вирішивши, що неоднакове застосування положень ч. 5 ст. 72 КК означає виключну правову проблему, розв'язання якої необхідне для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики, ухвалила 29 серпня 2018 р. відповідну постанову (суддя-доповідач Н.О. Антонюк). ВП ВС, солідаризуючись з позицією вітчизняної кримінально-правової доктрини, вирішила, що «іншими кримінально-правовими наслідками діяння» можуть визнаватися будь-які передбачені КК примусові заходи кримінально-правового характеру, здатні змінити (поліпшити чи погіршити) кримінально-правове становище особи. Перелік таких наслідків та аспектів кримінально-правового становища особи не є вичерпним, охоплюючи, зокрема, зарахування строку попереднього ув'язнення у строк покарання.

Не погоджуючись з проаналізованою вище постановою об'єднаної палати ККС ВС від 6 червня 2018 р., ВП ВС вирішила наголосити на тому, що: порядок зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання передбачений саме законом України про кримінальну відповідальність, а не будь-яким іншим (у т. ч. кримінальним процесуальним законодавством); встановлене у ч. 5 ст. 72 КК правило безпосередньо пов'язане з тим обсягом правообмежень, яких особа зазнає у зв'язку із вчиненим злочином; у ст. 72 КК йдеться не про застосування попереднього ув'язнення як кримінального процесуального заходу, а про зарахування його строку у строк покарання, а отже, про визначення кінцевої тривалості покарання, яке особа повинна відбувати. Врешті-решт ВП ВС слушно констатувала: а) нетотожність понять «попереднє ув'язнення» та «зарахування строку попереднього ув'язнення у строк покарання»; б) належність ч. 5 ст. 72 КК – складової інституту призначення покарання – до норм матеріального, а не процесуального кримінального права; в) визнання зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання кримінально-правовим наслідком діяння в розумінні ч. 2 ст. 4 КК, який впливає на становище особи за ст. 5 КК (поліпшує або погіршує його).

Відповідно, ВС ВП вирішила, що:

1) якщо особа вчинила злочин у період з 24 грудня 2015 р. до 20 червня 2017 р. включно, то під час зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання застосуванню підлягає ч. 5 ст. 72 КК у редакції Закону від 26 листопада 2015 р. (має місце пряма дія цього Закону в часі);

2) якщо особа вчинила злочин у період до 23 грудня 2015 р. включно, то під час зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання застосуванню підлягає ч. 5 ст. 72 КК також у редакції Закону від 26 листопада 2015 р. (у такому разі згаданий Закон як такий, що «іншим чином поліпшує становище особи» у розумінні ч. 1 ст. 5 КК, має зворотню дію в часі);

3) якщо особа вчинила злочин до 20 червня 2017 р. включно і щодо неї продовжувало застосовуватись попереднє ув'язнення після 21 червня 2017 р. (тобто після набрання чинності Законом від 18 травня 2017 р.), то під час зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання застосуванню підлягає ч. 5 ст. 72 КК так само у редакції Закону від 26 листопада 2015 р. (у такому разі цей Закон має переживаючу (ультраактивну) дію в часі);

4) якщо особа вчинила злочин, починаючи з 21 червня 2017 р. включно, то під час зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання застосуванню підлягає ч. 5 ст. 72 КК уже в редакції Закону 18 травня 2017 (має місце пряма дія цього Закону в часі) [23].

Таким чином, на прикладі розгляду конкретного питання про темпоральну дію закону про кримінальну відповідальність ми пересвідчилися у тому, що: 1) система забезпечення єдності (однаковості) судової практики, вкрай необхідної задля втілення юридичної визначеності як одного з аспектів верховенства права, в Україні працює; 2) не дивлячись на вирішальну роль у цьому процесі позиції представників суддівського корпусу, включаючи тих із них, які входять до складу ВП ВС, здобутки кримінально-правової доктрини тут стають (а на майбутнє – можуть і повинні ставати) у нагоді. Водночас з'ясування того, що в конкретній правозастосовній ситуації об'єднана палата ККС ВС фактично проігнорувала одностайну (а таке буває нечасто) точку зору науковців, зайвий раз підтверджує слушність фахової думки про те, що питання оптимізації як діяльності НКР при ВС загалом, так і врахування в діяльності вищої судової інстанції наукових висновків членів НКР зокрема – на часі.

1. Задоя К. П. Проблеми застосування нового порядку зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання. *Право і громадянське суспільство*. 2015. № 3. С. 212–241.
2. Гладун О. Зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання. *Новий порядок: проблеми правозастосування*. *Юридичний вісник України*. 29 січня – 4 лютого 2016 р. № 4.
3. Галай А. Визначення строку попереднього ув'язнення з урахуванням «Закону Савченко». *Юридичний вісник України*. 5–11 лютого 2016 р. № 5.
4. Слуцька Т. І. Про деякі питання застосування окремих положень Закону України від 26 листопада № 883-VII «Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо правила складання покарань та зарахування строку попереднього ув'язнення». *Вісник кримінального судочинства*. *Судова практика у кримінальних справах*. 2016. № 2. С. 138–147.
5. Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 6 червня 2018 р. у справі № 180/746/16-к // Єдиний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74630454>.
6. Окрема думка судді Касаційного кримінального суду Верховного Суду Кравченка С.І. у провадженні № 51-576км18 // Єдиний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74630409>.
7. Ухвала Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 14 червня 2018 р. у справі № 663/537/17 // Єдиний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74777572>.
8. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. К.: ВД «Дакор», 2018. 1360 с.
9. Пономаренко Ю. А. Кримінальна відповідальність, покарання та інші заходи кримінально-правового характеру в системі кримінально-правових наслідків вчинення злочину. *Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 8–9 жовтня 2015 р.* / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Х.: Право, 2015. С. 192–195.
10. Борисов В. І. *Вибрані праці* / уклад.: В. В. Базелюк, С. В. Гізімчук, Л. М. Демидова; відп. за вип. М. В. Шепітько. Х.: Право, 2018. 784 с.
11. Андреев А. В. *Форми реалізації кримінальної відповідальності: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08*. Луганськ, 2013. 221 с.
12. Новікова К. А. Про поняття заходів кримінально-правового впливу. *Актуальні питання кримінального права, процесу і криміналістики, удосконалення діяльності судової і правоохоронної систем: Матеріали Всеукраїнської*

науково-практичної конференції (м. Северодонецьк, 19 травня 2017 р.). Северодонецьк: Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, 2017. С. 356–359.

13. Яценко А. М. Деякі міркування щодо співвідношення кримінально-правових наслідків із заходами кримінально-правового характеру. Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 8–9 жовтня 2015 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Х.: Право, 2015. С. 229–233.

14. Задоя К. Чергова проблема зарахування попереднього ув'язнення в строк покарання. Коментар до постанови об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 6 червня 2018 року у справі 180/746/16-к. Юридичний вісник України. 24–30 серпня 2018 р. № 34.

15. Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані: монографія / за ред. проф. О. В. Козаченка, проф. Є. Л. Стрельцова. Миколаїв: Іліон, 2016. 768 с.

16. Загальна частина: підручник / за ред. А. С. Беніцького, В. С. Гуславського, О. О. Дудорова, Б. Г. Розовського. К.: Істина, 2011. 1112 с.

17. Співпадаюча окрема думка судді Верховного Суду Мазура М. В. у справі № 180/746/16-к // Єдиний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74630387>.

18. Задоя К. Чергова проблема зарахування попереднього ув'язнення в строк покарання. Коментар до постанови об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 6 червня 2018 року у справі 180/746/16-к. Юридичний вісник України. 21–27 вересня 2018 р. № 38.

19. Пономаренко Ю.А. Про зворотну дію в часі «Закону Савченко». Вісник Кримінологічної асоціації України. 2018. № 1. С. 32–42.

20. Сучасна кримінально-правова система в Україні: реалії та перспективи: монографія / Ю. В. Баулін, М. В. Буроменський, В. В. Голіна та ін. К.: ВАІТЕ, 2015. 688 с.

21. Дудоров О. О., Мазур М. В. Реалізація принципу верховенства права при застосуванні закону про кримінальну відповідальність: постановка проблеми, міжнародний і зарубіжний досвід. Юридичний електронний науковий журнал. 2017. № 5. С. 129–140.

22. Дудоров О. О., Письменський Є. О. Чи є зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання кримінально-правовим наслідком вчинення злочину? Фундаментальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали наук. полілогу, м. Харків, 7 вересня 2018 р. / упоряд.: Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко. – Х.: Право, 2018. – С. 147–159.

23. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 29 серпня 2018 р. у справі № 663/537/17 // Єдиний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76207318>.

Новели кримінального законодавства щодо відповідальності за секс-делікти: окремі проблемні аспекти¹⁰

Ухвалення Закону України від 6 грудня 2017 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» (далі – Закон від 6 грудня 2017 р.) і, головним чином, набрання ним чинності 11 січня 2019 р. збурило професійну спільноту, викликало не лише суперечливі (у тому числі вкрай в'їдливі) оцінки правників, а й нескінченний потік жартів і відвертих нісенітниць, зокрема, щодо того, як тепер слід отримувати і фіксувати згоду на сексуальне спілкування. Як наслідок, всі ми – і пересічні громадяни, і правозастосувачі – опинились у новій правовій реальності і, складається таке враження, здебільшого буде не до жартів. Бо не дивлячись на правильність зробленого вітчизняним парламентом цивілізаційного, проєвропейського вибору (з цього приводу краще за все читати праці О. Харитонові та Г. Христові), його законодавча реалізація виявилась не позбавленою істотних вад. А у зв'язку з тим, що Верховний Суд як орган, покликаний забезпечувати сталість та єдність судової практики, вочевидь, через свою велику поточну завантаженість не «зіграв на випередження», розробивши конче потрібні рекомендаційні роз'яснення з питань застосування оновленого законодавства про кримінальну відповідальність за статеві злочини, практикам залишається послуговуватись результатами доктринального тлумачення Кримінального кодексу України (далі – КК).

З огляду на те, що відповідні зміни до КК вже були піддані мною біль-менш докладному аналізу (див., зокрема: Дудоров О.О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики): практ. порадник. Сєверодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2018. 92 с.; Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України). Київ: Ваїте, 2019. С. 104–166), у цій публікації спробую привернути увагу професійної спільноти лише до тих положень Закону від 6 грудня 2017 р., реалізація яких, ймовірно, стане найбільш проблемною в аспекті забезпечення юридичної визначеності як однієї зі складових верховенства права.

Відсутність добровільної згоди як криміноутворювальна ознака. Згідно з попередньою редакцією ст. 152 КК статеві зносини визнавались зґвалтуванням за умови, що вони поєднувались із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосуванням або з використанням безпорадного стану потерпілої особи. Перелік способів, за наявності хоча б одного з яких природні статеві зносини між особами чоловічої і жіночої статі вважались зґвалтуванням, був вичерпним. Натомість ст. 152 КК, викладена в редакції Закону від 6 грудня 2017 р., як на криміноутворювальну ознаку вказує (за винятком ч. 4 цієї статті, присвяченої зґвалтуванню малолітнього) не на конкретний спосіб, що хоч і не без труднощів, але піддавався доказуванню, а на недобровільність – відсутність вільного волевиявлення потерпілої особи на проникнення в один із трьох її природних отворів. Інакше кажучи, вагінальне, анальне або оральне проникнення в тіло іншої особи визнається зґвалтуванням як у тому разі, коли воно поєднується із традиційним застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосування або використанням безпорадного стану потерпілої особи, так і в інших випадках відсутності її добровільної згоди на вказане проникнення.

Такий саме підхід реалізований у ст. 153 КК «Сексуальне насильство». І цей крок узгоджується із Стамбульською конвенцією, практикою ЄСПЛ і Міжнародного кримінального суду по колишній Югославії, а так само законодавчим досвідом щонайменше десяти інших європейських країн. Враховуючи те, що за новими редакціями ст. 152 і ст. 153 КК для наявності передбачених ними складів злочинів визначальним є відсутність консенсусу між учасниками сексуальної поведінки, безпідставними є закиди на адресу українського законодавця стосовно того, що, мовляв, по-

¹⁰ Стаття опублікована: Юридичний вісник України. 1–7 лютого 2019 р. № 5; 8–14 лютого 2019 р. № 6.

передні редакції цих статей охоплювали всі діяння, про які йдеться у Стамбульській конвенції, а отже, жодної потреби в імplementації відповідних її положень не було.

Основна кримінально-правова проблема аналізованої новели вбачається не стільки у закріпленні добровільної згоди як обов'язкової ознаки складів злочинів «зґвалтування» і «сексуальне насильство», скільки у відсутності бажаної ясності з приводу того, яка згода має визнаватись добровільною. Адже очевидним є оцінний характер «супутніх обставин», згаданих у примітці ст. 152 КК, в якій наводиться визначення поняття добровільної згоди. Водночас було б неправильно безапеляційно стверджувати про дефектність кримінального закону в цій частині, оскільки в юридичній літературі (Ю. Хім'як) на підставі вивчення прецедентної практики ЄСПЛ справедливо зазначається, що принцип передбачуваності закону як його якісну характеристику необхідно з'ясувати в єдності законодавства та юридичної практики; недостатня конкретність законодавчих формулювань може бути доповнена їхнім судовим тлумаченням, конкретизацією з урахуванням обставин справи. У рішенні у справі «Салов проти України» від 27 квітня 2004 р. ЄСПЛ вказав на те, що будь-який злочин повинен бути чітко визначений в законі; цій вимозі відповідатиме лише така норма закону, зі змісту якої безпосередньо або, в разі необхідності, за допомогою судового тлумачення, особа може зрозуміти, за вчинення яких дій чи бездіяльності передбачено кримінальну відповідальність.

Використовуючи при нормативному описанні складів злочинів, пов'язаних із сексуальним насильством, поняття добровільної згоди, його *de lege ferenda* доцільно було б було б максимально деталізувати, надавши законодавче роз'яснення, змістовно узгоджене з ч. 2 ст. 36 Стамбульської конвенції. Тим більше, що її підписантам дозволено самостійно розв'язувати питання конкретного формулювання законодавчих положень і чинників, які вони вважають такими, що не припускають добровільно наданої згоди (п. 193 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції). Проте навіть за незмінності ст. 152 і ст. 153 КК, викладених у редакції Закону від 6 грудня 2017 р., прогнозованість судових рішень може бути реалізована – за умови виваженого тлумачення оновленого КК у правозастосовній практиці.

De lege lata згода особи на сексуальне проникнення в її тіло не може вважатись добровільною, якщо вона була надана, зокрема, під впливом: застосування фізичного насильства; погрози його застосуванням; погрози іншого змісту (наприклад, погрози знищенням чи пошкодженням майна як потерпілої, так й іншої особи, погрози обмеженням прав, свобод чи законних інтересів потерпілої або іншої особи – обмежити свободу пересування або вільного вибору місця проживання, залишити без одягу та грошей у віддаленій місцевості, відмовити у працевлаштуванні тощо); обману; використання щодо особи її матеріальної чи службової залежності, безпорадного чи уразливого стану. Саме подібним чином пропонувала вдосконалити визначення поняття добровільної згоди, розташоване в примітці ст. 152 КК, на етапі опрацювання відповідного законопроекту народний депутат України В. Пташник. Вона висловила за те, щоб навести невичерпний перелік обставин, що виключають добровільну згоду потерпілого, для більш чіткого розуміння особами, які будуть застосовувати кримінальний закон, змін у нормативній характеристиці зґвалтування і відмінного від нього сексуального насильства.

З урахуванням законодавчої невизначеності поняття добровільної згоди (ця невизначеність є частковою, бо наявність одного зі «старих» способів зґвалтування вказуватиме на недобровільність згоди) можливі труднощі, пов'язані з кримінально-правовою оцінкою вчиненого у певних ситуаціях.

Фактична помилка. Традиційно при аналізі складу злочину «зґвалтування» таке специфічне психічне ставлення до скоєного з боку особи, чії дії підлягають кримінально-правовій кваліфікації, не виключалось. Йшлося, зокрема, про те, що відмова на словах, навіть певна фізична протидія не завжди свідчать про дійсне небажання особи вступити з іншою особою у статеві зносини. Наприклад, чоловік може сприймати певну поведінку жінки як кокетство, загравання (елемент сексуальної гри), прояв сором'язливості, й особливо у випадках, коли жінка спочатку дозволяє чоловікові роздягнути себе, пестити свої статеві органи тощо, а потім заявляє, що на сексуальне проникнення не погоджується.

З іншого боку, у сексуальній поведінці жінки, за загальним правилом, превалюють психологічні, а не фізіологічні чинники, у зв'язку з чим будь-яка психологічна перешкода (грубість чоловіка,

його безцеремонність, несподіваний шум тощо) може зупинити зліт жіночого лібідо, зірвати його. Відтак 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 чітку згоду на сексуальне проникнення в її тіло. При цьому у кримінальному праві визнається, що фактична вибачлива помилка має місце тоді, коли особа за уважного і добросовісного ставлення до оцінки фактичних обставин скоєного не могла уникнути помилки, і, відповідно, згадана помилка не може бути поставлена їй у вину (виключає злочинність діяння).

З урахуванням складності феномену людського спілкування (зокрема, останнє може бути і невербальним), неповторності різних життєвих ситуацій і того, що гасло кампанії проти сексуального насильства (найбільш популярний його варіант – «Ні» означає «Ні») не може заперечити кримінально-правове вчення про вину, я і після набрання чинності Законом від 6 грудня 2017 р. не відкидаю можливість звернення до проблематики фактичної помилки при кваліфікації дій, наприклад, чоловіка, котрий вчинив сексуальне проникнення в тіло навіть тієї жінки, котра на словах чи шляхом вчинення конклюдентних дій заперечувала проти цього. Водночас чудово усвідомлюю, що обстоюваний мною підхід при бажанні може бути розцінений як морально застарілий – прояв неприйняттого впливу на тлумачення законодавства з питань зґвалтування гендерних стереотипів і міфів про чоловічу й жіночу сексуальність (див. п. 192 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції).

Так, дещо інакше інтерпретує оновлену ст. 152 КК О. Харитонова, на переконання якої кожен із партнерів повинен впевнитися в ясно вираженій вербально чи тілесно добровільній згоді іншого на конкретні дії сексуального характеру. Складається враження, що дослідниця, якій імпонує гасло «Так» означає «Так», а все, що не «Так» («не знаю», «не певен/на», «подумаю», «можливо, завтра» тощо), означає «Ні», виключає постановку питання про допустимість фактичної помилки щодо добровільності згоди на секс та вплив цієї помилки на кримінально-правову оцінку скоєного.

Вичавлювати із себе стереотипи (причому будь-які) непросто. Водночас вважаю за доречне навести тут визначення поняття зґвалтування, сформульоване у Законі Великобританії про статеві злочини 2003 р.: це – проникнення у піхву, анус чи рот іншої особи статевим членом за умови вчинення без згоди потерпілого і за відсутності у злочинця «розумних підстав» вважати, що потерпілий дав таку згоду. Виходить, що британський законодавець, закріпивши згоду потерпілої особи як криміноутворювальну ознаку зґвалтування, допускає щодо неї сумлінну помилку обвинуваченого, яка повинна встановлюватись у кожному конкретному випадку застосування відповідної кримінально-правової заборони (сказане, однак, не стосується зґвалтування особи, якій не виповнилось 13 років, оскільки таке посягання віднесено до злочинів «суворої відповідальності», психічне ставлення щодо ознак яких встановлювати не потрібно).

Як пише сербський дослідник З. Стоянович, при розкритті суб'єктивної сторони зґвалтування слід зважати на те, що чітка та ясна межа між бажаним і вимушеним не завжди має місце, у зв'язку з чим особа, яка вчиняє сексуальну дію, може опинитись у ситуації, коли вона не усвідомлює, що перейшла межі дозволеного та опинилась у сфері дії кримінального права. Зазначається також, що у деяких (доволі рідких) випадках фактична помилка виконавця щодо згоди жертви може виключати його умисел, а отже, наявність кримінально караного зґвалтування.

Теоретично у випадку помилки суб'єкта щодо добровільної згоди іншої особи на сексуальне проникнення в її тіло, якої з урахуванням конкретних обставин можна було уникнути, є підстави вести мову про «необережне» зґвалтування, вчинене за наявності фактичної невибачливої помилки. Але застосовуючи ст. 152 КК, слід, серед іншого, враховувати належність передбаченого нею злочину до числа умисних, а отже, необхідність встановлювати усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру свого діяння (ст. 24 КК), а також те, що: а) у ст. 36 Стамбульської конвенції наголошується на необхідності криміналізації певних форм *умисної* поведінки; б) конвенційна вимога щодо *умисної* поведінки пов'язана з усіма ознаками злочину (п. 189 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції).

Для порівняння: ч. 2 ст. 153 Кримінального закону Республіки Хорватія передбачає покарання, зокрема, за статеві зносини або прирівняну до них сексуальну дію за наявності помилки особи щодо згоди жертви, якщо цієї помилки можна було уникнути. Фахівці (О. Маршавелські) у

цьому разі ведуть мову про необережне кримінально каране діяння. Про сексуальне насильство, вчинюване з необережності, говорять і шведські дослідники, коментуючи зміни до КК Швеції, побудовані за принципом: секс має бути добровільним – якщо ні, то він є протиправним. Необережність вбачається тут у тому, що один з учасників сексуальних відносин припускає відсутність в іншого добровільної згоди, тобто він вчиняє сексуальний акт, не переконавшись у наявності доброї волі.

Таким чином, в умовах, коли український законодавець вирішив механічно (некритично) відтворити визначення добровільної згоди, сформульоване у Стамбульській конвенції, віддавши вирішення питання про наявність (відсутність) такої згоди на угляд правозастосувача, а відповідні правозастосовні орієнтири у вигляді роз'яснень Пленуму Верховного Суду відсутні, складно спрогнозувати, яким чином складатиметься слідчо-прокурорська і судова практика у частині кримінально-правової оцінки поведінки тих, хто, вчиняючи дії сексуального характеру щодо інших осіб, помилявся щодо наявності добровільної згоди на такі дії. Повторю, однак, що, на моє переконання, у цьому разі релевантність принаймні сумлінної помилки (уточню – значущість її впливу не просто на призначення покарання, а саме на кваліфікацію) ігноруватись не повинна.

Введення в оману. За попередньою редакцією ст. 152 КК дії того, хто домогся згоди особи на статевий акт шляхом обману (освідчення в коханні, обіцянки – укласти шлюб, згодом сплатити за сексуальну послугу, передати цінний подарунок тощо), не утворювали складу «зґвалтування». Вважалось, що кримінальний закон може і повинен захистити особу від посягань на її статеvu свободу або статеvu недоторканність, однак він не здатен відгородити людину від наслідків її власної легковажності з питань особистого життя.

Ст. 152 КК, викладена в редакції Закону 6 грудня 2017 р., безпосередньо не передбачає обман як один із способів зґвалтування і, відповідно, не містить жодних застережень щодо його можливого виду (характеру). Незважаючи на це, проникнення в один із трьох природних отворів тіла іншої особи, поєднане з введенням її в оману, на мій погляд, може розцінюватись як зґвалтування – за умови, що особа не надала б на це згоди, якби не була введена в оману щодо певних обставин – природи чи мети сексуального проникнення, особи того, хто його вчиняє, тощо. Наприклад, потерпіла жінка, введена в оману, вважала, що чоловік, з яким вона вступила в природні статеві зносини, є її власним чоловіком або коханцем, з яким вона воліла вчинити коїтус.

Таким чином, питання кримінально-правової оцінки вчиненого у подібних випадках пропонується вирішувати з урахуванням значущості повідомленої неправдивої інформації для ухвалення рішення про згоду на сексуальне спілкування і легальної дефініції добровільної згоди, виходячи з відсутності останньої, якщо встановлено дефект волевиявлення. За наявності обману добровільність має умовний (уявний) характер, є сфальсифікованою і не може визнаватись результатом вільного волевиявлення потерпілої особи, як про це йдеться у примітці ст. 152 КК. На користь зробленого висновку вказує доктринальна позиція (праці Ю. Бауліна, М. Зенової, Н. Михальченко та ін.), згідно з якою добровільність згоди означає вільне волевиявлення особи, відсутність не лише будь-якого примусу, а й обману при отриманні згоди.

Цікавий факт: у 2010 р. в Ієрусалимі один араб звабив єврейку, видавши себе за єврея, а після того, як між ними відбувся сексуальний контакт і викриття обману, жінка заявила, що вона була зґвалтована шляхом обману, і чоловік на підставі КК Ізраїлю був засуджений за зґвалтування.

Всупереч викладеному вище в юридичній літературі (В. Ємельяненко) висловлюється думка про доречність обмежувального тлумачення ст. 152 КК у розглядуваному аспекті: пропонується пов'язувати наявність складу злочину «зґвалтування» лише з таким обманом, який здійснюється щодо особистості того, хто вчиняє дії сексуального характеру з потерпілою особою. Стверджується, що всі інші види обману (наприклад, обіцянка вчинити певні дії – одружитися, поїхати на відпочинок, купити певну річ) не можуть бути способом зґвалтування. Вочевидь, мається на увазі те, що за наявності обману, не пов'язаного, так би мовити, із суб'єктивним складом сексуального спілкування, вільність волевиявлення не виключається, а посягання на свободу особи обрати собі партнера для сексуального спілкування відсутне. Пригадується і думка дореволюційного дослідника О. Лохвицького про те, що схилення повнолітньої жінки до статевого зв'язку шляхом подарунків, умовлянь чи іншими ненасильницькими засобами, називається зваблюванням; воно не може каратись, бо поведінка того, кого звабили, є вільним актом повнолітньої особи.

За таких обставин украї бажаною була б нормативна конкретизація кримінально-правового змісту обману на кшталт тієї, що втілена у вже згадуваному Законі Великобританії 2003 р. про статеві злочини. У ньому зазначено, що людина буде визнана такою, котра не погодилась на статеві зносини у випадку, якщо вона була цілеспрямовано обманута щодо природи чи мети статевого акту, або якщо обвинувачений цілеспрямовано спонукає особу до згоди, виконуючи роль людини, особисто відомої жертві. Відповідно, якщо суб'єкт, наприклад, видає себе популярного кіноактора або спортсмена, з яким жертва не була знайома особисто, про відсутність згоди як ознаку зґвалтування не йдеться.

В Україні подібні нюанси на законодавчому рівні не прописані, а на питання, чи страждає у випадках сексуального проникнення, поєданого із різноманітним введенням в оману іншої особи, її статева свобода як основний безпосередній об'єкт зґвалтування, можна отримати діаметрально протилежні відповіді науковців. Як відомо, безпосередній об'єкт злочину є теоретичним поняттям, таким собі прихованим елементом складу злочину, який, за загальним правилом, встановлюється шляхом тлумачення кримінального закону. Очевидно і те, що у зв'язку з ухваленням Закону від 6 грудня 2017 р. та, як наслідок, зміною нормативного описання складів злочинів, розміщених у розділі IV Особливої частини КК, зміст кримінально-правового поняття «статева свобода» зазнає змін. Адже недобровільність є ширшим поняттям, ніж психічний примус або фізичне насильство – способи, притаманні традиційному типу неправомірної поведінки у сексуальній сфері, за якого людина (потерпілий) зазнає психічного впливу, а її організм – фізичного, здійснюваного з метою обмежити її свободу і підкорити волі злочинця.

При цьому можна собі лише уявити, з яким скепсисом буде сприйнята правозастосувачами адресована їм рекомендація вирішувати розглядуване питання кваліфікації дій за ст. 152 КК, спираючись на встановлення основного безпосереднього об'єкта зґвалтування, як і рекомендація керуватись у цьому разі правилом *ultima ratio*. Отже, і в частині обману як одного із можливих чинників, що зумовлюють недобровільність згоди, про визначеність оновленого КК говорити, на жаль, не доводиться.

Зміст погрози. Не викликає сумнівів відсутність добровільної згоди, а отже, наявність зґвалтування, якщо винуватий задля отримання згоди на сексуальне проникнення погрожує застосуванням фізичного насильства; причому адресатом такої погрози може бути і сам потерпілий, і близькі йому особи, і навіть сторонні щодо потерпілого особи – якщо у конкретній ситуації такий психічний вплив є дієвим для усунення небажання особи вступати у сексуальний контакт із гвалтівником. Так, погроза вчинити вбивство потерпілої особи у майбутньому, хоч і не ставить її в безвихідне становище (цю погрозу можна усунути, звернувшись по допомогу до правоохоронних органів, близьких осіб тощо), спроможна виконати функцію придушення волі потерпілої особи, у зв'язку з чим зобов'язує вести мову не про добровільність, а про вимушеність згоди особи на сексуальне проникнення в її тіло.

Постає, однак, питання, як бути з погрозами особи заповідати самій собі тілесні ушкодження, накласти на себе руки і навіть (!) знайти собі когось для сексуального спілкування (наприклад, завести «службовий роман»), якщо інша особа не погодиться на сексуальне проникнення в її тіло. Традиційно подібні погрози (як, до речі, і спрямовані в майбутнє погрози шантажного і майнового характеру) не визнавались способом вчинення зґвалтування на тій підставі, що вони не позбавляють адресата свободи вибору, вимагають для своєї реалізації певного часу, не ставлять іншу особу у безвихідне становище, свідчать про меншу суспільну небезпеку дій винуватої особи, а тому за ефективністю (дієвістю) не можуть прирівнюватись до застосування фізичного насильства та використання безпорадного стану потерпілої особи як альтернативно-усталених способів зґвалтування.

З іншого боку, очевидно, що і згадані погрози, впливаючи на волевиявлення, спроможні зумовити недобровільність згоди особи на сексуальне проникнення в її тіло і за відсутності у ст. 152 КК застережень можуть вказувати на наявність складу злочину «зґвалтування». Неминуче постає питання, чи не доводиться таким тлумаченням КК ситуація до абсурду, коли кримінальну відповідальність за законом мають тягнути дії, які (щонайменше частково) позбавлені суспільної небезпеки. На перший погляд, у КК, оновленому на підставі Закону від 6 грудня 2017 р., спостерігається ясність щодо кримінально-правового значення погроз шантажного і майнового характеру.

Адже примушування особи до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою, поєднане з погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої особи чи її близьких родичів, або з погрозою розголошення відомостей, що ганьблять її чи близьких родичів, утворює склад злочину, передбаченого ч. 3 ст. 154 КК. Однак і в цій частині мудрість законодавця, як з'ясувалось, переоцінювати не варто.

Відсутність чітких законодавчих критеріїв для розмежування складів злочинів, передбачених ст. 152 (153) і ст. 154 КК. Реалізація висвітленого вище «широкого» підходу до конструювання об'єктивної сторони складів злочинів «згвалтування» і «сексуальне насильство», не поєднана, однак, із включенням до ст. 154 КК належних застережень, має своїм наслідком колізійність відповідних норм як потенційне джерело неоднакового застосування КК. Думку про те, що примушування до здійснення акту сексуального характеру залежно від певних обставин може одночасно вказувати і на вчинення згвалтування або сексуального насильства, засвідчують дві обставини: а) каране за ст. 154 КК примушування до вступу в статевий зв'язок виключає добровільність згоди особи на вчинення щодо неї сексуальної дії; б) акт сексуального характеру, про який йдеться у ст. 154 КК, може бути вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи чи дією сексуального характеру, не пов'язаною із проникненням в тіло іншої особи. Відмінності вбачаються хіба що у моменті закінчення порівнюваних злочинів і в тому, що за ст. 154 КК може нести відповідальність і той, хто не має наміру вчиняти акт сексуального характеру з потерпілою особою.

До слова ст. 154 КК, на відміну від п. «с» ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції, не містить застереження про те, що злочином визнається примушування до здійснення акту сексуального характеру з третьою особою (треба так розуміти – не з тим, хто здійснює примушування). При цьому у п. 190 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції мета згаданої конвенційної норми вбачається в охопленні сценаріїв, коли правопорушник є не особою, яка чинить статевий акт, а тим, хто примушує жертву вступити в статевий контакт із третьою особою. Цікаво, що різновидом сексуального насильства, поняття якого закріплено в п. 15 ч. 1 ст. 1 Закону України від 7 грудня 2017 р. «Про запобігання та протидію домашньому насильству», визнається примушування до акту сексуального характеру з третьою особою. Відсутність за таких обставин вказівки на третю особу у диспозиції ч. 1 зміненої ст. 154 КК – свідчення непослідовності законодавця в частині імплементації положень Стамбульської конвенції.

Задля подолання продемонстрованої колізійності кримінально-правових заборон мною було сформульовано два правила кваліфікації.

По-перше, «нерезультативне» примушування, вчинене тим, хто мав намір здійснити акт сексуального характеру з потерпілою особою, одночасно утворює і склад закінченого злочину, передбаченого ст. 154 КК, і (залежно від характеру цього акту) склад незакінченого злочину – вочевидь, замаху на згвалтування або сексуальне насильство. Вчинене у такому випадку з урахуванням спрямованості умислу на вчинення більш тяжкого злочину пропонується кваліфікувати лише за відповідними частинами ст. 15, ст. 152 (153) КК. Виходжу з того, що в аналізованій ситуації відсутня ідеальна сукупність злочинів, бо посягання відбувається на один і той саме безпосередній об'єкт і, зокрема, однорідна шкода заподіюється одному і тому ж потерпілому.

По-друге, примушування до акту сексуального характеру, скоєне тим, хто безпосередньо після цього вчинив такий акт з потерпілою особою («результативне» примушування), має кваліфікуватись лише за ст. 152 (ст. 153) КК. У цьому разі примушування відіграє роль чинника, що забезпечує недобровільність акту сексуального характеру. Пропонована кримінально-правова оцінка враховує доктринальне правило кваліфікації злочинів при конкуренції «частини та цілого» і вироблений судовою практикою підхід щодо підпорядкованого характеру розпусних дій при вчиненні інших статевих злочинів. Мається на увазі те, що розпусні дії з потерпілою особою, вчинені безпосередньо перед згвалтуванням, сексуальним насильством або статевими зносинами з особою, яка не досягла 16-річного віку, охоплюються відповідними частинами статей 152, 153, 155 КК, оскільки у подібних випадках розбещення неповнолітніх з урахуванням спрямованості умислу винуватого розглядається лише як етап у вчиненні інших статевих злочинів.

Життя покаже, чи сприймуть правозастосувачі викладені рекомендації. Але якщо це станеться, то, на мою думку, вдасться досягнути результату, на який розраховували розробники Стам-

бульської конвенції: сфера застосування відповідної кримінально-правової заборони буде обмежуватись випадками примушування до акту сексуального характеру з третьою особою, а не з тим, хто здійснює примушування.

Сказане, однак, не стосуватиметься ч. 2 ст. 154 КК, викладеної в редакції Закону від 6 грудня 2017 р., в якій йдеться про примушування особи до здійснення акту сексуального характеру з особою, від якої потерпіла особа матеріально або службово залежна. Таке формулювання дозволяє стверджувати, що склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 154 КК, утворює примушування потерпілої особи до здійснення акту сексуального характеру саме і тільки з винуватим (тим, хто вчиняє кримінально каране примушування). Примушування ж до здійснення акту сексуального характеру з третьою особою з використанням при цьому елементів матеріальної або службової залежності, яке не охоплюється згаданою кримінально-правовою нормою, слід кваліфікувати за ч. 1 ст. 154 КК. Показана диференціація кримінальної відповідальності, яку слід визнати не-виправданою (несправедливою), стала результатом непродуманості відповідного законодавчого формулювання.

Невизначеність ст. 153 КК «Сексуальне насильство» у частині описання злочинної поведінки. Ст. 153 КК у редакції Закону від 6 грудня 2017 р. не оперує позбавленим юридичної визначеності і морально застарілим словосполученням «задоволення статевої пристрасті не-природним способом». Вказівка на «неприродність» виглядала анахронізмом у світлі здобутків сучасної сексології та сексопатології, змушуючи щодо попередньої редакції цієї статті КК робити застереження про те, що кримінальна караність відповідної поведінки визначається не так званою неприродністю способів задоволення статевої пристрасті, можливою гомосексуальною спрямованістю чи аморальністю дій, а їхнім насильницьким характером. Загалом заслуговує на схвальну оцінку і та обставина, що чинна редакція аналізованої кримінально-правової заборони, відображаючи багатоманітність сексуальних практик, відмінних від сексуального проникнення, притаманного складу злочину «зґвалтування», дає можливість охопити найрізноманітніші девіантні форми сексуальної поведінки. Йдеться про дії (акти) сексуального характеру, спрямовані на збудження та (або) задоволення статевої пристрасті винуватої особи, які, за загальним правилом, передбачають її фізичний контакт із тілом іншої (потерпілої) особи, але не означають проникнення в це тіло і приблизний (невичерпний) перелік яких (дій, актів) відображено в коментарях до оновленої редакції ст. 153 КК. Водночас остання не позбавлена деяких вад.

По-перше, вирішальну роль для наявності складу злочину «сексуальне насильство» відіграє не стільки застосування насильства – фізичного або психічного, як на це вказують умовна назва розглядуваної статті КК і недоречно використаний у диспозиції її частини 1 зворот «вчинення ... насильницьких дій сексуального характеру...», скільки відсутність добровільної згоди потерпілої особи на вчинення щодо неї сексуальних дій за винятком тих, які означають проникнення в один із трьох природних отворів її тіла. З урахуванням того, що насильницькі дії з добровільною згодою не поєднуються, а насильство – лише один із чинників, які зумовлюють відсутність добровільної згоди потерпілої особи, вказівка на насильницький характер сексуальних дій *de lege ferenda* потребує виключення з ч. 1 ст. 153 КК. Тим більше, що у п. б) ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції йдеться про «здійснення, без згоди, інших актів сексуального характеру з особою», звідки випливає, що такі акти не обов'язково можуть мати насильницький характер. Зрозуміло, однак, що показана законодавча хиба може стати предметом докладання адвокатських зусиль.

По-друге, якщо до 11 січня 2019 р. ми вправі були вести мову про зґвалтування чоловіків жінками, то згідно з чинною редакцією ст. 152 КК така кримінально-правова оцінка насильницьких посягань жінок на чоловіків виключається, оскільки у таких випадках не відбувається сексуальне проникнення в тіло потерпілого чоловіка. Йдеться про: сексуальне збудження чоловіка і виникнення стану ерекції його статевого члена під впливом тактильної, слухової, зорової, нюхової або смакової стимуляції з подальшим введенням ерегтованого члена у піхву жінки; введення статевого члена чоловіка у піхву жінки шляхом фіксації члена до предмета продовженої форми або шляхом здавлювання члена біля кореня.

Для диспозиції ч. 1 оновленої ст. 152 КК характерна невизначеність з питання, до тіла якої саме особи (потерпілої, гвалтівника чи обох цих осіб) повинне здійснюватись проникнення для того, щоб вчинене могло кваліфікуватись як зґвалтування. Не містить відповідних застережень

і ч. 1 ст. 153 КК. Однак застосування різних способів і методів тлумачення КК, включаючи опрацювання додаткових форм встановлення волі законодавця (зокрема, супровідних матеріалів до законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 6 грудня 2017 р.), дозволяє зробити висновок про те, що в ст. 152 КК мається на увазі проникнення в тіло саме і лише потерпілої особи. Подібним чином розмірковує М. Хавронюк, на думку якого основною відмінною ознакою таких злочинів, як зґвалтування та сексуальне насильство, є наявність чи відсутність відповідного проникнення в один з отворів тіла потерпілої особи незалежно від її статі.

Керуючись таким тлумаченням кримінального закону, я пропоную кваліфікувати відповідні дії, вчинювані жінкою за відсутності добровільної згоди потерпілого чоловіка, за ст. 153 КК. Інші дослідники (В. Маркін, Р. Мовчан та ін.), беручи до уваги згадану законодавчу невизначеність і виходячи з того, що проникнення в тіло іншої особи (умовно кажучи, «ґвалтівниці») у випадках зазначених посягань відбувається, висловлюються за інкримінування ст. 154 КК. І наразі складно спрогнозувати, яким чином це питання кваліфікації вирішуватиметься на практиці. У будь-якому разі можна констатувати невинуватого гендерну асиметрію, притаманну оновленому кримінальному закону, оскільки караність сексуального насильства (ст. 153 КК) і, тим більше, примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154 КК) поступається караності зґвалтування (ст. 152 КК).

По-третє, незважаючи на загально виправданість законодавчої вказівки на вчинення будь-яких дій сексуального характеру, формулювання кримінально-правової заборони, присвяченої сексуальному насильству, виглядає занадто універсальним (щоб не сказати – розпливчастим). Тому висловлена щодо попередньої редакції ст. 153 КК теза про потребу в уточненні кола злочинних дій, охоплених цією кримінально-правовою нормою, як видається, продовжує зберігати актуальність і щодо оновленої ст. 153 КК.

Одне з ключових у цьому аспекті питань – це те, якій (зовнішній та (або) внутрішній) стороні вчинку людини має бути притаманний сексуальний характер для того, щоб скоєне могло бути кваліфіковане за ст. 153 КК. У п. 190 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції роз'яснюється, що термін «сексуального характеру» означає акт, який має сексуальну конотацію; він не поширюється на акти, яким бракує такої конотації або відтінку. Відверто кажучи, навіть з урахуванням з'ясованої етимології слова «конотація» таке роз'яснення допомагає не сильно.

При розв'язанні поставленого питання може стати у нагоді зарубіжний досвід. Так, відповідно до одного з рішень Палати у кримінальних справах Касаційного Суду Франції введення палиці в анус іншої особи не відповідає законодавчому визначенню сексуального проникнення та утворює, швидше за все, катування або акт жорстокості. Водночас в іншому рішенні цього ж Суду визнається, що подібні дії можуть розглядатись як сексуальне проникнення, якщо мотив, яким керувався той, хто заподіяв шкоду статевій недоторканності жертви, надав цим діям сексуального характеру.

Беручи на озброєння такий підхід, вважаю, що якщо вчинене за спрямованістю умислу не має підстав розцінювати як посягання на статеву свободу чи статеву недоторканість потерпілої особи, то воно має розглядатись як злочин проти здоров'я або волі особи. Сказане стосується, зокрема, ситуацій, коли: особа з метою задоволення своєї статевої пристрасті: займається самомастурбацією, спостерігаючи за фізичним мордуванням потерпілого, здійснюваним за вказівкою цієї особи, або займається тим саме у присутності оголеної особи, яка перебуває в безпорадному стані; вчиняє дії сексуального характеру без участі потерпілої особи, але за її примусової присутності; завдавши ножом удар в область молочних залоз або геніталій жертви, смокче та облизує її рани, третється об них статевим членом тощо. Оскільки статеві свобода (статеві недоторканність) потерпілої особи у подібних випадках не страждає, а злочинне посягання спрямоване на здоров'я (волю) іншої людини, інкримінування ст. 153 КК у подібних випадках має виключатись.

Оскільки мова вже зайшла про значення спонукань, якими керується порушник кримінально-правової заборони, мушу визнати, що розміщена у ч. 1 оновленої ст. 152 КК вказівка на сексуальний характер певних дій дозволяє критично поставитись до моєї рекомендації не враховувати мотив при кваліфікації ст. 152 КК. Якщо зґвалтування набуває вигляду гетеросексуального акта, то теза про можливість вчинення цього злочину з автономним щодо сексуального мотиву спонуканням (помста, бажання принизити потерпілу особу, заподіяти їй біль або копіювати пове-

дінку інших учасників групи, хуліганські спонукання, ревності, національна, релігійна ненависть чи ворожнеча тощо), мабуть, зберігає свою актуальність. Якщо ж відбувається відмінне від коїтусу проникнення в один із природних отворів тіло потерпілої особи, то ігнорування спрямованості (мети) поведінки винуватого може призвести до помилок у кваліфікації, зокрема, до інкримінування ст. 152 КК у випадку проникнення, позбавленого сексуальної конотації (відтінку).

Автор цих рядків схильний до того, щоб за наявності підстав інкримінувати ст. 153 КК й у випадках, наприклад, так званого небажаного (але не «французького») поцілунку, сексуально забарвленого примушування потерпілої особи до роздягання самої себе, винуватого чи третьої особи, а також надсилання малолітній особі текстових повідомлень, фото- або відео-зображень сексуального змісту.

Щодо останньої із перерахованих ситуацій вимушений зауважити, що подібні дії, вчинювані з використанням Інтернету та інших інформаційно-телекомунікаційних систем стосовно того, кому не виповнилось 14 років (запровадження «віку сексуальної згоди» та його оптимальності – тема окремої розмови), які раніше могли безпроблемно розцінювались як інтелектуальне розбещення, наразі охоплюються диспозицією ч. 4 ст. 153 КК із вельми суворою санкцією. Зроблений висновок, ґрунтуючись на системному тлумаченні КК, вочевидь, стосується не лише інтелектуального (у тому числі віртуального), а й фізичного розбещення малолітнього. Виходить, що одним із навряд чи очікуваних (запланованих) наслідків запровадження відверто «гумової» конструкції статті КК про відповідальність за сексуальне насильство стало звуження сфери застосування ст. 156 КК «Розбещення неповнолітніх» (остання набуває статусу «резервної» норми) або щонайменше колізійність зазначених приписів КК. Питання, якому варіанту кримінально-правової репресії буде надаватись перевага на практиці, залишається відкритим.

Не дивлячись на критичне ставлення до частини новел КК, запроваджених на підставі Закону від 6 грудня 2017 р., вважаю несвоєчасним ініціювати внесення чергових законодавчих змін, спрямованих на подолання з'ясованих вад (насправді у розділі IV Особливої частини КК є й чимало інших вад). Висловлю припущення, що правозастосовна практика, яка буде поступово накопичуватись у зв'язку з порушеннями оновлених кримінально-правових заборон, присвячених секс-делітам, дозволить з-поміж іншого виявити проблеми КК, не помічені коментаторами, спростує (принаймні частково) їхні побоювання, виробить відмінні від наукових рекомендацій і, допускаю, більш вдалі орієнтири щодо кваліфікації статевих злочинів. Життя багатше за законодавчі і теоретичні конструкції. Врешті-решт сформується емпіричний матеріал, критичне осмислення якого буде вкрай потрібним для виваженої і кваліфікованої законотворчості. Зрозуміло і те, що без осучаснення методик розслідування сексуальних злочинів і втілення їх у діяльність слідчих підрозділів Національної поліції України практика кримінального переслідування осіб, які вчиняють такі злочини, залишиться майже незмінною попри загалом схвальні потуги вітчизняного законодавця і пов'язаний з ними широкий суспільний резонанс.

«Вік сексуальної згоди» у міжнародному праві, кримінально-правовій доктрині та Кримінальному кодексі України¹¹

Ухвалення Закону від 6 грудня 2017 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» (далі – Закон від 6 грудня 2017 р.) [1] і Закону від 14 березня 2018 р. «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації» (далі – Закон від 14 березня 2018 р.) [2], будучи реакцією на відповідні міжнародно-правові акти, призвело до істотного оновлення нормативної складової кримінально-правової охорони статевої свободи і статевої недоторканності особи. Як наслідок, юридична література, присвячена кваліфікації статевих злочинів, значною мірою перетворилась на моральну застарілу; законодавчі ж новели потребують наукового осмислення, зокрема, для з'ясування того, наскільки вдало Україна опрацювала і сприйняла європейські стандарти унормування меж кримінально караної поведінки у сексуальній сфері.

Захист дітей від сексуальних експлуатацій, насильства і розбещення є одним із пріоритетних завдань держави, закріплених у ратифікованих Україною міжнародно-правових документах. Серед іншого, Закон від 6 грудня 2017 р. вніс серйозні корективи в юридичну оцінку статевих актів з малолітньою особою та іншого сексуального проникнення в тіло такої особи. Раніше у доктрині і судовій практиці виходили з того, що взятий сам по собі малолітній вік особи (недосягнення нею 14-річного віку) не завжди свідчить про її безпорадний стан як ознаку згвалтування. Питання про наявність (відсутність) такого стану особи і, відповідно, кваліфікацію дій винуватого (за ст. 152 або ст. 155 Кримінального кодексу України; далі – КК) вирішувалось у кожному конкретному випадку з урахуванням індивідуальних особливостей розвитку і виховання малолітньої особи. Йшлося, зокрема, про те, що в сучасних умовах сексуальної розкритості вирішальну роль при розв'язанні цього питання кваліфікації повинен був відігравати не стільки певний вік як своєрідна презумпція наявності безпорадного стану, скільки ступінь обізнаності та інформованості конкретної малолітньої особи з питань сексуального життя. Аналогічний підхід застосовувався і щодо насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом (попередня редакція ст. 153 КК), якщо потерпілим від цього злочину була малолітня особа.

Частини четверті статей 152 і 153 КК, викладених у редакції Закону від 6 грудня 2017 р., передбачаючи відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років, є не лише аналогами притаманного англо-американській правовій системі статутного згвалтування, а й означають втілення у правову систему України європейського концепту «вік сексуальної згоди», у межах якого виключається виправдовування винуватим своїх дій із посиланням на згоду потерпілої особи, яка не досягла певного віку. Щоправда, те саме можна сказати про викладену в редакції Закону від 14 березня 2018 р. ст. 155 КК, в якій своєрідним критерієм (показником) статевої недоторканності особи визначений вже не 14-річний, а 16-річний вік. При цьому якщо Закон від 6 грудня 2017 р., навіть судячи з його назви, був прийнятий з метою імплементації положень Конвенції РЄ про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами 2011 р. (далі – Стамбульська конвенція; на сьогодні Україною не ратифікована) [3], в якій проблема «віку сексуальної згоди» текстуального відображення не знайшла, то ухвалення Закону від 14 березня 2018 р. позиціонувалось (якщо виходити із супровідних матеріалів до відповідного законопроекту) як виконання Конвенції РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства 2007 р. (далі – Лансаротська конвенція; ратифікована Україною 20 червня 2012 р.) [4], ст. 18 якої зобов'язує країни-учасниці визначити вік, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною.

¹¹ Стаття написана у співавторстві з К.П. Задоею та опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2019. Вип. 1. С. 75–94.

З урахуванням того, що наш законодавець у вказаній спосіб двічі потурбувався про статеву недоторканність дітей, *de lege lata* потребує розв'язання прикладна проблема співвідношення зазначених кримінально-правових заборон. Відповідні рекомендації одним із авторів цієї статті вже надані [5, с. 69–71; 6, с. 146–148], і залишається сподіватись на те, що вони будуть сприйняті правозастосувачами. Водночас у вітчизняній юридичній літературі проблематика «віку сексуальної згоди», його суті, природи та кримінально-правового значення (у тому числі в контексті співвідношення положень Лансаротської і Стамбульської конвенції) фактично залишена поза увагою.

За таких обставин потрібно як піддати критичному аналізу положення чинного КК, що втілюють (добре чи погано) концепт «вік сексуальної згоди», так і спробувати з'ясувати (з урахуванням висвітлення міжнародно-правових стандартів і здобутків кримінально-правової доктрини) перспективи в Україні цього автономного (на перший погляд) щодо добровільної згоди критерію визначення меж злочинної поведінки у сексуальній сфері.

Передусім привернемо увагу до того, що вказівка ч. 4 ст. 152 КК, викладеної в редакції Закону від 6 грудня 2017 р., на «дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років, незалежно від її добровільної згоди» є невдалою з редакційної точки зору. Адже вона може створити хибне враження про те, що навіть та особа, якій не виповнилось 14 років, вправі висловлювати свою згоду на сексуальне проникнення в її тіло (тобто бути суб'єктом юридично значущої згоди). Таке (буквальне) тлумачення КК вважаємо неприйнятним, бо воно суперечить міркуванням авторів законопроекту, ухваленого як Закон від 6 грудня 2017 р., відображеним у супровідних матеріалах до цього джерела, тобто «духу закону».

Формулювання, закріплене у ч. 4 ст. 152 КК, дозволяє стверджувати, що сексуальне проникнення в тіло малолітньої особи має визнаватись зґвалтуванням незалежно від того, чи давала така особа на це згоду, є остання добровільною (така згода визнана нікчемною, фікцією) або вимушеною, чи розуміла малолітня особа характер і значення вчинюваних стосовно неї дій, тощо. Тобто в КК втілено ідею законодавчої конкретизації віку, недосягнення якого зобов'язує правозастосувача беззастережно розцінювати сексуальне проникнення в тіло відповідної особи як зґвалтування. З огляду на інформаційне та виховне навантаження згаданої кримінально-правової заборони, слід визнати виправданою вміщену в ній вказівку саме на певний вік потерпілої особи, а не на її малолітній стан. Так само вирішується питання кримінально-правової оцінки відмінного від зґвалтування сексуального насильства, вчиненого щодо малолітньої особи (ч. 4 ст. 153 КК).

З урахуванням сказаного помилковою, на нашу думку, є позиція, згідно з якою вчинення природного статевого акту з малолітньою особою, яка дала згоду на такий акт, може кваліфікуватись як за ч. 4 ст. 152 КК (якщо особа не усвідомлювала характер і значення вчинюваних із нею дій), так і за ч. 1 ст. 155 КК (якщо малолітня особа це усвідомлювала) [7, с. 195]. Викладена точка зору, як і рекомендація брати у цьому разі до уваги висновок експертизи про психічний стан малолітньої особи, не ґрунтується на чинному КК, який кваліфікацію сексуального проникнення в тіло такої особи ставить у залежність саме і лише від її віку, відкидаючи при цьому звернення до поняття психічної безпорадності, яка (так вважалось раніше) могла викликатись у тому числі малолітнім віком потерпілої особи.

Необхідність включення до КК вказаних приписів (ч. 4 ст. 152 і ч. 4 ст. 153), крім того, що такий крок узгоджується з правовою визначеністю, впливала, як вже зазначалось, із Лансаротської конвенції. Пункт а) ч. 1 її ст. 18 містить вимогу криміналізувати умисну поведінку у вигляді зайняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, яка не досягла передбаченого законодавством віку для зайняття такою діяльністю. Йдеться (треба так розуміти) про вік, починаючи з якого людина вважається здатною дати усвідомлену згоду на сексуальне спілкування з іншою особою.

З урахуванням того, що реформування розділу IV Особливої частини КК, включаючи розглядуваний аспект, стало результатом сприйняття вітчизняним законодавцем підходів, вироблених РЄ, вважаємо, що міжнародно-правовий аспект проблеми доцільно висвітлити докладніше.

Міжнародне кримінальне право в його широкому розумінні по-різному підходить до врахування «віку сексуальної згоди». Міжнародне договірне право в сфері протидії злочинності містить прямі (текстуальні) згадки про такий вік; натомість міжнародне кримінальне право у вузькому

сенсі (як сукупність норм, що забороняють злочини агресії, геноциду, воєнні злочини та злочини проти людяності) обходить це питання мовчанням. У цьому, однак, не варто шукати глибинну суперечність. Тим більше, не слід протиставляти прогресивність одних і консервативність інших нормативних компонентів міжнародного кримінального права. Окреслена неоднорідність може бути пояснена аргументами соціального та правового характеру. Міжнародне кримінальне право у вузькому сенсі становить собою універсальний правовий режим, положення якого застосовуються незалежно від місця вчинення злочину. За таких обставин визнання певного віку особи віком згоди на зайняття діяльністю сексуального характеру в глобальному масштабі ризикувало б увійти в суперечність з культурними традиціями і моральними правилами окремих суспільств.

У ст. 7(1)(g) Римського статуту Міжнародного кримінального суду перераховуються такі форми сексуального насильства, як зґвалтування, сексуальне рабство, примус до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація, інші форми сексуального насильства співмірної тяжкості [8]. В Елементах злочинів, прийнятих Підготовчою комісією для Міжнародного кримінального суду 30 червня 2000 р., конкретизується, що вказані прояви сексуального насильства характеризуються застосуванням сили або погрози силою, або примусу, викликаного, наприклад, страхом перед насильством, грубим примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою, або використанням обстановки, яка характеризується примусом, або вчиненням діяння щодо особи, не здатної дати згоду, яка б виражала її справжню волю [9].

Помітно, що в цьому розлозі переліку немає прямої згадки про вчинення сексуального насильства щодо особи, яка не досягла віку згоди на зайняття діяльністю сексуального характеру. Так само не згадується «вік сексуальної згоди» у рішеннях міжнародних кримінальних трибуналів, найбільш знакових для розуміння сексуального насильства як злочину проти людяності, воєнного злочину чи злочину геноциду. Водночас формулювання «особа, не здатна дати згоду, яка б виражала її справжню волю» не виключає того, що неспроможність особи виразити волю на сексуальне спілкування може бути зумовлена малолітнім віком особи. Тобто ігноруючи нормативну презумпцію, якою є положення про «вік сексуальної згоди», міжнародне кримінальне право у вузькому сенсі зміщує акцент у бік того, що підставу кримінальної відповідальності за сексуальне насильство створює фактична неспроможність дитини висловити за конкретних обставин згоду на участь у діяльності сексуального характеру.

Наразі «вік сексуальної згоди» прямо (текстуально) згадується не лише в Лансаротській конвенції, а й у Директиві Європейського Парламенту і Ради 2011/93/ЄС від 13 грудня 2011 р. про боротьбу з сексуальним насильством та сексуальною експлуатацією дітей та дитячою порнографією та про заміну Рамкового рішення Ради 2004/68/ЮВС [10]. Причому якщо термінологія Директиви не залишає місця для сумнівів, бо в ній вживається зворот «age of sexual consent» («вік сексуальної згоди»), то ст. 18 Лансаротської конвенції створює умови для різночитань, адже в ній, повторимо, йдеться про вік, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною («age below which it is prohibited to engage in sexual activities with a child»). Це формулювання, в якому превалує нормативний чинник, не пояснює причину, через яку забороняється зайняття вказаною діяльністю з дитиною, котра не досягла певного віку.

Утім, низка офіційних документів недвозначно засвідчує, що такою причиною є нездатність дитини висловити згоду стосовно вчинюваних щодо неї дій. Так, у 1-му Імплементційному звіті Комітету держав-учасниць Лансаротської конвенції «Захист дітей від сексуальних зловживань у колі довіри: загальні рамки», схваленому 4 грудня 2015 р. [11], поняття «вік сексуальної згоди» використовується у такому контексті, який не залишає сумнівів стосовно того, що і це поняття, і вжите в п. а) ч. 1 ст. 18 Лансаротської конвенції поняття «вік, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною» мають тотожний юридичний зміст. Такий саме висновок впливає й із Термінологічних орієнтирів для захисту дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (так званих Люксембурзьких орієнтирів), укладених 28 січня 2016 р. Міжвідомчою робочою групою з питань сексуальної експлуатації дітей (група складалася з представників понад 15 міжнародних організацій та агенцій, включаючи органи та установи ООН, РЕ, Інтерпол). Узагальнений правовий зміст аналізованого поняття добре передають саме «Люксембурзькі орієнтири», де зазначено таке: для того, щоб уникнути непорозумінь та сірих зон у праві, усім повинно бути зрозуміло, що передбачений законом «вік сексуальної

згоди» означає те, що залучення дитини, яка не досягла цього віку, до діяльності сексуального характеру заборонене за будь-яких умов, і що згода такої дитини є юридично нікчемною [12].

Показана природа «віку сексуальної згоди» схиляє до думки про те, що цей показник навряд чи повинен пов'язуватись із шлюбним віком (навіть при тому, що останній визначається сімейним законодавством не довільно, а з урахуванням формування статевої зрілості, рівня психічного, інтелектуального та соціального розвитку людини). Слід мати на увазі і те, що особа, яка досягла «віку сексуальної згоди», може залишатись статеводоторканною з міркувань, відмінних від тих, які зумовлюють її спроможність дати усвідомлену згоду на сексуальне спілкування. Тому складно повністю погодись із висловленою в літературі думкою про те, що після досягнення «віку сексуальної згоди» неповнолітній вправі розпоряджатись своєю статевою свободою, у зв'язку з чим цей вік повинен визначатись з того моменту, коли початок статевого життя не порушує нормального фізіологічного, психічного і морального формування особи [13, с. 175].

Ще один міжнародно-правовий аспект, важливий для правильного розуміння природи «віку сексуальної згоди», полягає в тому, що він втрачає своє правове значення у випадках, коли йдеться не просто про вчинення щодо дитини дій сексуального характеру, а про її сексуальну експлуатацію. На особливу увагу у зв'язку з цим заслуговує одне з рішень Європейського комітету з соціальних прав за 2014 р., в якому зазначається, що зі статті 7(10) Європейської соціальної хартії 1996 р. (вона вимагає забезпечити особливий захист дітей та підлітків від фізичних і моральних ризиків, на які вони наражаються, і, зокрема, від тих ризиків, що безпосередньо або опосередковано пов'язані з виконуваною ними роботою) впливає позитивне зобов'язання держав-учасниць Хартії криміналізувати сексуальну експлуатацію дітей. Причому криміналізації підлягає будь-яка сексуальна експлуатація дітей віком до 18 років незалежно від встановлення в національному законодавстві більш низького «віку сексуальної згоди» [14].

Ч. 2 ст. 18 Лансаротської конвенції залишає на розсуд держав-учасниць питання, до якого віку забороняється залучення дитини до діяльності сексуального характеру. Обґрунтування цього рішення слід шукати в плюралізмі культурних традицій і моральних орієнтирів, притаманних різним суспільствам.

Навіть якщо виходити з того, що впровадження у нашу правову систему концепту «вік сексуальної згоди» мало відбутись (передусім чи тільки) за допомогою внесення змін до статей 152, 153 КК, що й було зроблено на підставі Закону від 6 грудня 2017 р., а не до ст. 155 КК, уточненої Законом від 14 березня 2018 р., оптимальність закріплення у цьому разі 14-річного віку не виглядає безспірною.

Маємо на увазі, зокрема, такі обставини, як інформаційний бум, лібералізація статевої моралі, акселерація, передчасний психосексуальний розвиток сьогоднішніх підлітків, чимало з яких добре проінформовані про суть і техніку статевого акту, орально- та анально-генітальних контактів, різке падіння вікових меж початку сексуального життя. Так, за даними соціологічних досліджень ще 15-річної давності, регулярним статевим життям живуть 13,6 % підлітків у віці 15–18 років, 30,9 % підлітків у віці 14–15 років і 9,7 % підлітків у віці 13 років [15]. Більш свіжі показники нам на очі не потрапили, хоч, за інформацією інших авторів, «... секс між підлітками у віці 12–14 років, хочемо ми того чи ні, стає звичайною справою» [16].

При цьому у Пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 6 грудня 2017 р., відсутнє належне (та й будь-яке) обґрунтування доречності встановленого 14-річного вікового критерію. В інших супровідних матеріалах до цього законопроекту вдалося відшукати тільки вельми абстрактне висловлювання про те, що цей крок зумовлений психофізіологічними особливостями розвитку осіб, яким не виповнилось 14 років. Тут не буде зайвим нагадати, що стосовно попередніх редакцій розглядуваних кримінально-правових заборон фахівці відзначали, що вік, із досягненням якого особа починає розуміти справжнє значення вчинюваних з нею дій сексуального характеру, – вельми індивідуальна матерія; при цьому віком, недосягнення якого дозволяло констатувати безпорадний стан малолітньої особи, тривалий час називався 10-, 11- або 12-річний вік [17, с. 113–117].

Принагідно відзначимо, що конвенційний концепт «вік сексуальної згоди» не може вважатись принципово новим явищем для українського кримінального права. Видається, що не буде по-

милкою проведення аналогії між таким концептом і багаторічними уявленнями судової практики (зокрема, абз. 1 п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи») про те, що малолітній вік потерпілої особи, через який вона не усвідомлює змісту вчинюваної щодо неї сексуальної діяльності, може бути показником безпорадного стану; це дозволяло визнавати дії сексуального характеру щодо такої дитини зґвалтуванням (ч. 4 ст. 152 КК) або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом (ч. 3 ст. 153 КК). Питання про перебування у безпорадному стані осіб віком від 11 (12) до 14 років мало розв'язуватись з урахуванням висновку судової експертизи. Наявність безпорадного стану у неповнолітніх потерпілих від зґвалтування пов'язувалась фахівцями з недостатністю знань, досвіду, незрілістю особистості, індивідуально-психологічними особливостями (невисокий інтелект, емоційна нестійкість, ригідність психічних процесів), виникненням особливих емоційних станів (афект, стрес тощо) [18, с. 153], тобто фактично з чинниками, з якими Лансаротська конвенція та «обслуговуючі» її документи пов'язують встановлення «віку сексуальної згоди».

Розвиваючи думку про сумнівність (неоптимальність) законодавчого рішення закріпити «вік сексуальної згоди» на рівні 14 років, нагадаємо, що у вітчизняній доктрині свого часу пропонувалось включити до ст. 155 КК норму, згідно з якою не може вважатись добровільним статевий акт у природній або неприродній формі з особою, яка не досягла 11-річного віку. Ця пропозиція аргументувалась за допомогою новітніх досліджень дитячої психології та ранньої сексопатології, які засвідчують фізичну та психологічну безпорадність абсолютної більшості малолітніх осіб, які не досягли одинадцятирічного віку, у сексуальних питаннях. Самооцінка цих дітей дуже недосконала, вони довірливі, наївні, безхитрісні, прямолінійні, мають надзвичайну сугестивність, особливо з боку більш дорослих осіб. Психологи та правники стало виділяють досягнення одинадцятирічного віку малолітньою особою як показник, коли здійснюється певне накопичення первісних знань, деякого життєвого досвіду та коли особа поступово починає «виходити з дитинства» [19, с. 59–60, 89–90, 106–108, 188].

Про те, що до закріплення «віку сексуальної згоди» у нашому КК варто було підійти більш виважено, засвідчує і зарубіжний законодавчий досвід (навіть при тому, що він є різноманітним, а його значення не слід гіперболізувати). Наприклад, ст. 147 Пенітенціарного кодексу Естонії встановлює, що особа, якій не виповнилось 10 років, вважається такою, що не здатна розуміти характер і значення діянь, передбачених розділом цього Кодексу про відповідальність за злочини проти сексуального самовизначення [20]. Незалежно від застосування насильства і погроз статевий акт чи інші сексуальні дії з дитиною певного віку, визначеного законом, визнаються в різних країнах зґвалтуванням або іншим насильницьким злочином. Йдеться, зокрема, про: 10 років (Австралія, Італія, Норвегія); 12 років (Аргентина, Венесуела, Гватемала, Данія, Іспанія, Мексика, Нідерланди, Чилі); 13 років (В'єтнам, Кіпр); 14 років (Бразилія, Бруней, КНР, Чорногорія). У РФ одним із показників безпорадного стану визнане недосягнення потерпілим 12-річного віку (використано прийом юридичної фікції, а не спростовної презумпції); тому добровільні сексуальні контакти з особою, якій не виповнилось 12 років, кваліфікуються як зґвалтування або насильницькі дії сексуального характеру (ст. 131 і ст. 132 КК РФ, відповідно). § 177 КК ФРН передбачає покарання для того, хто: а) вчиняє сексуальні дії з особою віком менше 14 років; б) дозволяє дитині вчиняти сексуальні дії з собою; в) схиляє дитину до вчинення сексуальних дій з третьою особою; г) схиляє дитину до того, щоб вона дозволила третій особі вчиняти сексуальні дії з собою [21, с. 199].

На сьогодні ми не готові назвати «вік сексуальної згоди», який вважаємо таким, що потребує закріплення у вдосконаленому КК, однак безспірним для нас є те, що для уникнення довільності при встановленні (точніше заміні) цього критерію визначення меж злочинної поведінки у сексуальній сфері не обійтись без проведення серйозних міждисциплінарних досліджень за участю, зокрема, кримінологів, соціологів, судових медиків, дитячих психологів і сексологів. Інший шлях розв'язання цієї чутливої і багатоаспектної проблеми є категорично неприйнятним.

Зайвим підтвердженням недостатньої професійності вітчизняних парламентаріїв при розв'язанні складних кримінально-правових проблем стало прийняття Закону від 14 березня 2018 р., а точніше відсутність спроби узгодити його зміст із положеннями Закону від 6 грудня 2017 р. Як

вже зазначалось, у Пояснювальній записці до законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 14 березня 2018 р., заміна статевонезрілого стану на віковий критерій у ст. 155 КК подавалась, серед іншого, як виконання Україною ст. 18 Лансаротської конвенції, а також рекомендацій Комітету ООН з прав дитини щодо встановлення «чіткого мінімального віку статевого повноліття». При цьому у вказаному супровідному документі не містилось: а) згадування про те, що проблему запровадження «віку сексуальної згоди» розв'язано (принаймні частково) шляхом включення в статті 152, 153 КК, оновлені на підставі Закону від 6 грудня 2017 р., частин четвертих, присвячених, відповідно, зґвалтуванню і сексуальному насильству щодо малолітньої особи; б) обґрунтування того, чому «мінімальний вік статевого повноліття» повинен становити саме 16 років.

У ч. 1 чинної редакції ст. 155 КК йдеться про природні або неприродні статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку, вчинені повнолітньою особою. З приводу наведеної кримінально-правової норми вважаємо за потрібне висловити такі міркування.

Використання в цьому разі звороту «природні або неприродні статеві зносини» не лише порушує правило єдності законодавчої термінології в межах розділу IV Особливої частини КК, а й не відповідає наскрізному поняттю «діяльність сексуального характеру з дитиною», яким оперує Лансаротська конвенція. До слова це саме зауваження стосується висунутої у 2017 р. пропозиції Г.Я. Мартинишина вказати у вдосконаленій ч. 1 ст. 155 КК на природні або неприродні статеві зносини з особою, яка не досягла 16-річного віку. Цікаво, що таке недолуге формулювання обстоював автор, який не сумнівався у необхідності впорядкування КК з урахуванням Стамбульської конвенції і писав про готовність правової системи України до впровадження європейських стандартів караності поведінки у сексуальній сфері [22, с. 173, 176, 179, 180]. Неузгодженість понятійного апарату Закону від 14 березня 2018 р. із термінологією, використаною в Законі від 6 грудня 2017 р., полягає й у тому, що в першому з цих нормативних актів не використовується, мабуть, доречний тут зворот на кшталт «без добровільної згоди» або «незалежно від її добровільної згоди».

Якщо поняття «природні або неприродні статеві зносини з особою...» семантично передбачає безпосередній фізичний контакт між дорослим і дитиною, то поняття «діяльність сексуального характеру» має ширший зміст. Зокрема, з Думки Комітету держав-учасниць Лансаротської конвенції щодо її статті 23 (2015) та Пояснювального коментарю до неї випливає, що «діяльність сексуального характеру» має тлумачитись у тексті цього міжнародного договору широко та може, зокрема, полягати й у так званих он-лайн зустрічах дорослого і дитини. Ч. 1 ст. 155 КК у редакції Закону від 14 березня 2018 р. таких особливостей конвенційної термінології не враховує.

Далі. Слід визнати, що певний резон у законодавчій заміні статевонезрілого стану на віковий критерій був. Вжите у попередній редакції ст. 155 КК поняття статевонезрілого стану дозволяло враховувати стан індивідуального розвитку конкретного потерпілого. Нагадаємо, що статева зрілість – це такий фізіологічний стан організму людини, досягнення якого дозволяє їй належним чином і без шкідливих наслідків для здоров'я виконувати репродуктивну функцію. Статева зрілість полягає у завершенні формування організму чоловіка чи жінки, коли статеве життя, а для жінок, крім того, запліднення, вагітність, пологи та годування дитини, є фізіологічно нормальною функцією і не завдає шкоди подальшому розвитку організму. На строки статевого дозрівання впливають спадковість, расові і географічні фактори тощо. Були можливі такі результати відповідного судово-медичного обстеження: особа не досягла статевої зрілості і не може здійснювати статеві акти; особа не досягла статевої зрілості, але може здійснювати статеві акти; особа досягла статевої зрілості повністю.

Очевидно, що поняття статевонезрілого стану, використане у кримінально-правовій забороні, створювало ймовірність об'єктивного інкримінування, адже встановлення статевої зрілості шляхом проведення судово-медичної експертизи ускладнювало усвідомлення винуватою особою цієї ознаки потерпілого. Як зазначає польський дослідник З. Старович, в експертній практиці поширені випадки, коли одна дівчина-підліток не лише виглядає як більш доросла особа, а й має багатий сексуальний досвід у той час, як її ровесниця є незайманною і ні фізично (біологічно), ні психічно не досягла статевої зрілості [23, с. 128–129]. Не виключені випадки, коли фізично добре розвинута особа водночас є статевонезрілою. Пропонуючи свого часу відмовитись від використання поняття статевонезрілого стану у тексті кримінального закону, П.І. Люблінський

та Я.М. Яковлев зазначали, що статева зрілість або незрілість пов'язана з інтимними функціями організму людини [24, с. 128–129; 25, с. 264–267]. Щоправда, у нашій судовій практиці (п. 16 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи») стосовно статево-вонезрілого стану допускалась і «необережність».

Цікаво, що труднощі з розумінням поняття «статева зрілість» виникали не лише в українських законотворців і правозастосувачів. Так, Г. Жу та С. Ван дер Аа, які в 2016 р., які здійснили масштабний огляд положень кримінального законодавства держав Європи в аспекті встановлення віку згоди на зайняття діяльністю сексуального характеру, говорячи про «вік сексуальної згоди» в українському контексті, некоректно посилались на чинну станом на 2016 р. редакцію статті 155 КК, в якій вживалось поняття статево-вонезрілої особи, та на одержану від вітчизняної авторки Т. Михайліченко інформацію про те, що статево-вонезрілими є особи, котрі не досягли 16 років [26, с. 40–41].

Однак чи є підстави визнати викладення ст. 155 КК у редакції Закону від 14 березня 2018 р. виконанням ст. 18 Лансаротської конвенції, як на цьому наголосили автори відповідного законопроекту? Сумніваємось у цьому. Конвенційне поняття «вік сексуальної згоди» принципово відрізняється від поняття «статева зрілість», яким оперувала попередня редакція ст. 155 КК.

Аспекти, які перераховані у Правилах судово-медичних експертиз (обстежень) щодо стате-вих станів у бюро судово-медичної експертизи, затверджених наказом МОЗ України від 17 січня 1995 р. № 6 та які враховуються при вирішенні питання, чи досягла особа статевої зрілості, мають суто фізіологічний характер та не пов'язані із психічною спроможністю неповнолітньої особи давати згоду на участь в діяльності сексуального характеру. Як слушно зазначає О. Зайцева, вік сексуальної згоди – це вік, починаючи з якого людина вважається спроможною дати усвідомлену згоду на сексуальні відносини з іншою людиною, а стан статевої зрілості – це готовність організму до репродуктивних функцій [27]. Тобто поняття статевої зрілості пов'язується з особливостями фізіологічного розвитку людини, а не з особливостями її психічного розвитку, що має на увазі поняття «вік сексуальної згоди». Окремі дослідники, плутаючи ці поняття, некоректно пишуть, що «особа, яка не досягла статевої зрілості, цілком спроможна (особливо у вік високих інформаційних технологій) адекватно усвідомлювати значення певних дій, бути носієм статевої свободи та за власною ініціативою реалізувати своє суб'єктивне право» [28, с. 207].

При цьому ст. 18 Лансаротської конвенції вимагає криміналізувати зайняття діяльністю сексуального характеру з дитиною, яка не досягла передбаченого законодавством віку, оскільки (нами це встановлено вище) подібна діяльність вважається (презюмується) такою, що здійснюється без згоди дитини через її вік, а не з міркувань турботи про фізіологічний аспект статевого здоров'я неповнолітнього, з чого виходила попередня редакція ст. 155 КК. Передчасний вступ у статевий зв'язок може завдати серйозної шкоди здоров'ю підлітка (пошкодження статевих органів, анального отвору, органів черевної порожнини, сильні кровотечі тощо), збільшити ризики захворіти на інфекційні хвороби, викликати безпліддя, що врешті-решт погіршує стан репродуктивного здоров'я нації. Особа, яка досягла «віку сексуальної згоди», може й не мати фізичної готовності організму до розмноження.

З'ясована відмінність, на жаль, не була врахована при прийнятті Закону від 14 березня 2018 р. Тому й не дивно, що здійснена на його підставі зміна описання потерпілого від злочину, передбаченого ст. 155 КК, не дістала одностайної підтримки фахівців. Зокрема, працівники Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України, виступаючи проти відмови від статево-вонезрілого стану і зміни пріоритетів кримінально-правової охорони, у висновку на відповідний законопроект основне призначення ст. 155 КК вбачали саме у запобіганні шкоди для здоров'я неповнолітнього, яка може настати внаслідок початку статевих зносин до досягнення статевої зрілості. Недоцільним визнавалось встановлення кримінальної відповідальності за добровільні статеві зносини у тих випадках, коли загроза настання такої шкоди відсутня. Тому парламентські експерти висловили свою незгоду з тим, що злочинним визнаватиметься, наприклад, добровільний статевий акт з особою жіночої статі, якій не виповнилось 16 років, але яка досягла статевої зрілості, тоді як аналогічні дії щодо 16-річної дівчини, яка за своїми фізіологічними ознаками такої зрілості ще не досягла, не міститимуть ознак складу злочину, передбаченого

ст. 155 КК. Стверджувалось, що ознакою складу цього злочину повинен і надалі виступати біологічний стан (статева зрілість), а не певний вік потерпілої особи [29].

Доцільність декриміналізації статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості, заперечувалась, як бачимо, вельми переконливо. З іншого боку, статеві зносини із статевозрілою особою (навіть тією, якій ще не виповнилось 16 років), не завдають шкоди формуванню здорової повноцінної людини, а отже, навряд чи є суспільно небезпечними, що оновлена ст. 155 КК не бере до уваги.

Точка зору, подібна до обстоюваної парламентськими експертами, висловлювалась і представниками кримінально-правової доктрини. Так, Л.В. Дорош, хоч і виступала за визнання потерпілим від злочину, передбаченого ст. 155 КК, неповнолітньої особи, яка не досягла шлюбного віку, слушною називала точку зору, яка знаходила відображення у попередній редакції цієї статті КК і згідно з якою використання поняття статевої зрілості у кримінальному законодавстві є корисним і необхідним через те, що воно позначає індивідуальний стан потерпілого, а тому дає можливість встановити реальну шкоду, спричинену об'єкту кримінально-правової охорони [30, с. 99–100]. За інформацією С.В. Чмута, судово-медичні дослідження фізіологічних процесів статевого дозрівання осіб чоловічої статі вказують на те, що серед підлітків 16-річного віку у 30,4 % статеві залоза була ще недостатньо сформована, а формування вікових критеріїв фізичного розвитку і статевого визрівання не збігається у часі та неоднорідне за інтенсивністю. За обставин, коли одна третина підлітків у 16-річному віці не досягає статевої зрілості, навряд чи можна говорити, що вони здатні до статевих зносин та що ці зносини не створюють небезпеки для їх подальшого статевого фізичного і психічного розвитку [19, с. 83–89]. До ухвалення Закону від 14 березня 2018 р. І.О. Бандуркою висувалась пропозиція викласти диспозицію ч. 1 ст. 155 КК у такій редакції: «Статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку або статевої зрілості, вчинені повнолітньою особою...» [31, с. 334].

Якщо суб'єктами законодавчої ініціативи встановлення заборони вступати в статеві зносини з неповнолітніми до 16-річного віку мислилось як конкретизація заборони вступати в статеві зносини з особами, які через свій вік не є статевозрілими, то з набранням чинності Законом від 14 березня 2018 р. відбулась насправді не конкретизація наявної кримінально-правової заборони, а заміна останньої новою заборonoю з інакшою сферою дії. Оскільки попередня редакція ч. 1 ст. 155 КК і чинна редакція цієї кримінально-правової норми *de facto* описують різні типи поведінки, між ними відсутня правова наступність. При вирішенні цього питання не можна керуватись лише тим, що обидва ці законодавчі положення в підсумку забороняють статеві зносини з особами, які не досягли того чи іншого віку. Визначальною має бути спрямованість кримінально-правових заборон – мета, яку вони переслідують. З огляду на те, що попередня редакція ч. 1 ст. 155 КК мала за мету встановлення відповідальності за статеві зносини з особами, які фізіологічно незрілі для цього, а її чинна редакція встановлює відповідальність за статеві зносини з особами, які не можуть добровільно висловити свою згоду на це, вказані положення немає підстав вважати такими, між якими наявна правова наступність.

De lege ferenda кримінально-правова заборона вчинення дій сексуального характеру за участю особи, яка не досягла «віку сексуальної згоди», могла б співіснувати з кримінально-правовою заборonoю вчинення дій сексуального характеру із статево незрілою особою, адже це забезпечувало б кращу (більш повну, комплексну) охорону статевої недоторканності дітей. Задля обмеження сфери застосування другої із зазначених заборон вона як на криміноутворювальну ознаку могла б альтернативно вказувати щонайменше на: а) вчинення дій близьким родичем, членом сім'ї або особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього; б) спричинення безплідності або інших тяжких наслідків.

Застосовуючи ст. 155 чинного КК, слід враховувати, що вона перебуває у колізії з ч. 4 ст. 152 і ч. 4 ст. 153 КК (у частині поєднаних із добровільною згодою дій сексуального характеру, вчинених повнолітньою особою). Системне тлумачення положень КК, який закріплює фактично два «віки сексуальної згоди», врахування різниці в шкоді, заподіяваній малолітнім та особам, яким не виповнилось 16 років, унаслідок передчасного сексуального спілкування, дозволяє зробити висновок про те, що вчинення відповідних дій стосовно малолітньої потерпілої особи потребує кваліфікації за ч. 4 ст. 152 або ч. 4 ст. 153 КК. Отже, потерпілим від злочину, передбаченого

ст. 155 КК, *de lege lata* є лише та особа, якій вже виповнилось 14 років, але яка ще не досягла 16-річного віку. При цьому караність злочинів, передбачених, з одного боку, ч. 4 ст. 152 та 4 ст. 153 КК, а з іншого – ст. 155 КК, істотно різниться.

З цього приводу О.В. Харитонова слушно зауважує, що ст. 155 КК залишає для регулювання тільки «діапазон», в якому потерпілій особі від 14 до 16 років. Дослідниця справедливо констатує невдачі такого законодавчого підходу. Адже склалася ситуація, коли зміни до КК, пов'язані з імплементацією Стамбульської конвенції, не були узгоджені зі змінами, зумовленими імплементацією Лансаротської конвенції, і відтепер ч. 4 ст. 152 КК і ч. 1 ст. 155 КК, ч. 4 ст. 153 і ст. 156 КК містять дублюючі приписи, які описують однакові діяння, але передбачають кардинально різний рівень караності. Зазначене ускладнює ефективне застосування вказаних кримінально-правових норм і потребує їхнього негайного вдосконалення з урахуванням системного підходу [32]. Як бачимо, О.В. Харитонова вельми критично оцінює існуючий стан запровадження у правову систему України концепту «вік сексуальної згоди», з чим не можна не погодитись.

Прибічники згаданого концепту наголошують, серед іншого, на тому, що законодавче запровадження «віку сексуальної згоди» покликане допомогти дітям відчувати себе у безпеці, діяти у власній зоні комфорту і захистити їх від посягань з боку дорослих [33]. Зазначається, що законодавство про «вік сексуальної згоди» не позбавляє молодь права отримувати сексуальний досвід, а обмежує право дорослих посягати на сексуальну недоторканність дітей. Покарання передбачено не для дитини, а для дорослого, тобто закон захищає дітей від зловживань з боку дорослих [27]. Інакше кажучи, закріплений у кримінальному законі «вік сексуальної згоди» покликаний спонукати дорослих утримуватися від сексуальних контактів із дітьми.

Але ж за вчинення зґвалтування і сексуального насильства, у тому у числі у випадках, коли потерпілими від цих злочинів стають малолітні, кримінальну відповідальність наразі можуть нести особи, яким виповнилось 14 років (ч. 2 ст. 22 КК), тобто явно і не дорослі суб'єкти. І цей законодавчий крок (тобто неврахування різниці у віці учасників сексуальної поведінки), вочевидь, не узгоджується з таким принципом криміналізації, як відносна поширеність діяння.

Причому якщо при викладенні ч. 1 ст. 155 КК у редакції Закону від 14 березня 2018 р. вимога ч. 3 ст. 18 Лансаротської конвенції (дія положень підпункту «а» пункту 1 цієї статті не поширюється на врегулювання статевого стосунку між неповнолітніми, що здійснюються за взаємною згодою) була взята до уваги, то при ухваленні Закону від 6 грудня 2017 р. цей нюанс був проігнорований. Це і не дивно, бо розроблення і прийняття вказаного Закону підпорядковувалось Стамбульській конвенції як інструменту протидії сексуальному насильству, а не Лансаротській конвенції з її місією захисту дітей від сексуальних зловживань.

Для порівняння: за вчинення сексуальних дій щодо дітей у віці від 13 до 16 років у Великобританії за законом можуть нести кримінальну відповідальність як дорослі, так й особи, яким не виповнилось 18 років. Однак щодо вчинення таких дій між підлітками існують рекомендації Парламенту і Королівської прокуратурської служби, які вказують на неприпустимість кримінального переслідування підлітків за добровільні і взаємні сексуальні дії без обтяжуючих обставин. Для вирішення питання про наявність злочину за такого суб'єктного складу беруться до уваги, зокрема, співвідношення віків неповнолітніх, тривалість і характер їхніх взаємовідносин, рівень зрілості осіб, наявність між ними елементів залежності або експлуатації [34, с. 17–18].

Проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки.

По-перше, передбачений законами від 6 грудня 2017 р і 14 березня 2018 р. спосіб запровадження в КК конвенційного концепту «вік сексуальної згоди» характеризується низкою вад, зокрема:

а) встановлена градація віку потерпілого (встановлення двох «віків сексуальної згоди»), хоч і дозволяє диференціювати кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо дітей, зі ст. 18 Лансаротської конвенції не впливає;

б) оптимальність закріплення 14-річного віку у частинах 4 ст. 152, ст. 153 КК не виглядає безспірною. Відсутність належного обґрунтування притаманна і 16-річному віковому критерію, який фігурує у ч. 1 ст. 155 КК. Для усунення з'ясованої довільності при запровадженні нормативного

показника «вік сексуальної згоди» перспективним є шлях проведення міждисциплінарних досліджень;

в) формулювання ч. 4 ст. 152 і ч. 4 ст. 153 КК є редакційно невдалими, бо можуть заплутати щодо того, чи вправі малолітня особа бути суб'єктом добровільної згоди;

г) використання в ч. 1 ст. 155 КК звороту «природні або неприродні статеві зносини» порушує правило єдності законодавчої термінології в межах розділу IV Особливої частини КК, а також не відповідає наскрізному поняттю «діяльність сексуального характеру з дитиною», яким оперує Лансаротська конвенція;

г) викладення ст. 155 КК у редакції Закону від 14 березня 2018 р. усупереч думці розробників відповідного законопроекту немає підстав визнавати виконанням ст. 18 Лансаротської конвенції щодо встановлення віку, до досягнення якого забороняється займатися діяльністю сексуального характеру з дитиною. Оскільки попередня редакція ч. 1 ст. 155 КК і чинна редакція цієї кримінально-правової норми описують різні типи поведінки, між ними відсутня правова наступність;

д) оновлені відповідно до Стамбульської конвенції ст. 152 і ст. 153 КК, хоч і втілюють концепт «вік сексуальної згоди», не беруть до уваги вимогу ч. 3 ст. 18 Лансаротської конвенції щодо впливу на кримінальну відповідальність за сексуальну діяльність різниці у віці учасників такої діяльності.

По-друге, розмірковуючи над перспективами вдосконалення КК у частині концепту «вік сексуальної згоди» і дотичної матерії, вважаємо за доцільне брати до уваги щонайменше такі обставини:

а) законодавчу оптимізацію «віку сексуальної згоди» за будь-якого варіанту розв'язання цієї проблеми не слід пов'язувати з тематикою сексуальної експлуатації дітей;

б) потребує фахового обговорення ідея повернення в КК поняття статевонезрілого стану. Сфера застосування норми, спрямованої на захист репродуктивної функції підростаючого покоління, могла б бути обмежена випадками, коли потерпіла особа, тіло якої зазнає вагінального або анального сексуального проникнення, є статевонезрілою;

в) якщо керуватись сформульованою на початку нашої статті гіпотезою про автономність (альтернативність) ознак «недосягнення віку сексуальної згоди» та «відсутність добровільної згоди» як криміноутворювальних (а така гіпотеза впливає, крім іншого, з розрізнення підходів, відображених у Лансаротській і Стамбульській конвенціях), то треба визначитись, де саме та яким чином має фіксуватись «вік сексуальної згоди».

Як варіант розділ IV Особливої частини КК міг би бути доповнений окремою відповідною статтею (аналогом, зокрема, згаданого параграфу 177 КК ФРН чи з певними застереженнями ст. 155 КК України в її чинній редакції). Причому така самостійна кримінально-правова заборона, присвячена вчиненню дій сексуального характеру за участю осіб, які не досягли «віку сексуальної згоди», має охоплювати не лише дії винуватого (тобто його активну поведінку щодо потерпілого), а й надання винуватим згоди потерпілій дитині вчиняти щодо себе дії сексуального характеру, а так само примушування дитини до вчинення дій сексуального характеру з третьою особою. Зазначена заборона фіксуватиме, серед іншого, конкретний «вік сексуальної згоди», визначений законодавцем з урахуванням відповідних міждисциплінарних досліджень.

Вада цього варіанту, не дивлячись на його узгодженість з традиціями національного кримінального законодавства, вбачається у тому, що він іде врозріз з ідеєю Стамбульської конвенції про універсальну роль в унормуванні меж кримінально караного поведінки у сексуальній сфері такого чинника, як відсутність добровільної згоди на вчинення дій сексуального характеру. При цьому аналіз Стамбульської конвенції як більш сучасного порівняно з Лансаротською конвенцією міжнародно-правового документа свідчить про намагання європейського співтовариства виробити і втілити в життя уніфіковані стандарти, за якими має визначатись злочинність поведінки у досліджуваній сфері.

Вочевидь, таке саме критичне зауваження може бути зроблено щодо пропозиції доповнити КК окремим (спеціальним) положенням, подібним до того, яке передбачене ст. 147 Пенітенціарного кодексу Естонії: «Для цілей положень розділу IV Особливої частини цього Кодексу вва-

жається безумовно не здатною висловити згоду на участь у діяльності сексуального характеру особа, яка не досягла віку» (про те, як уникнути довільності при встановленні цього показника, йшлося вище).

У постановочному плані висловимо для обговорення альтернативний підхід, який, ґрунтуючись на пріоритеті Стамбульської конвенції як документа, що є результатом багаторічних напрацювань міжнародно визнаних експертів, полягає у відмові від прямого (текстуального) відображення у КК концепту «вік сексуальної згоди». Питання про кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру за участю дітей пропонується вирішувати через призму універсального конвенційного поняття добровільної згоди шляхом оцінки фактичних обставин в конкретному кримінальному провадженні, тобто у межах уточнених статей 152, 153 КК, присвячених сексуальному насильству. Йдеться, таким чином, про те, що малолітній вік особи (питання факту) як показник її психічної безпорадності виступатиме одним із чинників, що виключає вільне волевиявлення особи на вчинення дій сексуального характеру, а отже, добровільність згоди. Тобто роль криміноутворювальної ознаки і в цьому разі відіграватиме не недосягнення потерпілою особою певного віку, визначеного у законодавчому порядку, а відсутність добровільної згоди потерпілої особи, як це і притаманно сексуальному насильству у сенсі Стамбульської конвенції.

Вчинення щодо дітей дій сексуального характеру, відмінних від сексуального насильства та сексуального проникнення в тіло статевонезрілої особи, може розцінюватись як фізичне або інтелектуальне розбещення неповнолітніх (ст. 156 КК). До того ж можлива криміналізація сексуальних дій стосовно дітей навіть за добровільної згоди на вчинення таких дій, здійснювана з міркувань турботи про їхній нормальний розвиток у сексуальній сфері (сексуальна експлуатація, інцест тощо);

ґ) для усунення вад, притаманних чинному КК у частині відповідальності за статеві злочини, доцільно сформувати робочу групу із залученням представників суддівського корпусу, правоохоронних органів і фахівців у сфері кримінального права з числа наукових та науково-педагогічних співробітників.

- 1 Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами: Закон України від 6.12.2017 р. № 2227-VIII. Голос України. 2018. 11 січн. (№ 6). С. 3.
2. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації: Закон України від 14.03.2018 р. № 2334-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2018. № 17. Ст. 150.
3. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами. Офіційний переклад. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60492 (дата звернення: 31.01.2019).
4. Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства. Ратифікована Законом України від 20 червня 2012 р. Офіційний переклад. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_927 (дата звернення: 31.01.2019).
5. Дудоров О.О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики): практ. порадник. Северодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2018. 92 с.
6. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України). Київ: Ваіте, 2019. 288 с.
7. Максимів О.Д., Максимів Л.В. Кримінально-правова характеристика добровільних статевих зносин з малолітньою особою. Юридичний науковий електронний журнал. 2018. № 3. С. 193–195.
8. Римський статут Міжнародного кримінального суду від 17.07.1998 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588 (дата звернення: 31.01.2019).
9. Елементи злочинів, прийняті Підготовчою комісією для Міжнародного кримінального суду 30.06.2000 р. URL: http://www.un.org/ru/documents/rules/icc_elements.pdf (дата звернення: 31.01.2019).
10. Директива Європейського Парламенту і Ради 2011/93/ЄС від 13 грудня 2011 р. про боротьбу з сексуальним насильством та сексуальною експлуатацією дітей та дитячою порнографією та про заміну Рамкового рішення Ради 2004/68/ЮВС. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0093&from=EN> (дата звернення: 31.01.2019).

11. 1-ий Імплементацийний звіт Комітету держав-учасниць Лансаротської конвенції «Захист дітей від сексуальних зловживань у колі довіри: загальні рамки». Схвалений 4.12.2015 р. URL: <https://rm.coe.int/1st-implementation-report-protection-of-children-against-sexual-abuse-/16808ae53f> (дата звернення: 31.01.2019).
12. Термінологічні орієнтири для захисту дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства. Укладені 28.01.2016 р. Міжвідомчою робочою групою з питань сексуальної експлуатації дітей. URL: <http://luxembourgguidelines.org/english-version> (дата звернення: 31.01.2019).
13. Игнатова А.А. Уголовная ответственность за ненасильственные посягательства на половую неприкосновенность лиц, не достигших шестнадцатилетнего возраста: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2015. 207 с.
14. Рішення Європейського комітету з соціальних прав у справі Federation of Catholic Family Associations in Europe (FAFCE) v. Ireland, complaint № 89/2013, 12 September 2014. URL: <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-89-2013-dmerits-en> (дата звернення: 31.01.2019).
15. У декретній відпустці ... батько. Голос України. 2004 р. 2 квітн. (№ 62). С. 5.
16. Маслов Л. З новим сексом! Міфи і факти про статеvu революцію в Україні. URL: <https://site.ua/leonid.maslov/17358-z-novim-seksom-mifi-i-fakti-pro-statevu-revoljutsiyu-v-ukrayini/?fbclid=IwAR2wqdhHII8P9tC-t-aPWnDjofhvydw8PyK3-apeN6VrXY9WH1ViEkQR2WA> (дата звернення: 31.01.2019).
17. Дудоров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів проти статевої свободи та недоторканості особи: наук.-практ. посібник. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. 352 с.
18. Ситковская О.Д. Уголовный кодекс Российской Федерации: психологический комментарий. Москва: Волтерс Клувер, 2009. 192 с.
19. Чмут С.В. Кримінальна відповідальність за статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості: дис. ... канд. юрид. наук. Запоріжжя, 2010. 239 с.
20. Пенитенциарный кодекс Эстонии. По состоянию на 17.12.2018. URL: <https://v1.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ruseadused/ПЕНИТЕНЦИАРНЫЙ%20КОДЕКС%2017.12.2018.pdf> (дата звернення: 31.01.2019).
21. Карне законодавство ФРН. Переклад. Київ: Ваіте, 2016. 408 с.
22. Мартинишин Г.Я. Статева недоторканість як об'єкт кримінально-правової охорони в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2017. 220 с.
23. Старович Збигнев. Судебная сексология: Пер. с польск. Москва: Юрид. лит., 1991. 336 с.
24. Люблинский П.И. Преступления в области половых отношений. Москва-Ленинград: Изд-во Л.Д. Френкель, 1925. 242 с.
25. Яковлев Я.М. Половые преступления. Душанбе: Ирфон, 1969. 454 с.
26. Zhu G., van der Aa S. Trends of age of consent legislation in Europe: A comparative study of 59 jurisdictions on the European continent. New Journal of European Criminal Law. 2017. Vol 8(1). P.14–42.
27. Зайцева О. Вік сексуальної згоди: кого і від чого захищаємо. URL: <https://genderindetail.org.ua/season-topic/seksualnist/vik-sexualnoi-zgodi-kogo-i-vid-chogo-zahishaemo-134383.html> (дата звернення: 31.01.2019).
28. Хоменко М. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: особливості законодавчого регулювання сьогодення. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 11. С. 205–210.
29. Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації» (реєстр. № 2016 від 3.03.2015 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53813 (дата звернення: 31.01.2019).
30. Дорош Л.В. Якість кримінального закону: до проблеми визначення поняття «стан статевої зрілості». Питання боротьби зі злочинністю: збірник наукових праць / Ред. кол.: В.І. Борисов та ін. Харків: Право, 2009. Вип. 17. С. 78–91.
31. Бандурка І.О. Кримінально-правовий захист дитинства в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук. Харків, 2016. 398 с.
32. Харитонова О. Хліб, любов і фантазія, або Нотатки на полях Стамбульської конвенції та Кримінального кодексу (частина 2). URL: https://jurliga.ligazakon.net/analytics/183309_khlb-lyubov--fantazy-a-bo-notatki-na-polyakh-stambulsko-konvents-ta-kriminalnogo-kodeksu-chastina-2?fbclid=IwAR0TLZtjc3OB6ly2CNKx4LOAHlzRotNNtHbeEHdei0qNSaFXHgQmR2HhsYI (дата звернення: 31.01.2019).
33. Савина А. Секс без принуждения: Что на самом деле значит принцип согласия. URL: <https://www.wonderzine.com/wonderzine/life/life/222123-consent> (дата звернення: 31.01.2019).
34. Бимбинов А. Ненасильственные посягательства на половую неприкосновенность несовершеннолетних по законодательству стран Евросоюза (на примере Германии, Франции и Англии). Уголовное право. 2014. № 2. С. 16–22.

Злочини проти статевої свободи, статевої недоторканості та статевої моральності в проекті нового Кримінального кодексу України (нотатки на полях)¹²

Порівняння розділу IV Особливої частини чинного Кримінального кодексу України (далі – КК) «Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» і розділу 4.5 проекту нового КК України (далі – проект) «Злочини проти статевої свободи, статевої недоторканості та статевої моральності» [1] дозволяє стверджувати, що розробники проекту загалом вдало вирішують низку проблем, притаманних існуючій законодавчій регламентації кримінальної відповідальності за вказані посягання. Водночас ознайомлення з проектом дозволяє висловити деякі міркування і застереження, реагування на які, сподіваємось, дозволить поліпшити якість обговорюваного документа.

1. Одна з основних проблем, яка виникає при тлумаченні і застосуванні ст. 152 і ст. 153 КК полягає не стільки у закріпленні добровільної згоди як обов'язкової (криміноутворювальної) ознаки складів злочинів «зґвалтування» і «сексуальне насильство», відповідно, скільки у відсутності бажаної ясності з приводу того, яка згода має визнаватись добровільною. Адже очевидним є оцінний характер «супутніх обставин», згаданих у примітці ст. 152 КК, в якій наводиться визначення поняття добровільної згоди. Наш законодавець вирішив механічно відтворити визначення добровільної згоди, сформульоване у Стамбульській конвенції, віддавши вирішення питання про наявність (відсутність) такої згоди на розсуд правозастосувача. Використовуючи при нормативному описанні складів кримінальних правопорушень, що означають сексуальне насильство, поняття добровільної згоди, його *de lege ferenda* доцільно деталізувати, надавши законодавче роз'яснення, змістовно узгоджене з ч. 2 ст. 36 Стамбульської конвенції [2]. Тим більше, що її підписантам дозволено самостійно розв'язувати питання конкретного формулювання законодавчих положень і чинників, які вони вважають такими, що не припускають добровільно наданої згоди (п. 193 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції).

Подібним конструктивним шляхом рухаються розробники проекту, пропонуючи у п. 2 ст. 4.5.1 закріпити доволі розлоге (інформативне) визначення добровільної згоди. Під останньою розуміється виражена зовні воля особи на вчинення щодо неї певного діяння, передбаченого цим Розділом, що сформована при повному і точному усвідомленні нею фактичних обставин і соціальної значимості цього діяння, без застосування до неї насильства чи погрози і при наявності у особи реальної можливості у будь-який момент відмовитися від вчинення щодо неї такого діяння.

Складається враження, що автори проекту визначили добровільну згоду певною мірою однією – саме і тільки з погляду потерпілого. Утім, для інкримінування особі ст. 4.5.2 «Зґвалтування» і ст. 4.5.3 «Дії сексуального характеру, не пов'язані з сексуальним проникненням» суд має констатувати не лише факт того, що певні дії сексуального характеру були вчинені щодо потерпілого за відсутності його добровільної згоди, а й те, що відсутність такої згоди усвідомлювалась винним. З огляду на це, викликає сумнів вдалість наведеного визначення добровільної згоди. Видається, що така дефініція здатна нівелювати значення добровільної згоди як ознаки статевого кримінального правопорушення, оскільки з урахуванням аналізованого визначення суд повинен буде встановити усвідомлення обвинуваченим того, як сприймає ту чи іншу ситуацію потерпілий. Як наслідок, це породжує небезпеку того, що при застосуванні відповідних положень проекту відсутність добровільної згоди констатуватиметься лише у найбільш очевидних випадках (наприклад, у разі застосування до потерпілого фізичного чи психічного насильства). Така ймовірна практика суперечитиме тим цілям, задля досягнення яких добровільна згода особи набула (на підставі Закону України від 6 грудня 2017 р. «Про внесення змін до Кримінального та Криміналь-

¹² Стаття написана у співавторстві з К.П. Задоею та опублікована: Проблеми впровадження нового Кримінального кодексу в правову систему України: матеріали міжнар. наук. конф. (м. Харків, 7 квіт. 2021 р.) / редкол.: Ю.В. Баулін, Ю.А. Пономаренко, І.А. Вишнеvsька; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Робоча група з питань розвитку кримін. права Коміс. з питань прав. реформи, Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права», Консульт. місія Європейського Союзу в Україні. Харків: Право, 2021. С. 145–150.

ного процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами»; далі – Законі від 6 грудня 2017 р.) принципового значення для криміналізації статевих кримінальних правопорушень. Відтак поняття добровільної згоди варто спробувати визначити у проекті інакше – з позиції обвинуваченого.

Продовжуючи аналіз п. 2 ст. 4.5.1 проекту, зазначимо, що, на наш погляд, сумнівним є окреме згадування у визначенні добровільної згоди насильства та погрози ним як факторів, які свідчать про відсутність добровільної згоди. Така фрагментарна вказівка спроможна наштовхувати правозастосувачів на хибну думку про те, що саме і лише ці дві обставини й виключають добровільність згоди потерпілого, що підриває саму ідею цього прогресивного концепту, узгодженого, як відомо, із Стамбульською конвенцією і практикою ЄСПЛ.

Видається, що в контексті законодавчого описання статевих кримінальних правопорушень добровільна згода має визначатися не в позитивний (шляхом перерахування її конструктивних ознак), а в негативний (шляхом перерахування ознак, які повинні бути відсутні) спосіб. До слова на етапі опрацювання законопроекту, згодом ухваленого як Закон від 6 грудня 2017 р., подібним чином пропонувала вдосконалити визначення поняття добровільної згоди, наразі розташоване у примітці ст. 152 КК, народний депутат України В. Пташник. Вона висловила за те, щоб навести невичерпний перелік обставин, що виключають добровільну згоду потерпілого, для більш чіткого розуміння особами, які будуть застосовувати кримінальний закон, змін у нормативній характеристиці згвалтування і відмінного від нього сексуального насильства.

2. У проекті, який в цій частині демонструє наступність щодо КК (ч. 4 ст. 152, ч. 4 ст. 153), розв'язується проблема «віку сексуальної згоди», а саме: у п. 2 ст. 4.5.1 вказується на те, що згода, надана малолітньою особою (тобто особою, якій не виповнилось 14 років), не вважається добровільною згодою. Нагадаємо, що ст. 18 Конвенції РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства 2007 р. (Лансаротська конвенція) зобов'язує країни-учасниці визначити вік, до досягнення якого забороняється займатись діяльністю сексуального характеру з дитиною.

Вказівка ч. 4 ст. 152 КК, викладеної в редакції Закону від 6 грудня 2017 р., на «дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років, незалежно від її добровільної згоди» є невдалою з редакційної точки зору. Адже вона може створити хибне враження про те, що навіть та особа, якій не виповнилось 14 років, вправі висловлювати свою згоду на сексуальне проникнення в її тіло (тобто бути суб'єктом юридично значимої згоди). Цей саме недолік характерний і для формулювання, наведеного у п. 2 ст. 4.5.1 проекту, через що правильніше було б написати, наприклад, так: «Малолітня особа визнається неспроможною висловити добровільну згоду на вчинення щодо неї дій сексуального характеру».

Сказаним, однак, проблема втілення у нормативну матерію конвенційного концепту «вік сексуальної згоди» не вичерпується. Ми вже звертали увагу на те, що оптимальність закріплення 14-річного віку у частинах 4 ст. 152, ст. 153 КК не виглядає безспірною, і на це критичне застереження розробники проекту, на жаль, поки що не відреагували. У постановочному плані ми також висловили підхід, який, ґрунтуючись на пріоритеті Стамбульської конвенції як сучаснішого документа, що є результатом багаторічних напрацювань міжнародно визнаних експертів, полягає у відмові від прямого (текстуального) відображення у КК концепту «вік сексуальної згоди». Питання про кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру за участю дітей запропоновано вирішувати через призму універсального конвенційного поняття добровільної згоди шляхом оцінки фактичних обставин у конкретному кримінальному провадженні. Йдеться, таким чином, про те, що малолітній вік особи (питання факту) як показник її психічної безпорадності виступатиме одним із чинників, що виключає вільне волевиявлення особи на вчинення дій сексуального характеру, а отже, добровільність згоди. Тобто роль криміноутворювальної ознаки і в цьому разі відіграватиме не недосягнення потерпілою особою певного віку, визначеного у законодавчому порядку (причому в нашому КК – довільно), а відсутність добровільної згоди потерпілої особи, як це і притаманно сексуальному насильству у сенсі Стамбульської конвенції [3, с. 89–91].

Ст. 4.5.4 проекту передбачає відповідальність за дії сексуального характеру, вчинені повнолітньою особою щодо особи віком від 14 до 16 років при добровільній згоді останньої. В цій частині проект певною мірою наслідує ст. 155 КК, яка наразі має назву «Вчинення дій сексуального характеру з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку». Однак мета, яку переслідує згадана проектована заборона, не зовсім зрозуміла. Очевидно, вона не покликана захистити «статеву автономію» неповнолітнього, оскільки забороняються дії сексуального характеру, щодо яких неповнолітній висловив добровільну згоду. Такою метою, мабуть, може вважатись турбота про статеве «здоров'я» неповнолітнього. Проте у цьому випадку така спрямованість має знайти відбиття у змісті проектованої заборони. У цьому сенсі вважаємо, що потребує фахового обговорення ідея повернення в кримінальний закон поняття статево незрілого стану. Сфера застосування кримінально-правової норми, спрямованої на захист репродуктивної функції підростаючого покоління, могла б бути обмежена випадками, коли потерпіла особа, тіло якої зазнає вагінального або анального сексуального проникнення, є статево незрілою.

Сподіваємось на те, що розробники проекту, розібравшись у підходах, відображених у Лансаротській і Стамбульській конвенціях, і нюансах, пов'язаних з такою, що впливає з цих документів, автономністю ознак «недосягнення віку сексуальної згоди» та «відсутність добровільної згоди» як криміноутворювальних, запропонують прийнятний варіант вирішення проблеми «вік сексуальної згоди» (принаймні більш вдалий, ніж у КК).

3. У ст. 4.5.3 проекту (співзвучно з п. «б» ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції) говориться про те, що злочин вчиняє особа, яка здійснила без добровільної згоди потерпілої особи дію сексуального характеру, пов'язану з тілесним контактом без сексуального проникнення. Як і ст. 153 КК «Сексуальне насильство», проектована заборона, відображаючи багатоманітність сексуальних практик, відмінних від сексуального проникнення, притаманного складу злочину «зґвалтування», у цілому дає можливість охопити найрізноманітніші девіантні форми сексуальної поведінки. Щоправда, диспозиція ст. 4.5.3 проекту забороняє вчинення без добровільної згоди не будь-яких дій сексуального характеру, відмінних від сексуального проникнення (що закономірно, оскільки останнє охоплюються ст. 4.5.2 проекту «Зґвалтування»), а лише тих із них, що не пов'язані з тілесним контактом.

По-перше, таке обмеження, як видається, матиме наслідком часткову декриміналізацію дій, наразі охоплюваних ст. 153 КК, і мотиви такої декриміналізації не досить очевидні. Висловимо припущення, що розробники проекту воліли у такий спосіб скоригувати відверто «гумову» конструкцію статті КК про сексуальне насильство. Однак чи не призведе таке загалом схвальне прагнення до прогалин у кримінально-правовій охороні статевої свободи і статевої недоторканості особи? Скажімо, як бути з випадками сексуально забарвленого примушування потерпілої особи до роздягання самої себе, винуватого чи третьої особи або зайняття самомастурбацією у присутності оголеної особи, яка перебуває в безпорадному стані? По-друге, неоднозначним видається сам критерій «тілесного контакту». Йдеться про відсутність під час вчинення дії сексуального характеру контакту між тілом потерпілого і тілом обвинуваченого, або предметами, які контролює обвинувачений, або предметами, які обвинувачений не контролює?

Принагідно звернемо увагу на те, що взаємовиключні формулювання ст. 4.5.2 і ст. 4.5.3 проекту унеможливають кримінально-правову оцінку випадків так званих насильницьких сексуальних посягань жінок на чоловіків. Йдеться, зокрема, про вчинюване за відсутності добровільної згоди чоловіка: його сексуальне збудження і виникнення стану ерекції статевого члена під впливом тактильної, слухової, зорової, нюхової або смакової стимуляції з подальшим введенням ерегтованого члена у піхву жінки; введення статевого члена чоловіка у піхву жінки шляхом фіксації члена до предмета продовженої форми або шляхом здавлювання члена біля кореня. Сексуальне проникнення в тіло потерпілого чоловіка не відбувається. У цій частині чинному КК притаманна невиправдана гендерна асиметрія [2]; небажання ж розробників проекту вирішувати позначену проблему, посилаючись на непоширення таких випадків на практиці, не витримує жодної критики.

Намагання авторів проекту звести сексуальний характер дій до їхньої спрямованості на задоволення статевого потягу (п. 11 ч. 1 ст. 1.3.1 проекту) сприймається неоднозначно. Звісно, учасники робочої групи чудово усвідомлюють те, що одне з ключових питань, яке постає при за-

стосуванні статей КК про секс-делікти, – це те, який (зовнішній та (або) внутрішній) стороні вчинку людини має бути притаманний сексуальний характер. Постає, однак, питання, чи не призведе законодавча реалізація згаданого теоретичного підходу до невиправданого обмеження сфери застосування кримінально-правових заборон, присвячених посяганням на статеву свободу і статеву недоторканість особи. Наприклад, якщо зґвалтування набуває вигляду гетеросексуального акта, то є всі підстави вести мову про вчинення цього злочину з автономними щодо сексуального мотиву (тобто мотиву задовольнити статевий потяг) спонуканнями. Ними можуть бути помста, бажання принизити потерпілу особу, заподіяти їй біль або копіювати поведінку інших учасників групи, хуліганські спонукання, ревнощі, національна, релігійна ненависть чи ворожнеча тощо. Ніхто не сумнівається в тому, що й у випадках такого зґвалтування статеву свободу (статеву недоторканість) потерпілої особи страждає. У п. 190 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції роз'яснюється, що термін «сексуального характеру» означає акт, який має сексуальну конотацію; він не поширюється на акти, яким бракує такої конотації або відтінку. Мабуть, варто спробувати у розділі 4.5 проекту чіткіше (зрозуміліше) відбити цю ідею.

4. У ст. 4.5.6 проекту «Сексуальне примушування» йдеться про примушування особи до дій сексуального характеру з третьою особою. Загалом таке формулювання заслуговує схвальної оцінки, адже краще (порівняно зі ст. 154 КК «Примушування до вступу в статевий зв'язок») відповідає вимогам міжнародного права. Ст. 154 КК, на відміну від п. «с» ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції, не містить застереження про те, що злочином визнається примушування до здійснення акту сексуального характеру з третьою особою (треба так розуміти – не з тим, хто здійснює примушування), що має своїм наслідком колізійність відповідних норм як потенційне джерело неоднакового застосування КК [2]. При цьому у п. 190 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції мета згаданої конвенційної норми вбачається саме в охопленні сценаріїв, коли правопорушник є не особою, яка чинить статевий акт, а тим, хто примушує жертву вступити в статевий контакт із третьою особою. У стосунках, яким властива жорстокість, жертв нерідко змушують чинити статеві акти з особою, на яку вкаже правопорушник.

Водночас після ознайомлення зі ст. 4.5.6 проекту складається враження про певну непослідовність авторів проекту, які, з одного боку, пропонують визнати кримінально протиправним вчинення особою примушування потерпілого до будь-яких дій сексуального характеру з третьою особою, а, з іншого, пропонують карати не всі реально та особисто вчинені особою дії сексуального характеру щодо потерпілого проти волі останнього (див. вище наше зауваження щодо ст. 4.5.3 проекту).

Не утворює складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 154 КК, примушування до здійснення акту сексуального характеру, яке здійснюється шляхом використання матеріальної або службової залежності не жінки або чоловіка, з якими планується вступити у сексуальний контакт, а їхніх близьких родичів або інших осіб. Буквальне тлумачення ч. 1 ст. 154 КК дозволяє стверджувати, що таке примушування не охоплюється й цією кримінально-правовою нормою. Формулювання ст. 4.5.6 проекту не усуває зазначену прогалину в кримінально-правовій охороні статевої свободи особи. В юридичній літературі з цього приводу слушно відзначається, що формулювання ст. 4.5.6 і ст. 4.4.9 проекту «Примушування» залишають відкритим питання, чи можливим є сексуальне примушування не самої потерпілої особи, а, наприклад, її близької особи [4, с. 99–100].

5. Не виглядає переконливою пропозиція виокремити ст. 4.5.5 проекту «Сутенерські та інші дії, пов'язаних з дитячою проституцією». У розумінні положень міжнародного права подібна поведінка цілком може охоплюватись поняттям «торгівля людьми». Як видається, охоплюється вона і ст. 4.4.8 проекту «Торгівля неповнолітньою людиною», хоч як це положення, так і базове щодо нього положення ст. 4.4.7 проекту «Торгівля людиною» істотно відрізняються від звичної для міжнародного права так званої АМР-моделі [А – action (дія); М – mean (спосіб); Р – purpose (мета)] криміналізації торгівлі людьми, не згадуючи мету дій, вчинюваних щодо потерпілого.

6. З огляду на диспозицію ст. 4.5.7 проекту «Розбещення особи віком до 16 років», кримінально караним пропонується визнавати «результативний» вплив, який був покликаний зробити особу свідком дій сексуального характеру чи глядачем продукції порнографічного характеру. Утім, подібна поведінка не є розбещенням неповнолітнього у суворому сенсі цього поняття, адже надалі реального спостереження ним за дією сексуального характеру чи перегляду ним порно-

графічної продукції може і не відбутись. Отже, створюються лише умови для порушення статевої моральності, через що варто уточнити або назву, або диспозицію ст. 4.5.7 проекту. Крім цього, висловимо сумнів у тому, що всебічна кримінально-правова охорона статевої моральності узгоджується із вичерпним переліком дій, які утворюють розбещення.

1. Кримінальний кодекс України (проект). Контрольний текст станом на 29.03.2021 року. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/03/30/kontrolnyj-proekt-kk-29-03-2021-1.pdf> (дата звернення: 10.04.2021).
2. Дудоров О. Новели кримінального законодавства України щодо відповідальності за секс-делікти: окремі проблемні аспекти. *Юридичний вісник України*. 1–7 лют. 2019 р. № 5; 8–14 лют. 2019 р. № 6.
3. Дудоров О.О., Задоя К.П. «Вік сексуальної згоди» у міжнародному праві, кримінально-правовій доктрині та Кримінальному кодексі України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2019. Вип. 1. С. 75–94.
4. Політова А.С. Кримінальна відповідальність за сексуальне примушування в проекті Кримінального кодексу України. *Реформування кримінального законодавства крізь призму історичного надбання: матеріали міжвідом. наук.-практ. круглого столу (Київ, 18 берез. 2021 р.)* / редкол.: В.В. Черней, С.Д. Гусарев, С.С. Чернявський та ін. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2021. С. 97–101.

Окремі аспекти врахування міжнародних стандартів при вдосконаленні кримінального законодавства України про відповідальність за секс-делікти¹³

Проблема ратифікації Римського статуту Міжнародного кримінального суду (далі – МКС), яка час від часу збуджує вітчизняні політикум, громадськість та експертне середовище, не лише актуалізує потребу вдосконалення КК України (насамперед розділу XX його Особливої частини, який наразі має назву «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку»), а й спонукає поглянути на згаданий документ у більш широкому (глобальному) контексті – маю на увазі співвідношення міжнародного і національного права, уніфікацію космополітичних засад боротьби зі злочинністю, множинність джерел сучасного кримінального права та їхню ієрархію. Субсидіарний характер юрисдикції МКС безпосередньо не стосується питань співвідношення матеріальних складових міжнародного і національного кримінального права. При цьому, як слушно зазначає Р.А. Волинець, ратифікація Римського статуту МКС повинна мати комплексний характер, супроводжуючись відповідними змінами до кримінального, кримінально-процесуального та кримінально-виконавчого законодавства [1, с. 292].

Мабуть, ніхто не сумнівається в тому, що вітчизняне галузеве (включаючи кримінальне) законодавство має бути приведене у відповідність з міжнародними стандартами у межах, необхідних для потреб України. Проте результати законотворчості нерідко стають протилежними очікуванням. Так, одні з найбільш проблемних на сьогодні розділів Особливої частини КК України (присвячені службовим і прирівняним до них (передусім корупційним) злочинам і секс-деліктам) стали такими не в останню чергу внаслідок неякісної імплементації міжнародно-правових норм.

Ведучи мову про вплив міжнародних стандартів на КК України, слід зробити застереження, пов'язане з поняттям міжнародного кримінального права і потребою професійного ставлення до цієї специфічної складової міжнародного публічного права, яка має свої предмет, систему, принципи, коло джерел і, до речі, включає в себе й потужну процесуальну складову, що традиційно не притаманне галузям вітчизняного права. Міжнародне кримінальне право в його вузькому сенсі – це сукупність правових норм, що забороняють злочини агресії, геноциду, воєнні злочини та злочини проти людяності. Відповідно до Римського статуту МКС уповноважений переслідувати в основному саме такі злочини (роблю таке застереження через необхідність запровадження в обіг поняття злочинів проти засад відправлення міжнародного правосуддя). Через таку обмеженість юрисдикції для науковців, які опікуються питаннями кримінального права України, Римський статут МКС означає такий собі обмежений ресурс, стосуючись передусім і головним чином згаданого вище (завершального) розділу Особливої частини нашого КК. У пояснювальній записці до законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права» (№ 9438 від 20 грудня 2018 р.) чітко зафіксовано статус-кво, який виник після Другої світової війни: міжнародне кримінальне право є автономним (самостійним) правовим масивом, який існує незалежно від національних кримінально-правових систем і здатен сама по собі бути критерієм злочинності діянь.

Як на мене, неусвідомлення або несприйняття цього вихідного (методологічного) положення значною мірою пояснюють жорсткість і нерідко не конструктивність триваючих дискусій щодо змісту і долі відповідних законопроектів.

Специфіку міжнародного кримінального права, яку при формулюванні пропозицій *de lege ferenda* не варто ігнорувати, і тезу про дотичність проблематики міжнародного кримінального права до національного кримінального права спробую продемонструвати на прикладі класичної внутрішньої («домашньої») кримінальної проблеми, яка на перший погляд жодним чином не стосується проблематики Римського статуту МКС. Частини четверті статей 152 і 153 КК України, викладених у редакції Закону від 6 грудня 2017 р. «Про внесення змін до Кримінального та

¹³ Стаття опублікована: Актуальні проблеми впливу збройного конфлікту на Сході України на появу й поширення гендерно обумовленого насильства та забезпечення доступу до правосуддя: зб. тез наук. доп. наук.-практ. конф. (Київ, 18 верес. 2020 р.) / Упоряд.: М.Г. Вербенський, В.О. Рядінська, Ю.Б. Ірха, О.І. Бочек. Київ: ДНДІ МВС України, 2020. С. 404–412.

Кримінального процесуального кодексу України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» (далі – Закон від 6 грудня 2017 р.), передбачають відповідальність за вчинення дій сексуального характеру щодо особи, яка не досягла чотирнадцяти років. Це – не лише аналог притаманного англо-американській правовій системі статутного згвалтування (під останнім у кримінальному праві США зазвичай розуміють статеві зносини з особою, котра не досягла певного віку (в різних штатах цей вік не є однаковим і становить, відповідно, 13, 14, 16, 17 років), незалежно від того, чи давала така особа згоду на вказані зносини), а й втілення у правову систему України європейського концепту «вік сексуальної згоди».

Вади формулювань частин четвертих статей 152 і 153 КК України вже висвітлювались автором цих рядків [2, с. 114–117]. В аспекті ж заявленого у назві цих тез врахування міжнародних стандартів значний інтерес викликає та обставина, що міжнародне кримінальне право в його різних складових підходить до врахування «віку сексуальної згоди» неоднаково. Міжнародне договірне право в сфері протидії злочинності містить прямі (текстуальні) згадки про такий вік (передусім йдеться про ст. 18 Конвенції РЄ про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства 2007 р. (Лансаротська конвенція; ратифікована Україною 20 червня 2012 р.). Натомість міжнародне кримінальне право у вузькому сенсі обходить розглядуване питання мовчанням. У цьому, однак, не варто шукати глибинну суперечність. Тим більше, не слід протиставляти прогресивність одних і консервативність інших нормативних компонентів міжнародного кримінального права. Окреслена неоднорідність може бути пояснена аргументами соціального і правового характеру. Міжнародне кримінальне право у вузькому сенсі становить собою універсальний правовий режим, положення якого застосовуються незалежно від місця вчинення злочину. За таких обставин визнання певного віку особи віком згоди на зайняття діяльністю сексуального характеру в глобальному масштабі ризикувало б увійти в суперечність з культурними традиціями і моральними правилами окремих суспільств. У ст. 7(1)(g) Римського статуту МКС перераховуються такі форми сексуального насильства, як згвалтування, сексуальне рабство, примус до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація, інші форми сексуального насильства співмірної тяжкості. В Елементах злочинів, прийнятих Підготовчою комісією для МКС 30 червня 2000 р. (далі – Елементи злочинів), конкретизується, що вказані прояви сексуального насильства характеризуються застосуванням сили або погрози силою, або примусу, викликаного, наприклад, страхом перед насильством, грубим примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою, або використанням обстановки, яка характеризується примусом, або вчиненням діяння щодо особи, не здатної дати згоду, яка б виражала її справжню волю. Помітно, що в цьому розлозі переліку немає прямої згадки про вчинення сексуального насильства щодо особи, яка не досягла віку згоди на зайняття діяльністю сексуального характеру. Так само не згадується «вік сексуальної згоди» у рішеннях міжнародних кримінальних трибуналів, найбільш знакових для розуміння сексуального насильства як різновидів злочину проти людяності, воєнного злочину чи геноциду. Водночас формулювання «особа, не здатна дати згоду, яка б виражала її справжню волю» не виключає того, що неспроможність особи виразити волю на сексуальне спілкування може бути зумовлена малолітнім віком особи. Адже в Елементах злочинів зроблено застереження про те, що згадана неспроможність може зумовлюватись природною, штучно викликаною або віковою неієздатністю.

Таким чином, ігноруючи нормативну презумпцію, якою є положення про «вік сексуальної згоди», міжнародне кримінальне право у вузькому сенсі зміщує акцент у бік того, що підставу кримінальної відповідальності за сексуальне насильство створює фактична неспроможність дитини висловити за конкретних обставин згоду на участь у діяльності сексуального характеру [3, с. 78–79]. І такий підхід нагадує традиційне для вітчизняної судової практики положення про психічну безпорадність, за якої особа не розуміє характер і значення вчинюваних щодо неї дій. Виходить, що наведений міжнародно-правовий досвід слугує зайвим аргументом на користь відмови від прямого (текстуального) відображення у КК України концепту «вік сексуальної згоди». Питання про кримінальну відповідальність за вчинення дій сексуального характеру за участю дітей доцільно вирішувати через призму універсального конвенційного поняття добровільної згоди: роль криміноутворювальної ознаки і в цьому разі відіграватиме не недосягнення потерпілою особою

певного віку, визначеного у законодавчому порядку, а відсутність добровільної згоди потерпілої особи, як це і притаманно сексуальному насильству у сенсі сучаснішої за Лансаротську Стамбульської конвенції (Конвенція РЄ про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами 2011 р.; на сьогодні Україною не ратифікована).

Ст. 152 КК України, викладена в редакції Закону від 6 грудня 2017 р., як на криміноутворювальну ознаку вказує (за винятком ч. 4 цієї статті) не на конкретний спосіб, а на недобровільність – відсутність вільного волевиявлення потерпілої особи на проникнення в один із трьох її природних отворів. Вагінальне, анальне або оральне проникнення в тіло іншої особи визнається зґвалтуванням як у тому разі, коли воно поєднується із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосуванням або з використанням безпорадного стану потерпілої особи, так і в інших випадках відсутності її добровільної згоди на таке проникнення. Втілений законодавчий підхід до визначення зґвалтування, як відомо, бере до уваги позицію ЄСПЛ [2, с. 112]. Цікаво, що подібний (широкий) підхід до розуміння зґвалтування обстоює і Міжнародний кримінальний суд по колишній Югославії: акт сексуального проникнення визнається зґвалтуванням, якщо він супроводжується примусом, силою або погрозою застосування сили щодо жертви або третьої особи, а так само якщо мають місце інші фактори, які роблять акт неконсенсуальним або недобровільним з боку жертви. Тобто ключовим критерієм у цьому разі виступає відсутність згоди або добровільної участі жертви [4, с. 7].

Таким чином, якщо творчо і фахово підходити до проблематики Римського статуту МКС та інших джерел міжнародного кримінального права в його вузькому розумінні, то можна відшукати цікаві аргументи на користь розв'язання зловбодених «внутрішніх» кримінально-правових проблем, які безпосередньо не стосуються злочинів агресії, геноциду, воєнних злочинів і злочинів проти людяності.

В юридичній літературі України (праці К.П. Задіє, С.П. Кучевської, С.М. Мохончука та ін.) переконливо доведено неприйнятність застосування конструкцій складів «загально-кримінальних злочинів» для приведення КК України у відповідність до Римського статуту МКС у частині регламентації відповідальності за міжнародні злочини. І ця відмінність вкотре сигналізує про автономність відповідних правових систем. Звідси, серед іншого, випливає, що текстуальна неузгодженість проектів статей розділу XX Особливої частини КК України, які так чи інакше відбивають проблему сексуального насильства як різновидів (складових) злочинів проти людяності, воєнних злочинів або геноциду, зі статтями розділу IV Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості» не може вважатись вадою відповідних законопроектних напрацювань. Головне – змістовна (сутнісна) відповідність останніх положенням міжнародного кримінального права у вузькому сенсі, передусім відображеним у Римському статуті МКС, деталізованим в Елементах злочинів, а так само в рішеннях міжнародних кримінальних судів.

Так, за інформацією М.В. Піддубної, найбільшу роль у встановленні відповідальності за такий воєнний злочин, як зґвалтування та інші дії сексуального характеру, відіграли рішення міжнародних трибуналів щодо Руанди та колишньої Югославії. У цих рішеннях зроблено висновок про те, що сексуальне насильство не лише може утворювати склади різних міжнародних злочинів (таких, як воєнні злочини чи злочини проти людяності), а й бути частиною катування, нанесення тяжкого тілесного ушкодження чи інших діянь [5, с. 191–192].

До того ж чинним редакціям статей розділу IV Особливої частини КК України частково притаманна невизначеність, перенесення якої в текст поліпшеного розділу XX Особливої частини КК України видається вкрай небажаним. Наприклад, у ч. 1 ст. 152 КК України зґвалтування визначається як вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета, без добровільної згоди потерпілої особи. Більш зрозумілим і водночас змістовно адекватним замінником цього доволі неоднозначного звороту (до слова майже механічно (дослівно) запозиченого зі ст. 36 Стамбульської конвенції) видається формулювання «сексуальне проникнення у піхву, анальний отвір або рот потерпілої особи за допомогою частини тіла або предмета» (варіант: «акт сексуального характеру, який полягає у проникненні у піхву, анальний отвір або рот потерпілої особи за допомогою частини тіла або предмета»). Пропоновані формулювання

виходять, зокрема, з того, що для оцінки скоєного як зґвалтування вимагається саме і тільки відповідне проникнення, а не ще якась додаткова дія (дії) сексуального характеру, як це впливає з не зовсім вдало оновленої ст. 152 КК України. Ці пропозиції, як видається, змістовно узгоджуються з розумінням зґвалтування за Римським статутом МКС, наявність якого констатується тоді, коли виконавець посягнув на тіло особи, вчинивши діяння, в результаті якого можна говорити про проникнення, навіть незначне, в будь-яку частину тіла потерпілого або виконавця статевим членом або будь-яким предметом або будь-якою частиною тіла виконавця в анальний або генітальний отвір потерпілого.

Цікаво, що коло інших (відмінних від зґвалтування) форм сексуального насильства не має вичерпного переліку як за Римським статутом МКС, так і в практиці міжнародних кримінальних судів. До іншого сексуального насильства відносять, зокрема торгівлю людьми з метою сексуальної експлуатації, насильницьку контрацепцію, сексуальні домагання на кшталт сексуального роздягання, насильницьку перевірку незайманості, примушування інших людей займатись сексом один із одним, примушування спостерігати за зґвалтуванням своїх близьких. Згадана невичерпність покликана сприяти максимально ефективному захисту жертв сексуального насильства.

З огляду на це, немає підстав відмовлятися від невичерпності переліку форм сексуального насильства при вдосконаленні розділу XX Особливої частини КК України. Тому не викликає заперечень підхід розробників законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» (№ 2689 від 27 грудня 2019 р.), які до воєнних злочинів стосовно особи пропонують віднести умисне вчинення (заподіяння) у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом чи збройним конфліктом неміжнародного характеру стосовно особи, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права, зокрема, зґвалтування, сексуальної експлуатації, примусової вагітності, примусової стерилізації або будь-яких інших форм сексуального насильства (п. 8 ч. 2 ст. 438 КК України). Подібні невичерпні переліки сексуального насильства фігурують й у ст. 442 «Геноцид» і ст. 442-1 «Злочини проти людяності» КК України, викладених у редакції згаданого законопроекту.

Оцінюючи попередній законопроект («Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права» (№ 9438 від 20 грудня 2018 р.)), Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України, серед інших зауважень, вказало на те, що набрання чинності Законом від 6 грудня 2017 р., яким були істотно змінені ознаки складів злочинів, передбачених статтями 152 КК (зґвалтування) і 153 КК (сексуальне насильство), потребує коригування відповідних положень законопроекту.

Реагуючи на це зауваження, К.П. Задоя слушно зазначив, що чинні (оновлені) редакції статей 152 та 153 КК України не можуть бути орієнтирами для пропонованого парламентськими експертами коригування, оскільки ці положення відзначаються серйозними техніко-юридичними і змістовними вадами. Відтак орієнтування на статті 152 та 153 КК України для цілей розуміння відповідних положень статей 437-1 та 438 КК України може призвести до неповного виконання міжнародно-правових зобов'язань щодо переслідування сексуального насильства як проявів злочинів проти людяності чи воєнних злочинів.

З іншого боку, притаманної міжнародному кримінальному праву в його вузькому розумінні невичерпності варто уникати в розділі IV Особливої частини КК України (тут, навпаки, треба внести ясність у законодавчому порядку). Так, незважаючи на загалом виправданість законодавчої вказівки на вчинення будь-яких дій сексуального характеру (відображення багатоманітності сексуальних практик, відмінних від сексуального проникнення, дає змогу охопити найрізноманітніші девіантні форми сексуальної поведінки), формулювання кримінально-правової заборони, присвяченої сексуальному насильству, виглядає занадто універсальним (щоб не сказати – розпливчастим). Тому висловлена щодо попередньої редакції ст. 153 КК України теза про потребу в уточненні кола дій, охоплених цією кримінально-правовою нормою продовжує зберігати актуальність і щодо оновленої ст. 153 КК України.

Одне з ключових у цьому аспекті питань – це те, якій (зовнішній та (або) внутрішній) стороні вчинку людини має бути притаманний сексуальний характер для того, щоб скоєне могло бути

кваліфіковане за ст. 153 КК України. У п. 190 Пояснювальної доповіді до Стамбульської конвенції роз'яснюється, що термін «сексуального характеру» означає акт, який має сексуальну конотацію; він не поширюється на акти, яким бракує такої конотації або відтінку. Відверто кажучи, навіть з урахуванням з'ясованої етимології слова «конотація» таке роз'яснення не дуже допомагає. Відповідно, залишається відкритим питання про інкримінувати ст. 153 КК України, наприклад, у випадках так званого небажаного (але не «французького») поцілунку, сексуально забарвленого примушування потерпілої особи до роздягання самої себе, винуватого чи третьої особи, а також надсилання малолітній особі текстових повідомлень, фото- або відео-зображень сексуального змісту.

1. Волинець Р. До питання ратифікації Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Підприємництво, господарство і право. 2019. № 12. С. 289–293.
2. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України) / за ред. М.І. Хавронюка. Київ : Ваіте, 2019. 288 с.
3. Дудоров О.О., Задоя К.П. «Вік сексуальної згоди» у міжнародному праві, кримінально-правовій доктрині та Кримінальному кодексі України. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2019. Вип. 1. С. 75–94.
4. Глория Гаджолі. Дискуссия по гуманитарным вопросам : право, политика, деятельность. Сексуальное насилие в ситуации вооруженного конфликта : нарушение международного гуманитарного права и права прав человека. Международный журнал Красного Креста (2014). Том 96 (№ 894). 44 с. Выдержка из номера: «Sexual violence in armed conflict». URL: https://www.icrc.org/ru/download/file/27907/894_irrc_gaggioli_rus_web.pdf (дата звернення: 15.09.2020).
5. Піддубна М.В. Імплементация норм міжнародного кримінального права про воєнні злочини у Кримінальний кодекс України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2020. 260 с.

Проблема єдності судової практики в справах про шахрайство¹⁴

На сьогодні склалась досить унікальна ситуація з питання уніфікації судової практики при застосуванні Кримінального кодексу України (далі – КК), зумовлена функціонуванням Верховного Суду (далі – ВС) як органу, покликаного відповідно до оновленого законодавства про судоустрій і статус суддів забезпечувати сталість та єдність судової практики. Активно накопичується відповідна судова практика (всі ми уважно, інколи навіть прискіпливо стежимо за її формуванням, оскільки суспільні і фахові очікування, пов'язані з проведенням судової реформи, високі), і цілком природно, що при цьому поступово піддається критичному аналізу кримінально-правова спадщина Верховного Суду України (далі – ВСУ).

На жаль, вимушений констатувати, що вітчизняна наука певною мірою завинила перед практикою в тому сенсі, що масив рішень ВСУ з питань неоднакового застосування одних і тих саме норм закону про кримінальну відповідальність у подібних правовідносинах так і не став предметом окремого монографічного дослідження. Наука, за винятком поодиноких публікацій різної якості, спромоглася лише на зручну в користуванні, проте позбавлену вкрай бажаної аналітики систематизацію прецедентів у виконанні ВСУ [1]. Сумніваючись у тому, що відповідна книга буде врешті-решт написана (хотілось б, звичайно, щоб колеги не на словах, а на ділі спростували мій песимізм), водночас зауважу, що поряд із переглядом тих рішень ВСУ, які містять небезспірні положення, пов'язані з тлумаченням норм КК, було б нерозумно і нераціонально не помічати і, тим більше, ігнорувати здобутки минулого у вигляді слухних правових висновків ВСУ з питань застосування норм КК.

У сучасних умовах кримінально карані посягання на власність залишаються одними з найпоширеніших злочинів, що підтверджується періодично оприлюднюваними даними судової статистики. Вагомий внесок у розроблення проблематики кримінальної відповідальності за вчинення злочинів проти власності зробили, зокрема, такі науковці, як Н.О. Антонюк, Д.О. Калмиков, Д.В. Каменський, О.О. Книженко, В.М. Куц, П.С. Матишевський, В.О. Навроцький, М.І. Мельник, М.І. Панов, А.В. Савченко, М.І. Хавронюк, Н.М. Ярмиш. Водночас чимало питань кваліфікації корисливих злочинів, пов'язаних з оберненням чужого майна на свою користь чи користь інших осіб, як найбільш розповсюджених злочинів проти власності залишаються дискусійними. Зазначене повною мірою стосується і ст. 190 КК «Шахрайство», яка, не будучи, на відміну від багатьох зарубіжних аналогів, казуїстичною та охоплюючи побутову, професійну й економічну сфери життєдіяльності людини, належить до числа активно затребуваних на практиці.

Розкриваючи за допомогою звернення до матеріалів судової практики окремі спірні аспекти кримінально-правової характеристики складу злочину «шахрайство», спробую з'ясувати, наскільки якісно працює фільтр ВС у частині тлумачення і застосування положень КК і, зокрема, чи беруться при цьому до уваги ті правові позиції ВСУ, які заслуговують на те, щоб їх дотримуватись і розвивати. Вважаю, що постановка такої мети узгоджується з потребою підходити до розв'язання будь-яких кримінально-правових проблем професійно, виважено і конструктивно.

Перша проблема кваліфікації шахрайства, до якої доцільно привернути увагу у контексті забезпечення єдності судової практики, стосується відмежування цього злочину від крадіжки, грабежу та розбою, при вчиненні яких винний також може вдаватись до обману. Так, останнім часом набули поширення випадки отримання працівниками фальшивих пунктів обміну валюти грошей і подальшої втечі з ними, а так само насильницького заволодіння автомобілями під час тест-драйву (послуга, яку надають окремі автосалони). У судовій практиці позначена проблема кваліфікації постає передусім у зв'язку з розповсюдженістю випадків, коли винний просить у потерпілого мобільний телефон для тимчасового користування (зателефонувати, відправити повідомлення, послухати музику тощо), а потім, користуючись нагодою, зникає з чужою річчю.

Усталений теоретичний підхід, який може стати у нагоді при розв'язанні вказаної кримінально-правової проблеми, обстоюваний у т. ч. автором цих рядків у науково-практичному коментарі до ст. 190 КК, ґрунтується на тому, що в тих випадках, коли обман або зловживання довірою

¹⁴ Стаття опублікована: Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2018. № 3. С. 80–97.

виступає лише способом забезпечення доступу до чужого майна, а саме викрадення останнього відбувається таємно або відкрито, вчинене не може розцінюватись як шахрайство. Такі дії залежно від конкретних обставин слід кваліфікувати за ст. 185, ст. 186 або ст. 187 КК. Інакше кажучи, відмежовуючи шахрайство від крадіжки, грабежу та розбою, при вчиненні яких винна особа може застосовувати обман (зловживання довірою), пропонується насамперед встановлювати його функціональне призначення. Якщо у шахрайстві обман (зловживання довірою) виступає способом заволодіння чужим майном, то у згаданих інших посяганнях на власність обман (зловживання довірою), відіграючи допоміжну роль, використовується для того, щоб створити умови для подальшого заволодіння майном усупереч або поза волею потерпілого, полегшити доступ до майна. До того ж під час вчинення «шахрайських» крадіжки, грабежу і розбою самого обману (зловживання довірою) недостатньо для закінчення заволодіння чужим майном – потрібно вчинити й інші дії, які в сукупності з обманом (зловживанням довірою) дозволяють винному реалізувати свій злочинний умисел. У зв'язку з викладеним робиться висновок про відсутність складу злочину «шахрайство» в діях тієї особи, яка протиправно заволодіває майном, переданим їй для винятково технічних або обслуговуючих функцій, які не породжують майнових правовідносин (для примірки, тимчасового зберігання, перенесення, поїздки, догляду тощо) [2, с. 152].

Мабуть, варто уточнити, що і в подібних випадках між особами виникають майнові правовідносини, які з різним ступенем деталізації і завершеності врегульовані чинним цивільним законодавством. Також у кримінально-правовій доктрині однією з обов'язкових ознак шахрайства вважається те, що, крім фактичного доступу до майна, винний має одержати від потерпілого право здійснювати щодо цього майна певні повноваження (правомочності) [3, с. 100, 104–105; 4, с. 321–322; 5, с. 282].

В юридичній літературі неодноразово наголошується на тому, що як грабіж, а не як шахрайство повинні розцінюватись випадки, коли винний просить у потерпілого мобільний телефон для короткочасного користування, а потім утікає з ним [6, с. 619–620; 7, с. 237; 8, с. 395]. Так, О.О. Книженко, поділяючи цю точку зору, акцентує увагу на відсутності у розглядуваній ситуації притаманних складу злочину «шахрайство»: а) передачі винному правомочності на розпорядження річчю, належною потерпілому; б) впевненості останнього у вигідності чи обов'язковості передачі майна [9, с. 82–83].

Як приклад так званого шахрайства з мобільними телефонами А.В. Савченко та Ю.Л. Шуляк спочатку наводять ситуацію, що знайшла відображення у вироку одного з районних судів, яким за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 190 КК, був засуджений такий собі Ф. Останній, перебуваючи у гостях у свого знайомого, з його дозволу взяв належний потерпілому мобільний телефон для прослуховування музики. Після цього Ф., сказавши потерпілому, що йде у туалет, і реалізуючи умисел, спрямований на заволодіння чужим майном, зник з місця вчинення злочину і розпорядився чужим телефоном на власний розсуд. Далі згадані дослідники зазначають, що у випадках, коли обман (зловживання довірою) використовується винним для полегшення доступу до чужого майна, в ході вилучення якого його дії викриваються іншою особою (наприклад, власником), але продовжуються, вчинене залежно від застосування насильства та його інтенсивності має кваліфікуватись не як шахрайство, а як грабіж або розбій. Наприклад, якщо винний звертається до певної особи щодо надання йому мобільного телефону для тимчасового користування, а потім зникає з цим телефоном, вчинене утворює склад злочину «грабіж» [10, с. 69, 78]. У міркуваннях А.В. Савченка та Ю.Л. Шуляк вбачається певна непослідовність, яку, однак, можна зрозуміти з огляду на підтверджуване матеріалами судової практики різноманіття життєвих ситуацій, які підлягають кримінально-правовій оцінці.

У підготовленому свого часу ВСУ «Узагальненні судової практика у справах про злочини проти власності» наводився приклад, який можна визнати типовим. Йшлося про те, що Шосткинський міськрайонний суд Сумської області за ч. 2 ст. 186 КК засудив Ш., який попрохав у потерпілої Б. зателефонувати з її мобільного телефону, а, отримавши телефон, утік із ним. Апеляційний суд Сумської області вирок міськрайонного суду змінив, перекваліфікував дії Ш. на ч. 2 ст. 190 КК, пославшись на те, що потерпіла добровільно передала свій телефон Ш., який скористався її довірою [11]. Таку ж позицію зайняла колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ, яка, виходячи з того, що засуджений заволодів мобільним телефоном шляхом обману, з ч. 2 ст. 186

на ч. 2 ст. 190 КК перекваліфікувала дії Н. Останній, маючи намір на заволодіння мобільним телефоном, належним потерпілій М., попросив у неї дозволу зателефонувати, а після передачі йому телефону утік з ним [12, с. 125–126]. Так само не грабежем, а шахрайством (бо потерпілий добровільно передав майно винному, який не заволодів ним відкрито) визнала колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ дії С., який, попросивши у потерпілого належний тому велосипед для того, щоб покататись, сів на нього і втік з місця вчинення злочину [13].

Нещодавно з приводу кримінально-правової оцінки дій винного у подібних ситуаціях висловився ВС. Колегія суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду ВС, погодившись із позицією прокурора і змінивши вирок Роздільнянського районного суду та ухвалу Апеляційного суду Одеської області, з ч. 1 ст. 186 на ч. 1 ст. 190 КК перекваліфікувала дії суб'єкта, який, попросивши у свого знайомого мобільний телефон для того, щоб послухати музику, і пообіцявши його незабаром повернути, поклав цей телефон до своєї кишені. Згодом суб'єкт, зайшовши до магазину, заклав зазначений телефон за алкогольні напої та цигарки, спричинивши потерпілому матеріальних збитків у сумі 1 200 грн. Зазначена перекваліфікація обґрунтовується ВС як відсутністю у винного умислу на вчинення грабежу, тобто відкритого викрадення чужого майна, так і тим, що потерпілий, будучи введеним в оману, сам добровільно передав своє майно засудженому, а це характерно для складу злочину «шахрайство» [14].

Як бачимо, з питання кваліфікації аналізованих злочинних дій ВС, демонструючи схвальну (на перший погляд) наступність, займає позицію, обстоювану ВСУ. Проте чи є така недиференційована позиція безспірною й особливо з урахуванням того, що в юридичній літературі, як вже зазначалось, нерідко висловлюється інша точка зору?

На мій погляд, кримінально-правова оцінка дій, коли винний застосовує обман (зловживання довірою) для полегшення доступу до чужого майна (конкретизую – коли обман набуває вигляду прохання передати мобільний телефон або іншу річ нібито для тимчасового користування) має розрізнятись залежно від того, чи є підстави визнавати посягання на чуже майно закінченим. Шахрайство, визначене в ст. 190 КК як заволодіння чужим майном шляхом обману чи зловживання довірою (придбання права на майно нас у цьому разі не цікавить), зазвичай визнається закінченим з моменту виникнення у винного реальної можливості користуватися чи розпоряджатися майном потерпілого (докладніше про це йтиметься нижче). Закінчений злочин, як відомо, характеризується єдністю об'єктивних і суб'єктивних ознак, повною реалізацією об'єктивної сторони суспільно небезпечного діяння, передбаченого диспозицією норми Особливої частини КК.

Відповідно, якщо суб'єкт, навіть отримавши в свої руки чужий мобільний телефон, з урахуванням конкретної ситуації не дістав поки що зазначеної можливості і вимушений діяти далі відповідним чином з тим, щоб досягнути своєї злочинної мети, то, вочевидь, є підстави вести мову про переростання шахрайства в інший злочин проти власності – крадіжку, грабіж або розбій. Виходячи з того, що в цьому разі заволодіння мобільним телефоном потерпілого відбувається головним чином не в результаті застосування обману (зловживання довірою), а внаслідок таємного чи відкритого викрадення (у такий спосіб винний остаточно реалізує свій умисел на заволодіння чужим майном), вчинене у змодельованій ситуації, не будучи шахрайством, має розцінюватись як «шахрайські» крадіжка, грабіж або розбій. Видається, що ця точка зору «вписується» у традиційні доктринальні міркування про функціональне призначення обману (зловживання довірою) при розмежуванні складів злочинів проти власності, передбачених статтями 185–187, 190 КК.

Натомість за наявності закінченого в юридичному сенсі шахрайства і, відповідно, відсутності ознак його переростання в інший злочин проти власності вчинене слід кваліфікувати за ст. 190 КК, і на таку кваліфікацію не повинне впливати те, яким чином винний розпоряджається чужим мобільним телефоном, яким він успішно заволодів шляхом застосування обману (зловживання довірою), – таке розпорядження знаходиться поза межами складу злочину «шахрайство». У цьому разі вважаю неправильним (проводячи паралелі, наприклад, з діями попутника, якому водій доручає доглянути за вантажем і який, користуючись нагодою, за відсутності водія таємно заволодіває вантажем, тобто вчиняє класичну «шахрайську» крадіжку) акцентувати увагу на відсутності передачі потерпілим винному повноважень на вчинення юридично значущих дій щодо певного майна. Адже повноваження (хай і не на розпорядження) у випадку з тимчасовим корис-

туванням чужим мобільним телефоном передаються, і робиться це на виконання укладеного між фізичними особами в усній формі договору позички речі побутового призначення, згідно з яким одна сторона безоплатно передає другій стороні річ (у нашій ситуації – мобільний телефон) для користування протягом встановленого строку, як це і передбачено статтями 827, 828 Цивільного кодексу України.

Нагадаю, що, відмежовуючи кримінально каране шахрайство від цивільно-правових деліктів, слід виходити з того, що отримання майна з умовою виконання зобов'язання може бути кваліфіковане як шахрайство лише в тому разі, коли винна особа ще в момент заволодіння цим майном мала на меті його привласнити, а зобов'язання – не виконувати. У подібних випадках винна особа укладає той чи інший цивільно-правовий договір (кредитний, купівлі-продажу, оренди, позички, комісії, довічного утримання тощо) для того, щоб приховати справжній характер своїх дій, спрямованих на незаконне і безоплатне заволодіння чужим майном.

До речі, в постанові Судової палати ВСУ, в якій сформульовано правову позицію щодо співвідношення ст. 289 і ст. 190 КК, було визнано неправильно здійснену Апеляційним судом Хмельницької області перекваліфікацію дій засудженого з ч. 2 ст. 289 на ч. 1 ст. 190 КК. Первісно цього суб'єкта засудили за ч. 2 ст. 289 КК за те, що він, використовуючи дружні стосунки з потерпілим, під приводом поїздки до магазину для придбання продуктів харчування попросив дати йому мотоцикл та ключі від нього, на що потерпілий, виходячи з довіри до суб'єкта і будучи впевненим в його добросовісності, погодився. Надалі суб'єкт незаконно заволодів мотоциклом і розпорядився ним на власний розсуд, завдавши потерпілому матеріальну шкоду в розмірі 2171 грн. На думку ВСУ, матеріалами справи встановлено, що засуджений шляхом обману та зловживання довірою потерпілого заволодів транспортним засобом (мотоциклом) і розпорядився ним на власний розсуд [15].

Погоджуючись із висновком ВСУ про співвідношення ст. 190 і ст. 289 КК як, відповідно, загальної і спеціальної кримінально-правової норми і зумовлену цією обставиною неправильність інкримінування засудженому ст. 190 КК, я водночас писав, що зловживання довірою у розглядуваній ситуації відіграло роль способу отримання доступу до чужого майна, а це виключає кримінально-правову оцінку вчиненого як діяння, вчиненого шляхом зловживання довірою; стверджувалось, що засуджений заволодів мотоциклом таємно [2, с. 155]. Наразі схильюсь до думки про слушність обстоюваного ВСУ положення про те, що засуджений заволодів мотоциклом саме шляхом зловживання довірою: потерпілий на виконання укладеного в усній формі договору позички передав винному повноваження з володіння та користування належною йому річчю (мотоциклом), що, з огляду на фактичні обставини, дозволяє вести мову про закінчене шахрайство, яке з урахуванням згаданого співвідношення кримінально-правових заборон підлягає кваліфікації не за ст. 190, а за ст. 289 КК.

З огляду на продемонстровані складнощі у розмежуванні суміжних складів злочинів проти власності, при вчиненні яких винні особи вдаються до обману (зловживання довірою), вважаю, що розглянута вище кримінально-правова проблема цілком заслуговує на те, що з часом стати предметом розгляду Великої Палати ВС або об'єднаної палати Касаційного кримінального суду ВС.

Наступна проблема, яка постає в судовій практиці та, як на мене, варта уваги з погляду забезпечення єдності правозастосування, стосується законодавчої конструкції складу злочину «шахрайство» і зумовленого цією обставиною моменту закінчення злочину, передбаченого ст. 190 КК. Від правильного визначення вказаного моменту залежить щонайменше: а) кваліфікація вчиненого як закінченого або незакінченого злочину, що, своєю чергою, відповідно до ст. 68 КК впливає на призначення покарання; б) можливість добровільної відмови від доведення злочину до кінця вчинення злочину, а так само переростання вчиненого в інший злочин проти власності; в) кримінальна відповідальність співучасників, у т. ч. в аспекті їхньої добровільної відмови та відмежування співучасті від причетності (зокрема, описаної в ст. 198 КК).

Крадіжка (так само це питання вирішується в юридичній літературі щодо шахрайства) визнається закінченим злочином не з того моменту, коли майно вийшло з володіння власника (уповноваженої ним особи), позбавленого (-ої) в результаті цього можливості володіти, користуватись чи розпоряджатись майном, а з моменту одержання винним можливості користуватись або роз-

поряджатись викраденим майном (заховати, передати іншим особам, вжити за призначенням тощо).

Слід відзначити, що концепція «реальної можливості», яка знаходила послідовне втілення у рішеннях ВСУ [16; 17; 18], чітко відображена і в постанові колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду ВС від 27 лютого 2018 р. У цьому судовому рішенні вирішувалось питання про кваліфікацію дій командира роти однієї з військових частин, який, зловживаючи службовим становищем і користуючись введенням підлеглого в оману, надав вказівку іншим своїм підлеглим поставити перед потерпілим вимогу про передачу 2500 грн. за непроведення службового розслідування, непритягнення до дисциплінарної відповідальності за фактом нібито пошкодження службового автомобіля, втрати його акумулятора та вирішення цього питання в органах Військової інспекції безпеки дорожнього руху. ВС слушно зазначив, що склад злочину «шахрайство» належить до числа матеріальних, а його обов'язковою ознакою є настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді заподіяної шкоди внаслідок заволодіння майном або придбання права на нього у певний спосіб. Відповідно, шахрайство визнається закінченим злочинном, якщо винний заволодіває предметом злочину за допомогою обману або зловживання довірою і після цього має реальну можливість розпорядитися ним як своїм. Це означає, що шахрайство передбачає такий перехід певного предмета у володіння винного, який дозволяє йому реально здійснити хоча б первісне розпорядження. Тому якщо особа, яка протиправно заволоділа майном, такої реальної можливості не мала, то її дії слід розглядати залежно від обставин справи як закінчений або незакінчений замах на вчинення шахрайства. З урахуванням сказаного вирок Миргородського міськрайонного суду та ухвалу Апеляційного суду Полтавської області було змінено, а дії засудженого, який не дістав реальної можливості розпорядитись на свій розсуд коштами введеного в оману потерпілого (бо підлеглі засудженого, які мали передати йому ці кошти, були затримані правоохоронцями одразу після отримання грошей від потерпілого), перекваліфіковані з ч. 2 ст. 190 на ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 190 КК [19].

Поділяючи міркування суддів ВС у частині встановлення моменту закінчення такого злочину проти власності, як шахрайство, водночас висловлю сумнів у тому, що суб'єкт, дії якого врешті-решт були кваліфіковані ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 190 КК, вчинив хоч і не закінчене, але шахрайство. Адже службова особа, яка заволодіває чужим майном шляхом обману або зловживання довірою з використанням при цьому свого службового становища, має нести відповідальність не за ст. 190, а за ст. 191 КК. Зокрема, Судовою палатою у кримінальних справах ВСУ було сформульоване положення про розмежування складів злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 191 КК, в основу чого справедливо покладено думку про специфічну і водночас підпорядковану (щодо зловживання службовим становищем) роль обману, використаного службовою особою для заволодіння чужим майном. Цей обман є різновидом обману, який через його підвищену суспільну небезпеку і специфічні ознаки був виділений в окрему форму злочинів проти власності [20].

Збереження в чинному КК заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем як самостійної форми розкрадання майна (за всієї умовності цього терміну) і, крім цього, поширення сфери дії відповідної кримінально-правової заборони на всі форми власності унеможлиблює: 1) визнання суб'єктом шахрайства службової особи (вона за посягання на власність, поєднані з одночасним використанням свого службового становища й обману, має нести відповідальність за ст. 191 КК); 2) сприйняття «морально застарілого» положення про кваліфікацію відповідних дій службової особи за сукупністю злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 364 (364-1) КК.

Прикро, що виражена правова позиція ВСУ стосовно співвідношення складів злочинів, передбачених статтями 190, 191 КК, яка ґрунтується на здобутках кримінально-правової доктрини (праці В.П. Діденка, П.С. Матишевського та ін.), залишилась непоміченою Касаційним кримінальним судом ВС.

Повертаючись до питання про момент закінчення шахрайства, відзначу, що в цьому аспекті значний інтерес викликає постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду ВС від 5 квітня 2018 р., якою було змінено вирок Каховського міськрайонного суду й ухвалу Апеляційного суду Херсонської області, а дії засудженого, який як оплату за нібито продану ним сою отримав від потерпілого 408 200 грн. і втік з цими грошима, перекваліфіковано з

ч. 5 ст. 186 на ч. 4 ст. 190 КК. ВС, частково задовольняючи скаргу засудженого, вирішив, що дії останнього були розпочаті і закінчені як шахрайські, у зв'язку з чим повністю охоплюються диспозицією ч. 4 ст. 190 КК. Стверджується також, що шахрайство вважається закінченим з моменту фактичного одержання винним майна чи права на нього. На думку ВС, потерпілий зрозумів, що його ввели в оману, вже після добровільної передачі ним грошових коштів засудженому, який сів в автомобіль, і той почав рухатися, тобто фактично після завершення шахрайських дій. Відповідно, подальші дії засудженого та його спільника (а саме застосування щодо потерпілого насильства, яке не є небезпечним для життя і здоров'я), не впливають на кваліфікацію злочину [21].

Тут, звичайно, можна вказати на нормальність ситуації, коли фактичні обставини різними представниками суддівського корпусу піддаються різній кримінально-правовій оцінці; пояснюється це складністю, непорівнюваністю, унікальністю життєвих ситуацій. Автор цих рядків полюбляє повторювати, що життя багатше за законодавчі і теоретичні конструкції. Згадується і банальне «людині властиво помиляться». Мова, однак, про інше.

Якщо порівняти постанову колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду ВС від 27 лютого 2018 р. і постанову колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду ВС від 5 квітня 2018 р., то ми побачимо, що на рівні однієї поважної установи (ВС), яка має бути взірцевою в аспекті кваліфікованого тлумачення і застосування кримінально-правових заборон, сформульовано фактично дві різні правові позиції з питання про момент закінчення шахрайства. Питання, про яку єдність судової практики за таких обставин можна вести мову, є, зрозуміло, риторичним. Якщо ж ВС вирішив відійти від дотримання традиційної концепції «реальної можливості» з питання про момент закінчення корисливих злочинів, пов'язаних з обороненням чужого майна на свою користь чи користь інших осіб, склади яких побудовані за типом матеріальних, то, на мій погляд, такий відхід (а на його користь при бажанні можна відшукати аргументи в кримінально-правовій доктрині) має бути чітко артикульований (вочевидь, знову на рівні Великої Палати ВС або об'єднаної палати Касаційного кримінального суду ВС); інакше дезорганізуючого впливу рішень ВС на судову практику не уникнути.

А тепер про змістовний аспект. З урахуванням пануючого у вітчизняному кримінальному праві і згаданого вище погляду на момент закінчення шахрайства мені складно погодитись із здійсненою «у справі про сою» перекваліфікацією дій засудженого з ч. 5 ст. 186 на ч. 4 ст. 190 КК. Як і суддя ВС М.В. Мазур, який був вимушений у цій справі написати окрему думку, вважаю, що обман було викрито потерпілим до того, як засуджений та його спільник змогли покинути місце вчинення злочину (територію сільськогосподарської бази), де вони ще не мали реальної можливості розпорядитися грошима, які їм передав потерпілий. Останній намагався зупинити автомобіль, в салоні якого перебували винні особи, але ті на законні вимоги потерпілого не реагували і з використанням фізичного насильства, яке не є небезпечним для життя і здоров'я потерпілого, покинули територію бази й у подальшому позбавилися його переслідування. Викладене свідчить про те, що винні особи після того, як їх обман було викрито, але до того, як злочин, передбачений ст. 190 КК, було закінчено, продовжили здійснювати дії, спрямовані на заволодіння чужим майном, і ці дії полягали саме у відкритому викраденні чужого майна. При цьому як потерпілий розумів, що в нього відкрито викрадають грошові кошти, так і винні особи усвідомлювали це. За таких обставин суд першої інстанції правильно кваліфікував злочин за ч. 5 ст. 186 КК, а апеляційний суд слушно зазначив, що дії, направлені на заволодіння майном, які були розпочаті як шахрайські, після викриття їх потерпілим і намагання ним повернути грошові кошти, переросли у відкрите викрадення чужого майна [22].

Тут варто лише додати, що традиційно у доктрині і судовій практиці у випадках переростань одного злочину проти власності в інший остаточна кваліфікація здійснюється лише за кримінально-правовою нормою про відповідальність за трансформований злочин, який, так би мовити, скасовує (поглинає) незакінчений первинний злочин.

Ознайомлення з постановою колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду ВС від 5 квітня 2018 р. дозволило встановити ще декілька висловлювань, пов'язаних з кримінально-правовою характеристикою шахрайства, які змушують робити застереження. Йдеться про те, що: 1) обман (повідомлення потерпілому неправдивих відомостей або приховування певних обставин) при шахрайстві застосовуються винною особою з метою викликати у потерпілого

впевненість про вигідність або обов'язковість передачі йому майна чи права на нього; 2) особливостю шахрайства є те, що винний заволодіває чужим майном шляхом спонукання самого потерпілого до передачі йому майна чи уступки права на майно, тобто при шахрайстві потерпілий, будучи введеним в оману, сам добровільно передає винному майно чи право на нього.

По-перше, ВС некритично відтворює точку зору, зафіксовану в абз. 2 п. 17 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності», згідно з якою 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. Насправді концепція «вигідності або обов'язковості», відображена в цьому традиційному для вітчизняної судової практики роз'ясненні, суперечить букві кримінального закону, означає його обмежувальне тлумачення і безпідставно не дозволяє визнавати шахрайством випадки «виманювання» майна під виглядом збирання благодійної допомоги (наприклад, військовим, пораненим, біженцям, хворим), добровільних внесків, пожертвувань, подарунків тощо. Але і таке заволодіння чужим майном за наявності підстав може кваліфікуватись за ст. 190 КК. Наприклад, як готування до кваліфікованого (особливо кваліфікованого) шахрайства мають розцінюватись випадки розсилання та публікації повідомлень з проханнями надати матеріальну допомогу, які поєднуються з повідомленням неправдивих відомостей про нібито скрутне становище тих чи інших осіб. Чинна редакція ст. 190 КК не виключає такого її тлумачення: особа, яка вводиться винним в оману, переконана в тому, що розпоряджається майном за власною волею, у своїх інтересах (якщо потерпілий – власник майна), інтересах власника (якщо особа, яка вводиться винним в оману, не є власником майна) або принаймні не на шкоду цим інтересам. Добровільність передачі майна як одну з ознак складу злочину «шахрайство» немає достатніх підстав завжди пов'язувати з вигідністю або обов'язковістю такої поведінки потерпілого. У підготовленому доцентом К.П. Задосю за дорученням судді ВСУ Б.М. Пошви науковому висновку у кримінальному провадженні щодо В.Ю. Юрченко, засудженої за ч. 3 ст. 15, ч. 4 ст. 190 КК, слушно зазначається, що функціонально обман і зловживання довірою при вчиненні шахрайства не завжди спрямовані на виникнення в потерпілого уявлення про вигідність чи обов'язковість передачі майна (наприклад, це стосується випадків передачі майна в тимчасове безоплатне користування).

По-друге, відтворювані ВС усталені міркування про роль потерпілого в передачі винному майна (права на нього) при вчиненні шахрайства ґрунтуються на тому, що обману чи зловживання довірою не може бути поза спілкуванням між людьми. Однак якщо в оману з метою заволодіння чужим майном вводиться, наприклад, суддя чи нотаріус, то і в цьому випадку є підстави говорити про наявність обману як інформаційного (інтелектуального) впливу однієї людини на свідомість і волю іншої. Так, в одній зі справ різновидом обману як способу вчинення шахрайства Судова палата у кримінальних справах ВСУ визнала подання безпідставного (завідомо неправдивого) позову. Таким чином, до адресатів обману при вчиненні шахрайства належать не лише власники, а й інші особи, уповноважені на вчинення юридично значущих дій стосовно майна. Введення таких осіб в оману дозволяє говорити про опосередковане вчинення шахрайства, оскільки ст. 190 КК не вимагає, щоб особа, яка вводиться в оману при вчиненні шахрайства, і потерпілий від цього злочину (тобто той, кому заподіюється майнова шкода) збігались [23].

За результатами розгляду матеріалів судової практики у справах про шахрайство встановлено, що виваженого ставлення до кримінально-правової спадщини ВСУ з боку ВС поки що бракує. Водночас існує низка конкретних кримінально-правових проблем, пов'язаних із тлумаченням і застосуванням ст. 190 КК, які задля забезпечення єдності судової практики і прогнозованості судових рішень заслуговують на те, що стати предметом розгляду об'єднаної палати Касаційного кримінального суду ВС або Великої Палати ВС. Вказане стосується, серед іншого, кваліфікації дій особи, яка застосовує обман (зловживання довірою) для отримання чужого майна нібито в тимчасове користування, а також визначення моменту закінчення шахрайства. Велика поточна завантаженість ВС, яка лише до певної міри може слугувати виправданням появи неякісних судових рішень, не звільняє найвищу судову інстанцію країни від обов'язку забезпечити кваліфіковану єдність судової практики, вкрай необхідну в контексті втілення юридичної визначеності як одного з аспектів верховенства права.

1. Практика застосування Верховним Судом України положень Загальної частини Кримінального кодексу України [уклад. О. П. Горох]; за заг. ред. А. А. Музики. – К. : ЦУЛ, 2017. – 524 с.; Практика застосування Верховним Судом України положень Особливої частини Кримінального кодексу України [уклад. О. П. Горох]; за заг. ред. А. А. Музики. – К. : ЦУЛ, 2017. – 915 с.
2. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України : Злочини проти власності / за ред. М. І. Хавронюка. – К. : ВД «Дакор», 2017. – 448 с.
3. Владимиров В. А. Квалификация похищений личного имущества / В. А. Владимиров. – М. : Юрид. лит., 1974. – 208 с.
4. Бойцов А. И. Преступления против собственности / А. И. Бойцов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. – 775 с.
5. Лопашенко Н. А. Преступления против собственности: теоретико-прикладное исследование / Н. А. Лопашенко М. : ЛексЭкст, 2005. – 408 с.
6. Яни П. С. Очерк 16. Проблемы квалификации хищений / П. С. Яни // Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики : сборник очерков / под ред. В. В. Лунеева. – М. : Изд-во Юрайт, 2010. – С. 570–623.
7. Энциклопедия уголовного права. Т. 18. Преступления против собственности. – Издание профессора Малинина. – СПб ГКА, СПб., 2011. – 1018 с.
8. Антонюк Н. О. Кримінально-правова охорона власності : навч. посібник / Н. О. Антонюк. – Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2012. – 514 с.
9. Книженко О. Актуальні питання відмежування шахрайства від суміжних злочинів / О. Книженко // Вісник прокуратури. – 2016. – № 3. – С. 81–88.
10. Савченко А. В. Кримінальна відповідальність за шахрайство в Україні та за кордоном : порівняльно-правове дослідження : монографія / А. В. Савченко, Ю. Л. Шуляк. – К. : Вид-во ТОВ «НВП «Інтерсервіс», 2013. – 216 с.
11. Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 2. – С. 23.
12. Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки / за ред. П. П. Пилипчука. – К. : Істина, 2011. – 736 с.
13. Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 1. – С. 14–15.
14. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 17 липня 2018 р. у справі № 511/2191/16-к // Єдиний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75447915>.
15. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 21 січня 2016 р. у справі № 5-365кс15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/FF7EB426638F4BF8C2257F4900415D6B](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/FF7EB426638F4BF8C2257F4900415D6B).
16. Судова практика. – 2006. – № 6. – С. 47–48.
17. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 жовтня 2013 р. у справі № 5-40кс13 // Рішення Верховного Суду України. – 2014. – Вип. 1 (28). – С. 68–71.
18. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 25 червня 2015 р. у справі № 5-96кс15 // Рішення Верховного Суду України. – 2015. – Вип. 2 (31). – С. 72–75.
19. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 27 лютого 2018 р. у справі № 541/440/15-к // Єдиний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72587787>.
20. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 листопада 2013 р. у справі № 5-30кс13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/677A2DE87A7FDE68C2257C92003A4385](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/677A2DE87A7FDE68C2257C92003A4385).
21. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 5 квітня 2018 р. у справі 658/1658/16-к // Єдиний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73304838>.
22. Окрема думка судді Касаційного кримінального суду Верховного Суду М. В. Мазура до постанови колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 5 квітня 2018 р. // Єдиний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73369257>.
23. Постанова Судової палати в кримінальних справах Верховного Суду України від 24 листопада 2016 р. у справі № 5-250кс(15)16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу :: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/6B4941568A7118C8C225808A0049A5AE](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/6B4941568A7118C8C225808A0049A5AE).

Питання кваліфікації шахрайства у працях П.С. Матишевського і сучасній судовій практиці¹⁵

Вагоме місце у творчій спадщині П.С. Матишевського займають наукові праці, які присвячені кримінально-правовій характеристиці злочинів проти власності та які (завдяки їхньому високому теоретичному рівню, чіткості викладення матеріалу, ґрунтуванню на матеріалах судової практики та з огляду на сталу розповсюдженість протиправних посягань на власність) є всі підстави визнавати настільними для тих, хто професійно займається кримінальним правом (див., зокрема: Матишевський П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. Киев: Юринком, 1996. 240 с.; Матишевський П.С. Глава IV. Злочини проти власності // Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / за редакцією професорів П.С. Матишевського, С.С. Яценка, доц. П.П. Андрушка. Київ: Юрінком Інтер, 1999. С. 287–365; Матишевський П.С. Розділ VI. Злочини проти власності // Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 2-ге вид., переробл. та допов. / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2002. С. 376–403).

Цілком природно, що згадані праці містять як положення, що пройшли випробування часом, так і судження, які набули в доктрині і правозастосуванні подальшого розвитку. Сказане, серед іншого, стосується кримінально-правової заборони щодо шахрайства, яка, охоплюючи побутову, професійну й економічну сфери життєдіяльності людини, належить до числа активно затребуваних на практиці. Так, у 2015 р. за вчинення шахрайства було засуджено 2521 особу, в 2016 р. – 1945 осіб, у 2017 р. – 1869 осіб, а в 2018 р. – 1835 осіб.

Розкриваючи особливості об'єктивної сторони шахрайства, П.С. Матишевський писав, що обман чи зловживання довірою при вчиненні цього злочину застосовуються винною особою з метою викликати у потерпілого впевненість у вигідності або обов'язковості передачі їй майна (права на нього). При шахрайстві потерпілий, будучи введеним в оману, сам добровільно передає винному майно (право на нього). Нагадаю, що цей традиційний підхід знайшов відображення в абз. 2 п. 18 постанови Пленуму Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 25 грудня 1992 р. № 12 «Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності» та абз. 2 п. 17 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності».

Справді особливістю шахрайства є, за загальним правилом, те, що власник (володілець) майна або особа, якій воно ввірене чи під охороною якої воно перебуває, уявлення про істину та воля якого (якої) сфальсифіковані обманом чи зловживанням довірою, бере безпосередню участь у передачі майна (права на нього). Потерпілий переконаний у тому, що розпоряджається майном за власною волею, у своїх інтересах (якщо потерпілий – власник майна), інтересах власника (якщо потерпілий – особа, якій майно ввірене чи під охороною якої воно перебуває) або принаймні не на шкоду цим інтересам. Усталені міркування про специфічну роль потерпілого в передачі винному майна (права на нього) при вчиненні шахрайства, як відомо, ґрунтуються на тому, що обману чи зловживання довірою поза спілкуванням між людьми бути не може.

Водночас П.С. Матишевський зробив серйозне та, як виявилось, далекоглядне застереження про те, що термін «потерпілий», який використовується при аналізі складу злочину «шахрайство», носить умовний характер, оскільки той, хто введений в оману, і потерпілий не завжди збігаються в одній особі. У розвиток цієї конструктивної думки слід зазначити, що до адресатів обману при вчиненні шахрайства належать не тільки власники майна та «прирівняні» до них особи, а й інші суб'єкти, уповноважені на вчинення юридично значущих дій стосовно майна. Так, якщо в оману з метою заволодіння чужим майном вводиться суддя або нотаріус, то і в цьому випадку є підстави вести мову про наявність обману як інформаційного (інтелектуального) впливу однієї людини на свідомість і волю іншої. Натомість І.Я. Фойницький заперечував, наприклад, проти того, щоб визнавати кримінально караним обманом (шахрайством) подання недобросовісного (неправдивого) цивільного позову, бо цивільний процес є змагальним, і відповідач у ньому має можливість спростувати аргументи, наведені в неналежному позові (див.: Мошенничество по

¹⁵ Стаття опублікована: Юридична Україна. 2019. № 11. С. 63–67.

руському праву. Сравнительное исследование Ив. Фойницкого. С. Петербург: Типография товарищества «Общественная польза», 1871. С. 227–231). Проте в одній зі справ різновидом обману як способу вчинення шахрайства Судова палата у кримінальних справах ВСУ (постанова від 24 листопада 2016 р. у справі № 5-250кс(15)16) все ж визнала подання безпідставного (завідомо неправдивого) позову, констатувавши існування випадків опосередкованого вчинення шахрайства, зокрема, на тій підставі, що ст. 190 КК України не вимагає того, щоб особа, яка вводиться в оману при вчиненні шахрайства, і потерпілий від цього злочину (тобто той, кому заподіюється майнова шкода) збігались.

Варто додати, що в літературі висловлено думку про охоплення диспозицією ст. 190 КК випадків обманного заволодіння чужим нерухомим майном (правом на нього) без участі потерпілого (див.: Ємельянов М.В. Кримінально-правова характеристика шахрайства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2013. С. 10–11, 14). У законодавчому визначенні шахрайства нічого не говориться про поведінку потерпілого. Тому наведена точка зору, яка може стосуватись і випадків обманного заволодіння чужим рухомим майном, не виходить за межі буквального тлумачення кримінального закону. Виходить, що винна в шахрайстві особа може заволодіти чужим майном (правом на майно) і без безпосередньої участі в цьому потерпілого.

Характеризуючи шахрайство як одну з форм розкрадання, П.С. Матишевський традиційно пов'язував момент закінчення цього злочину не лише з вилученням майна із володіння приватної особи, колективу чи держави, а й з виникненням у винного реальної можливості користуватись чи розпоряджатись вилученим майном. Концепція «реальної можливості», яка знайшла послідовне втілення в низці рішень ВСУ, чітко відображена, наприклад, і в постанові колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ККС ВС) від 27 лютого 2018 р. у справі № 541/440/15-к. У цьому судовому рішенні вирішувалось питання про кваліфікацію дій командира роти однієї з військових частин, який, користуючись введенням підлеглого в оману, надав вказівку іншим своїм підлеглим поставити перед потерпілим вимогу про передачу 2500 грн. за непроведення службового розслідування, непритягнення до дисциплінарної відповідальності за фактом нібито пошкодження службового автомобіля, втрати його акумулятора та вирішення цього питання в органах Військової інспекції безпеки дорожнього руху. Дії засудженого, який не дістав реальної можливості розпорядитись на свій розсуд коштами введеного в оману потерпілого (бо підлеглі засудженого, які мали передати йому кошти, були затримані правоохоронцями одразу після отримання грошей від потерпілого), ККС ВС перекваліфікував із ч. 2 ст. 190 на ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 190 КК.

Поділяючи міркування суддів ККС ВС у частині встановлення моменту закінчення такого злочину проти власності, як шахрайство, водночас висловлю сумнів у тому, що суб'єкт, дії якого врешті-решт були кваліфіковані за ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 190 КК, вчинив хоч і не закінчене, але шахрайство. Адже службова особа, яка заволодіває чужим майном шляхом обману або зловживання довірою з використанням при цьому свого службового становища, має нести відповідальність не за ст. 190, а за ст. 191 КК. Зокрема, Судова палата у кримінальних справах ВСУ (постанова від 14 листопада 2013 р. у справі № 5-30кс13) сформулювала положення про розмежування складів злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 191 КК, в основу чого справедливо покладено думку про специфічну і водночас підпорядковану (щодо зловживання службовим становищем) роль обману, використаного службовою особою для заволодіння чужим майном. Цей обман є різновидом обману, який через його підвищену суспільну небезпеку і специфічні ознаки виділений законодавцем в окрему форму злочинів проти власності.

До речі, не можна сказати, що такий підхід до розмежування складів відповідних злочинів проти власності є чимось новим для кримінального права: він застосовувався в період чинності КК 1960 р. Так, П.С. Матишевський, аналізуючи ст. 84 цього Кодексу «Розкрадання державного або колективного майна шляхом привласнення, розтрати або зловживання посадовим становищем» (аналог ст. 191 чинного КК), писав, що найчастіше зловживання службовим становищем як форма розкрадання майна виражається в різноманітних обманних діях. При цьому обман як спосіб зловживання службовим становищем, на відміну від обману при шахрайстві, вчиняється завдяки особливому становищу винного – наявності в нього за посадою права розпоряджатись

чужим майном або службових можливостей, здатних спонукати представників інших організацій до передачі їхнього майна.

Збереження в чинному КК заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем як самостійної форми розкрадання майна (за всієї умовності цього терміну) і, крім цього, поширення сфери дії відповідної кримінально-правової заборони на всі форми власності, вочевидь, унеможлиблюють: 1) визнання суб'єктом шахрайства службової особи (вона за посягання на власність, поєднані з одночасним використанням свого службового становища й обману, має нести відповідальність за ст. 191 КК); 2) сприйняття «морально застарілого» положення про кваліфікацію відповідних дій службової особи за сукупністю злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 364 (364-1) КК. Прикро, що виважена правова позиція ВСУ стосовно співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 191 КК, яка ґрунтується на здобутках вітчизняної кримінально-правової доктрини (праці П.С. Матишевського, В.П. Діденка та ін.), залишилась непоміченою суддями ККС ВС.

Повертаючись до питання про момент закінчення шахрайства, відзначу, що в цьому аспекті значний інтерес викликає постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 5 квітня 2018 р. у справі 658/1658/16-к, якою було змінено вирок Каховського міськрайонного суду та ухвалу Апеляційного суду Херсонської області, а дії засудженого, який як оплату за нібито продану ним сою отримав від потерпілого 408200 грн. і втік з цими грошима, перекваліфіковано з ч. 5 ст. 186 на ч. 4 ст. 190 КК. ККС ВС, частково задовольняючи скаргу засудженого, вирішив, що дії останнього були розпочаті і закінчені як шахрайські, у зв'язку з чим повністю охоплюються диспозицією ч. 4 ст. 190 КК. Стверджується також, що шахрайство вважається закінченим з моменту фактичного одержання винним майна чи права на нього. На думку ККС ВС, потерпілий зрозумів, що його ввели в оману, вже після добровільної передачі ним грошових коштів засудженому, який сів в автомобіль, і той почав рухатись, тобто фактично після завершення шахрайських дій. Відповідно, подальші дії засудженого та його спільника (а саме застосування щодо потерпілого насильства, яке не є небезпечним для життя і здоров'я), не впливають на кваліфікацію злочину.

Тут, звичайно, можна вказати на нормальність ситуації, коли фактичні обставини різними представниками суддівського корпусу піддаються різній кримінально-правовій оцінці; пояснюється це складністю, непорівнюваністю, унікальністю життєвих ситуацій. Автор цих рядків любить повторювати, що життя багатше за законодавчі і теоретичні конструкції. Згадується і банальне «людині властиво помиляться». Мова, однак, про інше. Якщо порівняти постанову колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 27 лютого 2018 р. і постанову колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 5 квітня 2018 р., то ми побачимо, що на рівні однієї поважної установи (ВС), яка має бути взірцевою в плані кваліфікованого тлумачення і застосування кримінально-правових заборон, сформульовано фактично дві різні правові позиції з питання про момент закінчення шахрайства. Питання, про яку ж однаковість судової практики за таких обставин можна вести мову, є риторичним. Якщо ж ККС ВС вирішив відійти від дотримання традиційної концепції «реальної можливості» з питання про момент закінчення корисливих злочинів, пов'язаних з оберненням чужого майна на свою користь чи користь інших осіб, склади яких побудовані за типом матеріальних, то такий відхід (а на його користь при бажанні можна відшукати аргументи в кримінально-правовій доктрині) має бути чітко артикульований (на рівні Великої Палати ВС або Об'єднаної палати ККС ВС); інакше дезорганізуючого впливу рішень ВС на судову практику не уникнути.

А тепер про змістовний аспект. З урахуванням пануючого у вітчизняному кримінальному праві (включаючи згадані праці П.С. Матишевського) погляду на момент закінчення шахрайства складно погодитись із здійсненою «у справі про сою» перекваліфікацією дій засудженого з ч. 5 ст. 186 на ч. 4 ст. 190 КК. Як і суддя ККС ВС М.В. Мазур, який був вимушений у цій справі написати окрему думку, вважаю, що обман було викрито потерпілим до того, як засуджений та його спільник змогли покинути місце вчинення злочину (територію сільськогосподарської бази), де вони ще не мали реальної можливості розпорядитися грошима, які їм передав потерпілий. Останній намагався зупинити автомобіль, в салоні якого перебували винні особи, але ті на законні вимоги потерпілого не реагували і з використанням фізичного насильства, яке не є небезпечним для життя і здоров'я потерпілого, покинули територію бази й у подальшому позбавились його пе-

реслідування. Викладене свідчить про те, що винні особи після того, як їх обман було викрито, але до того, як злочин, передбачений ст. 190 КК, було закінчено, продовжили здійснювати дії, спрямовані на заволодіння чужим майном, і ці дії полягали саме у відкритому викраденні чужого майна. При цьому як потерпілий розумів, що в нього відкрито викрадають грошові кошти, так і винні особи усвідомлювали це. За таких обставин суд першої інстанції правильно кваліфікував злочин за ч. 5 ст. 186 КК, а апеляційний суд слушно зазначив, що дії, направлені на заволодіння майном, які були розпочаті як шахрайські, після викриття їх потерпілим і намагання ним повернути грошові кошти, переросли у відкрите викрадення чужого майна (див.: Окрема думка судді Касаційного кримінального суду Верховного Суду М.В. Мазура до постанови колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 5 квітня 2018 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73369257>).

Залишається додати, що традиційно у доктрині і судовій практиці у випадках переростань одного злочину проти власності в інший остаточна кваліфікація здійснюється лише за кримінально-правовою нормою про відповідальність за трансформований злочин, який, так би мовити, скасовує (поглинає) незакінчений первинний злочин.

Розкриваючи кримінально-правову характеристику шахрайства, П.С. Матишевський не залишив поза своєю увагою і складне в практичному сенсі питання про відмежування цього злочину від цивільно-правових деліктів. Вчений послідовно наполягав на тому, що подібні питання мають вирішуватись з урахуванням правових підстав кримінальної відповідальності та виходячи з єдності свідомості, волі і вчинків людини. Тому будь-яке твердження або заперечення, яке завідомо не відповідає тому, що насправді суб'єкт думає про предмет свого висловлювання, є неправдою не лише в суб'єктивному розумінні розходження між дійсним і висловленим міркуванням, а й в об'єктивному розумінні спотворення дійсності. Відповідно, якщо особа під час укладання тієї чи іншої угоди (позички, кредиту тощо) мала намір не повертати майно в майбутньому, а обернути його на свою користь, то вчинене утворює склад злочину «шахрайство». Водночас цього злочину не буде у випадку, якщо особа лише сумнівалась у можливості повернення майна, хоч згодом ці сумніви і виправдались. Викладений підхід сприймається судовою практикою (абз. 1 п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»).

Наприклад, у постанові колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 26 лютого 2019 р. у справі № 1-177/11 зазначається, що у разі здійснення позичальником (поручителем) принаймні часткового повернення коштів за кредитним договором, передачі в заставу майна з подальшим зверненням стягнення на нього, і за відсутності доказів про намір позичальника (поручителя) не виконувати своїх зобов'язань ще в момент отримання кредиту підстав для притягнення до кримінальної відповідальності немає, оскільки у діях позичальника (поручителя) відсутні об'єктивна і суб'єктивна сторони шахрайства.

У розвиток наведених вище міркувань П.С. Матишевського зазначу, що наявність формальних (навіть належним чином оформлених) цивільно-правових або господарсько-правових відносин, за допомогою яких суб'єкт прагне завуалювати свій умисел, за наявності підстав не повинна бути перешкодою для оцінки скоєного як злочину, передбаченого ст. 190 КК. У подібних випадках винна особа укладає той чи інший договір (кредитний, купівлі-продажу, оренди, комісії, довічного утримання тощо) для того, щоб приховати справжній характер своїх дій, спрямованих на незаконне і безоплатне заволодіння чужим майном. При цьому очевидні труднощі, пов'язані зі встановленням і доказуванням справжніх намірів осіб, які обманним шляхом заволодівають чужим майном (правом на нього). Тому обґрунтування боржником як його здатності, так і нездатності належним чином виконати взяте на себе зобов'язання має підлягати ретельній перевірці у кожній конкретній ситуації з урахуванням фінансового становища боржника, ринкової кон'юнктури тощо.

Кримінально-правова оцінка заволодіння чужим майном шляхом застосування до потерпілого шкідливих для здоров'я людини речовин: про що свідчить досвід США?¹⁶

У вітчизняній судовій практиці усталеним є підхід, згідно з яким застосування до потерпілого без його згоди наркотичних, психотропних, отруйних або сильнодіючих речовин (наприклад, це може бути клофелін у поєднанні з міцними спиртними напоями) з метою заволодіння чужим майном розглядається як насильство і залежно від того, чи було воно небезпечним для життя або здоров'я, такі дії треба кваліфікувати за ст. 186 або ст. 187 Кримінального кодексу (далі – КК) України, відповідно, як насильницький грабіж або розбій. Тобто кваліфікація скоєного визначається двома обставинами: 1) було вживання речовин, що викликало безпорадний стан потерпілого, добровільним або він вжив їх під впливом обману (наприклад, під виглядом ліків) чи внаслідок застосування щодо нього насильства (без згоди); 2) за допомогою судово-медичної експертизи встановлюється небезпечність впливу на організм людини певних речовин. Наведений варіант кримінально-правової оцінки вказаних злочинних дій, на який свого часу орієнтував і Пленум Верховного Суду України (п. 11 постанови від 25 грудня 1992 р. № 12 «Про судову практику в справах про корисливі злочини проти приватної власності», п. 10 постанови від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»), підтримується більшістю науковців.

Водночас із питання кваліфікації випадків «відключення» свідомості особи за допомогою різноманітних речовин із метою заволодіння її майном у доктрині кримінального права існує й інша позиція. Вона полягає в тому, що пануючий на практиці підхід не узгоджується з чинними редакціями: ст. 186 КК України, яка, визначаючи грабіж як відкрите викрадення чужого майна, передбачає, що воно має вчинятися в присутності потерпілого або інших осіб, які усвідомлюють протиправний характер дій винної особи, яка, своєю чергою, усвідомлює, що її дії помічені та оцінюються як викрадення; ст. 187 КК України, яка виокремлює таку відмінну від небезпечного насильства ознаку складу злочину «розбій», як напад. Зокрема, застосування снодійних речовин спрямоване на те, щоб забезпечити таємність заволодіння чужим майном за рахунок фізіологічного стану потерпілого; розуміти ж напад через обман неправильно. Відповідно, дії винного, який, викликавши за допомогою застосування певних речовин потрібний йому стан потерпілого, таємно заволодіває майном останнього, пропонується розцінювати як крадіжку, а у випадку результативного (шкідливого) впливу на організм людини – додатково як той або інший злочин проти життя чи здоров'я особи. У межах цього підходу кваліфікація вчиненого у випадку застосування наркотичних чи інших подібних речовин як розбою або насильницького грабежу вважається правильною за умови вживання потерпілим цих речовин під впливом фізичного або психічного примусу (вливання отруйних речовин, вштовхування таблетки, ін'єкція препарату з утриманням потерпілого тощо).

За продемонстрованої дискусійності питання про кваліфікацію вказаних злочинних посягань на власність подібні факти на практиці не є рідкістю. Наприклад, улітку 2017 р. начальник Головного управління Національної поліції у м. Києві А.Є. Крищенко повідомив про затримання групи зловмисників, яка протягом тривалого періоду діяла в столиці, вчинивши десятки злочинів за стандартною схемою: жінки знайомились з чоловіками в ресторанах і кафе, підсипали в напої жертв сильнодіючі речовини, а потім заволодівали мобільними телефонами, іншим цінним майном, а також банківськими картками потерпілих [1].

Не буде зайвим нагадати і те, що ст. 176 КК УСРР 1927 р. безпосередньо передбачала відповідальність за «загарбання чужого майна через доведення потерпілого до неприємності». Кваліфікуючою ознакою цього злочину (відмінного, до речі, від передбаченого ст. 174 КК розбою) визнавалось вчинення вказаних дій засобами, небезпечними для життя або здоров'я потерпілого. Оцінюючи цю кримінально-правову заборону, М.І. Панов писав, що законодавець не ото-

¹⁶ Стаття написана у співавторстві з Д.В. Каменським та опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2017. Вип. 4. С. 68–81.

тожнював, а, навпаки, розмежовував фізичне насильство при грабежі і розбої, з одного боку, та приведення в безпорадний стан отруйними або іншими сильнодіючими речовинами для заволодіння майном, з іншого [2, с. 12–18]. З урахуванням існування в КК УСРР 1927 р. ст. 176 допускає неточність О.І. Бойцов, коли стверджує, що кримінальне законодавство радянського періоду, на відміну від Кримінального уложення 1903 р., не містило прямих вказівок на застосування речовин із метою приведення потерпілого в непритомний стан [3, с. 445].

Аналіз юридичної літератури засвідчує, що домінуючий наразі у правозастосуванні підхід до кваліфікації розглядуваних злочинних дій зазвичай обґрунтовується за допомогою таких аргументів.

По-перше, вирішальну роль в цьому разі відіграє не стільки спосіб заволодіння майном (таємний або відкритий), скільки наявність або відсутність фізичного насильства, а його поняттям (поряд із застосуванням фізичної сили) охоплюється і протиправний (хімічний, біологічний) вплив на внутрішні органи і тканини людини (головний мозок, кровоносна і нервова системи тощо) без пошкодження зовнішнього (шкіряного) покриву. І в такому випадку тілесна недоторканність особи страждає, а використані зловмисником обман або довірчі відносини з потерпілим, лише створюючи умови для хімічного (біологічного) впливу на останнього, не позбавляють злочин статусу насильницького. По-друге, напад як ознака розбою, не маючи самостійного значення, втілюється у фізичному або психічному насильстві. Поза насильством напад втрачає кримінально-правове значення, оскільки не здатен зумовити заволодіння чужим майном. На нерозривності та взаємозалежності нападу і відповідного насильства як ознак розбою наголошується і в постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 14 листопада 2013 р. у справі № 5-35кх13 [4]. По-третє, обманне або непомітне введення в організм потерпілого шкідливих речовин – це дії, які за своїм характером нічим не відрізняються від так званих таємних нападів при розбої. Таке замасковане (завуальоване) введення речовин не можна вважати добровільним, адже обов'язковою ознакою добровільності є усвідомлення всіх важливих обставин (наприклад, про якість і характер вживаної речовини). Фактично винний непомітно (таємно) або обманним шляхом вводить речовини для того, щоб придушити очікуваний опір потерпілого.

За наявності підстав вказані злочинні дії потребують додаткової кваліфікації за відповідними нормами КК України (зокрема, за ст. 314 КК «Незаконне введення в організм наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів»). Слід водночас зробити застереження: для заволодіння чужим майном винна особа може застосовувати не лише наркотичні, психотропні, отруйні або сильнодіючі, а й інші (так би мовити, звичайні) речовини, здатні викликати в іншій особі проблеми зі здоров'ям. Наприклад, це може бути умисне застосування певної харчової добавки, спроможної викликати в людини, яка страждає на алергію, серйозні больові відчуття, які позбавляють її здатності усвідомлювати характер вчинюваних щодо неї дій або протидіяти посяганню на майно.

Одним із співавторів цієї статті раніше висловлювалася думка про те, що прийнятним варіантом розв'язання позначеної кримінально-правової проблеми може стати виключення із законодавчого визначення розбою вказівки на ознаку нападу, що вже неодноразово пропонувалось багатьма дослідниками. Це дозволило б без застережень кваліфікувати розглядувані посягання на власність залежно від характеру насильства, яке застосовується винним для заволодіння чужим майном [5, с. 98–100].

Якщо питання застосування і вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність за зазначені злочинні посягання знайшли докладне висвітлення на сторінках вітчизняної юридичної літератури (праці Н.О. Антонюк, І.І. Гуні, О.О. Горішнього, О.І. Дітріх, Д.О. Калмикова, П.С. Матишевського, Н.М. Ярмиш та ін.), то відповідний кримінально-правовий досвід США залишається майже невідомим для вітчизняних правників. Так, у монографічному дослідженні А.В. Савченка при порівнянні злочинів проти власності за КК України і майнових посягань за федеральним законодавством США позначена проблема відображення не знайшла [6, с. 358–375], а російський дослідник І.Д. Козочкін обмежується з цього приводу інформацією про те, що пограбуванням визнається також вилучення речі в особи, яка стала безпорадною внаслідок застосування до неї не лише сили, а й алкогольного або наркотичного сп'яніння (наприклад, потерпілого споїли) [7, с. 738; 8, с. 411].

При цьому не викликає сумнівів, що можливість зазирнути в «чуже» право, з'ясувати, яким чином воно щоденно реалізується на практиці, відкриває чимало нових напрямів для наукового пізнання, дозволяє отримати досі невідомі та поки що невикористані можливості для вдосконалення національного законодавства. Як справедливо наголошує Е. Еберле, юридична компаративістика забезпечує якісно нові знання та, можливо, певний рівень гармонізації окремих критично важливих елементів різних правових систем або хоча б дозволяє досягти певного рівня взаємного розуміння [9, с. 51]. З огляду на сказане, автори, прагнучи усунути вказану прогалину в наукових дослідженнях, мають на меті висвітлити американський підхід до кримінально-правової кваліфікації застосування до потерпілого різноманітних речовин з метою заволодіння його майном, а також визначити можливі шляхи запозичення відповідного зарубіжного досвіду.

Передусім вважаємо за необхідне відзначити, що, починаючи з періоду активної рецепції англійського права (перша половина XIX ст.), кримінальне право США відносить розбій до злочинів проти життя, а не проти власності. Такий підхід, який продовжує зберігатись, наприклад, у кримінальному законодавстві Каліфорнії і Міннесоти, можна пояснити тим, що загальне право, на основі якого формувалось американське законодавство про боротьбу з майновими злочинами, в цьому разі традиційно робить акцент на охороні життя і здоров'я людини, а не належних їй майнових благ. До того ж англо-американське право не розмежовує поняття грабежу та розбою, як це робить, наприклад, КК України, використовуючи усталений в англійській мові термін «robbery» (грабіж/розбій або «пограбування»; надалі у межах нашого дослідження ми будемо послуговуватися звичним для вітчизняних фахівців терміном «розбій»). Варто додати і те, що відкрите заволодіння чужим майном, включаючи його висмикування із володіння потерпілого (наприклад, висмикування гаманця або жіночої сумки) в США, на відміну від України, визнається не грабежем, а крадіжкою.

Одне з перших доктринальних згадувань про кримінально-правову оцінку застосування до потерпілого шкідливих речовин знаходимо у фундаментальному трактаті класика англійського кримінального права Уільяма Рассела, перше видання якого побачило світ ще в 1819 р. Коментуючи різні способи вчинення традиційного для загального права злочину «напад» (англ. – assault), тобто незаконного застосування фізичної сили до потерпілого, дослідник описував таку ситуацію: якщо обвинувачений додає до кави потерпілої особи, наприклад, токсин «кантаридин» (останній може призвести до нудоти, помітного підвищення температури тіла, запалення сечовивідних шляхів чи навіть смерті), і внаслідок споживання зіпсованого напою особа захворіла, то такі дії мають прирівнюватись до нападу. Тому вчений піддав критиці позицію вищої судової інстанції Англії, яка скасувала вирок, виходячи того, що в аналізованій ситуації був відсутній напад у вигляді примусових фізичних дій, а також насильство, а діяння, яке полягало в свідомому споживанні кави потерпілою особою, не може розцінюватись як злочин [10, с. 1021].

У справі «Commonwealth v. Charles H. Stratton», розглянутій у 1873 р. в американському штаті Массачусетс, ми знаходимо один із перших правозастосовних тестів стосовно притягнення до кримінальної відповідальності особи за застосування нею щодо іншої особи кантаридину та взагалі будь-якої шкідливої речовини. Із матеріалів цієї кримінальної справи випливає, що обвинувачений запропонував двом дівчатам скуштувати декілька фініків, до яких було таємно додано сторонню речовину. Через декілька годин потерпілі почали відчувати сильний і тривалий біль у різних частинах тіла. З'ясувалось, що у фініки було додано речовину під назвою «порошок коханья», придбану у третьої особи, яка запевнила чоловіка в безпеці її вживання, і що однією з активних речовин у застосованому порошку був саме кантаридин. Суд постановив, що, хоч підсудний і не був безпосередньо обізнаний про властивості застосованого препарату та очікуваний ефект від нього, він усвідомлював, що дає потерпілим не звичайну їжу, що вводить дівчат в оману і, більше того, – мав намір шляхом такого обману спонукати їх до вживання речовини за відсутності згоди. Суд також зробив висновок про те, що обвинувачений очікував на настання певного стану потерпілих осіб унаслідок своїх дій. Введення в оману, завдяки чому волю потерпілої було спрямовано на вживання речовини, було нічим іншим як шахрайським пригнічуванням її волі, а отже, повинно визнаватись еквівалентом застосування фізичної сили. Крім цього, суд вирішив, що у випадку встановлення зв'язку між фізичною шкодою і протиправною дією обвинуваченого

факт застосування шкоди зовнішньо чи внутрішньо, механічним або хімічним шляхом самостійного правового значення не має [11].

До слова, на сьогодні різноманітні препарати, що негативно впливають на свідомість потерпілих, нерідко застосовуються в США для вчинення статевих злочинів, у зв'язку з чим у цій країні навіть набув поширення неформальний термін «date drug» («наркотик для побачення»). Часто відповідні речовини седативного впливу підмішуються в алкогольні напої, інколи – в їжу, рідше вони видаються зловмисниками за медичні препарати або речовини, які знімають напруження та покращують настрій. Гучним прикладом може слугувати обвинувачення відомого американського актора і комедіанта Уїяльма Косбі у вчиненні декількох статевих злочинів шляхом застосування до потерпілої особи пігулок димедролу під виглядом препарату на основі лікувальних трав [12]. Зарубіжний досвід протидії статевим злочинам і в інших країнах показує, що існують речовини, вживання яких призводить до порушення нормального функціонування свідомості потенційної жертви згвалтування; як наслідок, особа проявляє надмірну сексуальну активність, більш охоче йде на статеві зносини, після чого не може точно згадати всі обставини вчиненого злочину [13].

Повернемося, однак, до інших здобутків американської кримінально-правової доктрини в частині висвітлюваної проблематики. У книзі, датованій 1897 р., Емлін Макклейн писав, що застосування до іншої особи отруйних речовин без її згоди вважається заподіянням шкоди здоров'ю і може розцінюватись як напад. При цьому відзначалось, що встановлювати обізнаність нападника про отруйні властивості використаної речовини або потенційну шкоду для здоров'я потерпілого не обов'язково – достатньо встановити умисну чи необережну форму вини щодо кінцевого наслідку, якого винний бажав досягнути відповідним шляхом. Ступінь насильства не має значення, якщо встановлена безпосередня спрямованість насильства на потерпілого з метою позбавлення його майна [14, с. 203, 454].

Аналогічної позиції дотримувався Джастін Міллер, який зазначав, що застосована під час розбою сила насправді може бути незначною – якщо її достатньо для досягнення мети, поставленої перед собою обвинуваченим. Отже, застосування наркотику (іншого препарату) з метою приведення потерпілого в безпорадний стан має визнаватися проявом насильства [15, с. 394].

Ще один представник американської кримінально-правової науки Френсіс Уортон писав, що застосування отруйних речовин може утворювати напад як окремий злочин проти здоров'я особи. Відзначалось, що аналогічне обґрунтування кримінальної відповідальності повинно мати місце й у випадку свідомого застосування інших шкідливих речовин. Тому піддавався критиці підхід, який станом на другу половину XIX ст. склався в Англії, де застосування отрути здебільшого не розцінювалось як напад. Дослідник визнавав, що кидання купоросу в іншого, насильницьке введення отруйної речовини в організм іншої особи з усією очевидністю вказують на насильницький напад. Водночас констатувались труднощі з кримінально-правовою оцінкою скоєного в тих випадках, коли потерпілий свідомо вживав отруту, розраховуючи на те, що речовина не є шкідливою; інакше кажучи, щодо нього мав місце пасивний обман [16, с. 1103–1104].

У спільній монографії з кримінального права Роллін Перкінс і Рональд Бойс пишуть, що так само, як тілесне ушкодження може бути заподіяне шляхом застосування отрути, так і сила, спрямована на заволодіння майном особи всупереч її волі, може застосовуватися внутрішньо. Як приклад наводиться кримінальна справа, в якій розбоєм були визнані дії винного, що полягали у заволодінні грошима з касового апарату, і при цьому касир перебував у безпорадному стані внаслідок застосування щодо нього винним наркотику [17, с. 348].

На думку Уейна ЛаФейва, особа може вчинити розбій, наприклад, шляхом нанесення фізичного удару або застосування зброї. Водночас винний може ввести потерпілого в безпорадний стан і в більш винахідливий спосіб, зокрема, шляхом застосування алкогольних напоїв чи наркотичних засобів; діяти в такий спосіб означає застосовувати силу з метою вчинення розбійного нападу [18, с. 184].

Наведені вище міркування американських дослідників цілком співзвучні уявленням вітчизняних авторів про протиправний вплив на внутрішні органи і тканини людини як різновид фізичного насильства, про що вже йшла мова на початку нашої статті. З цього приводу О.І. Бойцов проводить цілком слушну аналогію. Здається, що злочинне заволодіння майном потерпілого, який

не усвідомлює протиправності цих дій через нанесення йому декількох ударів ножем в область серця, збігаються за об'єктивною стороною з крадіжкою, бо вчиняються таємно для того, хто перебуває в безпорадному стані. Проте хіба комусь потрібно доводити, що потерпілий у цьому разі був приведений у безпорадний стан в процесі розбою? Так само злочинні дії, які полягали в заволодінні майном потерпілого, який перебував у стані, коли він не усвідомлював протиправності цих дій внаслідок попереднього введення в його організм одурманюючих речовин, лише на перший (поверховий) погляд збігаються за об'єктивною стороною з таємним вилученням чужого майна [3, с. 449].

Далі у контексті розкриття аналізованої проблематики пропонуємо звернутись до відповідного законодавчого матеріалу. У цьому сенсі викликає інтерес § 39-11-106 (a)(2) КК штату Теннессі, який визначає тілесне ушкодження як поріз, зсадину, синець, опік чи знівчення, фізичний біль чи тимчасове захворювання або порушення функціонування частини тіла, органу чи розумових здібностей. Водночас у ч. (a)(34) цього параграфу поняття серйозного тілесного ушкодження розкривається через наслідки для здоров'я потерпілого: значний ризик настання смерті; тривала втрата свідомості; надзвичайний фізичний біль; тривале або очевидне знівчення; тривала втрата чи істотне порушення функцій частини тіла, органу чи розумових здібностей; перелом кісток у дитини у віці до восьми років.

Як бачимо, деякі з наведених ушкоджень, що утворюють обидва негативні стани здоров'я потерпілого, можуть виступати безпосереднім наслідком застосування шкідливих речовин. Причому ознака серйозного тілесного ушкодження визнається за законодавством штату Теннесі (§ 39-13-402 КК цього штату) так само, як і в інших юрисдикціях, конструктивним елементом складу кваліфікованого розбою. Отже, застосування шкідливих для організму людини речовин може бути ознакою розбою.

Поняття нападу як синоніму фізичного чи психічного насильства та як окремого різновиду злочину проти особи розкривається в кримінальних кодексах переважної більшості штатів. Воно міститься і в Модельному кримінальному кодексі США (далі – МКК), а саме в його § 211.1. Причому МКК розрізняє два види нападу – простий та за обтяжуючих обставин; критерієм розмежування виступає тут ступінь (інтенсивність) тілесного ушкодження – є останнє звичайним або серйозним. В офіційному коментарі розробника МКК – Американського інституту права можна прочитати, що поняття тілесного ушкодження охоплює значно більше, ніж традиційне, «зовнішнє» заподіяння фізичної шкоди. Як приклади наводяться наслідки у вигляді болю, захворювання, фізичної неповноцінності, що настали, зокрема, внаслідок нетерапевтичного застосування наркотику або медичного препарату. У зв'язку з цим, відзначають автори згаданого коментарю, потреби в окремій криміналізації таких «непрямих» фізичних посягань, як це було зроблено законодавцями окремих штатів, немає [19, с. 187–188].

Продемонструємо вказану неоднозначну «надмірність» у частині законодавчого описання фізичного насильства на прикладі кримінальних кодексів окремих американських штатів. Так, § 609.235 Статутів штату Міннесота криміналізує застосування шкідливих речовин із метою заподіяння фізичної шкоди чи полегшення вчинення злочину. Заборона передбачає санкції у виді позбавлення волі до п'яти років та (або) штрафу в розмірі до 10 тис. дол. у випадку застосування до іншої особи отруйної, одурманюючої, знесилюючої, наркотичної або анестезуючої речовини з метою заподіяння фізичної шкоди потерпілому або з метою полегшення вчинення іншого злочину.

§ 708.5 КК штату Айова також визнає застосування шкідливих для здоров'я речовин окремим злочином – фелонією класу D (передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк до п'яти років). Злочином визнається застосування до іншої особи чи примушування іншої особи до вживання без її згоди чи шляхом погрози або обману та з метою, не пов'язаною з медичною допомогою, будь-якої отруйної, одурманюючої, стимулюючої, пригнічуючої, транквілізуючої, наркотичної, гіпнотичної, галюціногенної або анестезуючої речовини у кількості, достатній для настання відповідного наслідку (ефекту).

Наголос, зроблений на відповідній кількості речовини, видається цілком доречним, адже, як засвідчують дані медицини, одна і та ж речовина в різних ситуаціях і при різних дозуваннях може бути отрутою, ліками або її проникнення в організм може пройти непоміченим [20, с. 33]. Введення в організм потерпілого одурманюючих речовин може привести залежно від їх активності та

кількості до фізичних і психічних наслідків вельми широкого діапазону – від комплексу седативних ефектів різного ступеня (млявості, сонливості, загальмованості мислення і мови) до повного порушення свідомості і впадіння в непритомний стан, від м'язової слабкості і незначних змін у серцево-судинній системі до великих патологій органів [21].

§ 222 КК штату Каліфорнія передбачає відповідальність за застосування одурманюючих речовин (наркотиків) із метою полегшення вчинення тяжкого злочину. Ця заборона встановлює, що будь-яка особа, визнана винною у введенні іншій особі хлороформу, ефіру, лаудануму (опіумної настоянки на спирту) чи будь-якої контрольованої речовини, анестезуючого засобу чи одурманюючої речовини з метою створення умов для себе чи іншої особи вчинити тяжкий злочин, буде вважатися такою, що вчинила фелонію, і каратиметься позбавленням волі на 16 місяців, два або три роки.

Прикладом застосування наведеної кримінально-правової заборони може слугувати рішення апеляційного суду штату Каліфорнія у справі «*People v. Cline*» (1934 р.). У цій справі було встановлено, що обвинувачений Клайн із метою заволодіння грошима та іншим майном потерпілого Фрейма пригостив останнього молочним коктейлем, до якого таємно підмішав сильнодіючу снодійну речовину «фенобарбітал». Через деякий час після знепритомнення потерпілого Клайн заволодів грошима, які знаходились при ньому, у розмірі 240 дол., а також забрав із готелю, де зупинився потерпілий, його особисті речі, включаючи банківську чекову книжку. Суд визнав Клайна винуватим у вчиненні як крадіжки, так і в застосуванні до потерпілого фенобарбіталу як одурманюючої речовини з метою полегшення вчинення крадіжки, тобто у вчиненні злочину, передбаченого § 222 КК Каліфорнії [22].

Висловимо припущення, що засудження Клайна за вчинення крадіжки, а не розбою пояснюється тим, що заволодіння майном потерпілого відбулось не одразу після застосування щодо нього одурманюючої речовини, а через певний проміжок часу – протягом доби, коли потерпілий перебував у непритомному стані. У згаданій кримінальній справі викликає інтерес і та обставина, що суд першої інстанції надав присяжним спеціальну інструкцію щодо змісту поняття «одурманююча речовина»: це – будь-який препарат, речовина або сполука, яка при введенні в організм людини впливає або порушує організм людини таким чином, що може викликати серйозні порушення фізичного або психічного стану шляхом приведення людини у стан глибокого сну, ступору, непритомності або напівпритомності разом із порушенням функцій самоконтролю (вольових функцій). Як бачимо, у США віднесення конкретної речовини до категорії одурманюючих є проявом дискреційної компетенції присяжних.

§ 211 КК штату Каліфорнія, ухваленого ще в 1872 р., визначає розбій з урахуванням усталеної дефініції загального права. Відповідно, розбій повинен обов'язково передбачати елемент застосування сили чи створення у жертви почуття страху. Переконливий правозастосовний тест із точки зору прирівнювання факту застосування сильнодіючих речовин до насильства в складі цього злочину знаходимо в справі «*People v. Dreas*» (1984 р.), що переглядалась апеляційним судом першого округу штату Каліфорнія.

Як впливає з матеріалів цієї справи, обвинувачений Дреас знайомився з жертвами у барах, після чого пропонував йти до їхнього житла, щоб випити каву. Перебуваючи у потерпілих вдома, обвинувачений таємно додавав у каву седативний препарат «лоразепам», після вживання якого потерпілі втрачали свідомість або міцно засинали. Користуючись безпорадним станом потерпілих, обвинувачений заволодів їхнім майном, у т. ч. належними їм автомобілями (в декількох епізодах). Однією з обставин справи, оскаржуваних під час апеляції, було те, що застосування сильнодіючих речовин за своїм характером нібито не відповідає характеру насильства чи погрози в складі розбою. Суд, однак, не погодився із таким аргументом апелянта, зазначивши, що, хоч справа і не ґрунтується на прецедентній практиці у цій юрисдикції, доктринальні дослідження і матеріали судової практики інших штатів переконують у тому, що застосування сильнодіючих речовин і наркотиків із метою подолання супротиву потерпілого утворює елемент насильства в контексті інкримінування § 211 КК Каліфорнії. Пославшись на роботи відомих американських вчених, зокрема, згаданого вище У. ЛаФейва, а також на рішення Верховного Суду штату Невада в справі «*State v. Snyder*» (1918 р.), каліфорнійський суд вирішив, що ознака застосування сили чи погрози її застосування не повинна обмежуватись зовнішніми проявами з метою пригнічуван-

ня волі і спротиву потерпілого. Отрута чи будь-яка інша шкідлива речовина, не дивлячись на те, що вони застосовуються внутрішньо в організм жертви, також можуть виступати дієвими способами заволодіння майном без згоди жертви, а отже, утворювати склад злочину «розбій» [23].

До слова, в справі «State v. Snyder» Верховний Суд штату Невада провів доречну аналогію між розбоєм і зґвалтуванням у частині оцінки застосування до потерпілої особи так званої конструктивної сили, яка, не будучи очевидним болісним нападом на особу, водночас призводить до наслідку у вигляді втрати свідомості та неможливості чинити опір нападнику. Дослідивши напрацьовану практику застосування алкогольних напоїв до жертв зґвалтування, суд зробив важений висновок: як і у випадку зґвалтування, поєднаного з застосуванням алкоголю чи шкідливої (отруйної) речовини чи використанням безпорадного (непритомного) стану потерпілої, що свідчить про відсутність її згоди на статеві зносини, так і у випадку розбою ці способи, будучи еквівалентом застосування фізичної сили, вказують на подолання волі (і спротиву) потерпілого щодо відчуження його власного майна чи майна, що перебуває під його контролем. Більше того: навіть спільне вживання алкогольних напоїв, поєднане з подальшою згодою потерпілої на вступ у статеві зносини, не виключає відповідальності за зґвалтування (можливо, з аналогічних міркувань, і за розбій) [24].

Цікаво, що в стислому науковому огляді цієї кримінальної справи, надрукованому в 1919 р. в юридичному журналі Йельського університету, також зверталась увага на інтерпретацію вищою судовою інстанцією штату Невада поняття «насильство» в розбої за аналогією зі зґвалтуванням. Водночас зауважувалось що, на відміну від розбою, застосування насильства при зґвалтуванні не є обов'язковим (ключовою ознакою тут виступає відсутність згоди потерпілої на вступ у статеві зносини). Автор аналітичного огляду обстоював точку зору, згідно з якою прирівнювання факту застосування хімічних препаратів до фізичного насильства має здійснюватись з позиції не прецедентів у справах про зґвалтування, а судового тлумачення окремих нетипових форм фізичного насильства на кшталт проаналізованого судом у справі «Commonwealth v. Charles H. Stratton». У такому разі застосування отруйної речовини як необхідний крок на шляху отримання чужого майна може повною мірою розцінюватись як застосування сили в межах дефініції розбою [25, с. 284].

Із матеріалів американської судової практики випливає, що використання стану сильного алкогольного сп'яніння потерпілого для заволодіння його майном, якщо він сам (без жодного зовнішнього примусу) привів себе до такого стану, визнається не розбоєм, а крадіжкою. У подібних випадках вважається, що мало місце не подолання свідомого волевиявлення потерпілого, а, навпаки, останній спрямував свою волю на приведення самого себе в стан алкогольного сп'яніння [26].

§ 436 КК штату Мічиган (у редакції 1931 р.) забороняє умисно змішувати отруту або шкідливу речовину з їжею, напоєм, лікарським препаратом, а також додавати отруту або шкідливу речовину в джерело води, колодезь, резервуар або систему громадського водопостачання, усвідомлюючи або маючи підстави вважати, що їжа, напій, медичний препарат чи вода можуть бути спожиті або використані іншою людиною на шкоду собі.

Подібна за змістом заборона, яка містилась у кримінальному законодавстві Мічигану ще в XIX ст., пройшла своє «випробування» у справі «People v. Carmichael» (1858 р.). У цій справі обвинувачений Кармайкл наполягав на тому, що в нього не було специфічного наміру, спрямованого на заподіяння тілесного ушкодження потерпілій; він мав на меті лише «зробити» її більш схильною для вступу в статеві зносини. Суд визнав, що відповідний кримінальний статут вимагав встановлення факту умисного додавання отруйної речовини з метою заподіяння потерпілому смерті або тілесного ушкодження. Водночас конкретний ступінь тяжкості фізичної шкоди, заподіяної в такий спосіб, законодавцем не був визначений, а отже, мав тлумачитись поширювально. Суд також додав, що обвинувачений усвідомлював той факт, що він застосовує до потерпілої отруйну речовину, а тому, навіть ураховуючи загальне розуміння слова «отрута» як небезпечної для життя чи здоров'я речовини, він не міг не усвідомлювати можливі наслідки своїх дій [27].

Проведене дослідження дозволяє констатувати принципову схожість (порівнюваність) українського та американського підходів із питання про кримінально-правову оцінку застосування різноманітних речовин для «відключення» свідомості особи з метою заволодіння її майном, що, крім

іншого, може слугувати ще одним (вже компаративістським) аргументом на користь домінуючого у вітчизняній доктрині і судовій практиці тлумачення вказаних злочинних дій як розбою або насильницького грабежу. При цьому відповідний американський підхід здебільшого сформувався ще в XIX ст. завдяки більш-менш одноманітному тлумаченню судами окремих штатів відомої загальному праву кримінально-правової норми про відповідальність за розбій. Виявляється також, що змістовне ототожнення нападу і насильства (один із традиційних теоретичних аргументів на користь пануючого наразі в Україні підходу) притаманне і кримінальному праву США; щоправда, у межах останнього напад, який полягає в застосуванні чи погрозі застосування сили, може виступати як окремим злочином (без мети заволодіння чужим майном), так і обов'язковою ознакою розбою (якщо напад був поєднаний із заволодінням чужим майном).

Крім цього, висвітлений кримінально-правовий досвід США зайвий раз переконує в доцільності уточнення описання складів злочинів проти власності в КК України, зокрема, в частині уніфікації законодавчих визначень таких насильницьких посягань, як грабїж і розбій. Так, цей досвід підтверджує слушність доктринальної пропозиції щодо виключення із легального визначення розбою (ст. 187 КК України) вказівки на ознаку нападу. Необхідність запропонованої зміни цієї кримінально-правової заборони зумовлена і тим, що можливі й інші випадки, коли винні особи застосовують насильство, яке є небезпечним для життя чи здоров'я, або погрожують застосувати таке насильство з метою заволодіння майном фактично без нападу (наприклад, це може мати місце у випадку переростання крадіжки в розбій). При цьому такі дії за логікою речей повинні розцінюватись як розбій, оскільки диференціація кримінальної відповідальності за вчинення насильницького грабежу і розбою проведена (повинна проводитись і надалі) за характером насильства.

1. Клофелинчики работали в ресторанах // Вести. – 14 июля 2017 г. – № 113.
2. Панов Н.И. Квалификация насильственных преступлений / Н.И. Панов. – Х.: Юридический ин-т, 1986. – 54 с.
3. Бойцов А.И. Преступления против собственности / А.И. Бойцов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 775 с.
4. Рішення Верховного Суду України. – 2014. – Вип. 1 (28). – С. 75–76.
5. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України: Злочини проти власності / за ред. М.І. Хавронюка. – К.: ВД «Дакор», 2017. – 448 с.
6. Савченко А.В. Кримінальне законодавство України та федеральне кримінальне законодавство Сполучених Штатів України: комплексне порівняльно-правове дослідження: монографія / А.В. Савченко. – К.: КНТ, 2007. – 596 с.
7. Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части: учебник / под ред. И.Д. Козочкина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – 1056 с.
8. Козочкин И.Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования / И.Д. Козочкин. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. – 478 с.
9. Eberle E. Methodology of Comparative Law / E. Eberle // Roger Williams University Law Review. – 2011. – № 16. – P. 51–72.
10. Russell W. A Treatise on Crimes and Misdemeanors. In Six Volumes / W. Russel. – London: Stevens & Sons Limited, 1865. – Vol. II. – 1127 p.
11. Commonwealth v. Charles H. Stratton, 114 Mass. 303 (1873).
12. Bowley G., Pérez-Peña R., Hurdle J. Bill Cosby's Sexual Assault Case Ends in a Mistrial / Bowley G., Pérez-Peña R., Hurdle J. // The New York Times. – June 17, 2017 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.nytimes.com/2017/06/17/arts/television/bill-cosby-trial-day-11.html>.
13. Исследование сексуальных преступлений, совершенных с применением наркотиков // Уголовное право. – 2004. – № 2. – С. 126–128.
14. McClain E. A Treatise on the Criminal Law / E. McClain. – Chicago: Callaghan and Company, 1897 – Vol. II. – 785 p.
15. Miller J. Handbook on Criminal Law / J. Miller. – St. Paul: West Publishing Co., 1934. – 649 p.
16. Wharton F. Wharton's Criminal Law / F. Wharton. – Rochester: The Lawyers Co-operative Publishing Company, 1932. – 1157 p.
17. Perkins R. Criminal Law / R. Perkins, R. Boyce. – Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1982. – 1402 p.
18. LaFave W. Substantive Criminal Law. Second Edition / W. LaFave – St. Paul: West Group, 2003. – Vol. 3. – 731 p.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

19. Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments). Part II. Definition of Specific Crimes. – Philadelphia: The American Law Institute, 1980. – 465 p.
20. Кухарук В. Квалификация посягательств на собственность, сопряженных с использованием веществ / В. Кухарук // Уголовное право. – 2005. – № 4. – С. 32–34.
21. Хилюта В. Использование веществ в качестве средства завладения имуществом [Электронный ресурс]. – Режим доступа: 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.
22. People v. Cline, 31 P.2d 1095 (Cal. Ct. App. 1934).
23. People v. Dreas, 153 Cal.App.3d 623 (1984).
24. State v. Snyder (1918) 41 Nev. 453.
25. Administration of Drug as Force // Yale Law Journal. – 1919. – № 28. – P. 284.
26. People v. Kelley, 220 Cal. App. 3d 1358 (1990).
27. People v. Carmichael, 5 Mich. 10 (1858).

Проблеми кваліфікації самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва у практиці Верховного Суду¹⁷

Практика застосування ст. 197-1 Кримінального кодексу України (далі – КК) «Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво» відзначається достатньою активністю: так, за інформацією Верховного Суду, лише протягом 2018–2019 рр. за вчинення злочинів, передбачених цією статтею КК, засуджено 109 осіб. Однак аналіз матеріалів судової практики засвідчує наявність і деяких інших, уже менш втішних тенденцій. Йдеться, зокрема, про те, що при кримінально-правовій оцінці відповідних діянь правозастосувачі зіштовхуються з низкою дискусійних питань, викликаних неоднозначністю як положень самої ст. 197-1 КК, так і пов'язаних з нею приписів регулятивного законодавства. Уніфіковану позицію стосовно вирішення багатьох із цих питань не вдалося виробити і дотепер, що негативно позначається на передбачуваності КК, нерідко призводить до закриття кримінальних проваджень, скасування судових рішень та, як наслідок, до зниження запобіжного потенціалу аналізованої кримінально-правової заборони.

За таких обставин своє вагоме слово мають сказати найвищі судові інстанції держави, завданням яких є формування чітких правозастосовних орієнтирів. Тривалий час уособленням останніх виступали постанови Пленуму Верховного Суду України. Сьогодні ж провідна роль у забезпеченні єдності та сталості судової практики у кримінальних провадженнях належить Верховному Суду, наділеному правом формування висновків щодо застосування норм права, які враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права (ч. 6 ст. 13 Закону «Про судоустрій і статус суддів»).

Протягом двох останніх років Касаційний кримінальний суд Верховного Суду (далі – ККС ВС), застосовуючи ст. 197-1 КК, висловився щодо декількох дискусійних питань кваліфікації самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва. Пропонуємо зупинитись на цих питаннях докладніше, оцінивши обґрунтованість рішень ККС ВС і торкнувшись тих супутніх вад законодавства, які і призвели до виникнення відповідних правозастосовних проблем.

Земельна ділянка як предмет злочину. Законодавче визначення земельної ділянки (ч. 1 ст. 79 Земельного кодексу України (далі – ЗК)) ґрунтовно проаналізовано представниками земельно-правової доктрини, в результаті чого сформульовано основні ознаки вказаного поняття, зокрема: 1) її виокремлення в аспекті землевпорядкування за місцем розташування та розміром площі у складі однієї з категорій земельного фонду; 2) визначення правового титулу належності земельної ділянки конкретній особі та закріплення прав останньої щодо неї. Характеристики земельної ділянки конкретизовані в ч. 1 ст. 15 Закону «Про Державний земельний кадастр». Головною рисою земельної ділянки фахівці називають (щоправда, з певними застереженнями, які загалом не мають кримінально-правового значення) її індивідуалізованість.

З погляду інкримінування ст. 197-1 КК з-поміж інших ознак найбільше значення мають площа, межі та місце розташування земельної ділянки, адже саме вони враховуються при визначенні шкоди, завданої самовільним зайняттям земельної ділянки. Тому неточне встановлення зазначених ознак може бути підставою для неприйняття як доказу висновку експертизи щодо визначення шкоди, завданої розгляданим злочином, та, як наслідок, виправдання особи. Представники суддівського корпусу пояснювали такі свої рішення тим, що:

– не були отримані докази зі встановлення розміру зайнятої земельної ділянки. Під час здійснення огляду видно, що використовується лише частина ділянки; прив'язки до місцевості не було, геодезичні знаки відсутні; площа на схематичному плані була меншою за фактичну; для точного визначення місця розташування земельної ділянки необхідні координати, за якими здійснювалось її відведення (див.: вирок Євпаторійського міського суду АРК від 26 вересня 2013 р. у справі № 106/10038/2012);

– згідно зі складеним актом обстеження площа самовільно зайнятої земельної ділянки складає 540 га, а при розрахунку розміру завданої шкоди застосована вже площа 547,9857 га; інспекто-

¹⁷ Стаття написана у співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Юридичний вісник України. 19 червня – 2 липня 2020 р., № 24–25; 3–16 липня 2020 р., № 26–27, с. 18–19; 17–30 липня 2020 р., № 28–29.

ром Держсільгоспінспекції обстеження земельної ділянки не проводилось, а розміри самовільно зайнятої земельної ділянки в установленому порядку не визначались (див.: вирок Жовтневого районного суду Миколаївської області від 11 жовтня 2016 р. у справі № 477/1975/14-к). До речі, ця справа дійшла до ККС ВС, який, частково задовольнивши скаргу прокурора, призначив новий судовий розгляд (див.: постанова ККС ВС від 17 квітня 2018 р. у справі № 477/1975/14-к);

– площа земельних ділянок вимірювалась лише при виготовленні проекту землеустрою, однак останній не закінчено і не затверджено уповноваженим органом; суду не надано доказів на підтвердження того, чи було прокультивовано та засіяно соняшником земельні ділянки повністю (див.: вирок Токмацького районного суду Запорізького області від 17 березня 2014 р. у справі 328/3912/13-к);

– площу земельної ділянки взято з технічного звіту, однак, як вбачається з абрису земельної ділянки, вона є більшою за площу будівлі, яка використовувалась для експлуатації та обслуговування магазину (див.: постанова Святошинського районного суду м. Києва від 24 квітня 2018 р. у справі № 759/19548/17).

Водночас у практиці застосування ст. 197-1 КК зустрічаються протилежні випадки, коли суддями ігнорується потреба належного встановлення зазначених ознак земельної ділянки. Одну з таких справ і розглянув ККС ВС.

Йдеться про справу щодо Особи-1, обвинуваченого за ч. 1 ст. 197-1 і ч. 3 цієї статті КК у тому, що він самовільно зайняв (збудувавши на ній гараж) земельну ділянку площею 0,0030 га, яка належить на праві власності Особі-2. Таке обвинувачення суди першої та апеляційної інстанцій визнали доведеним. Однак під час розгляду матеріалів цього кримінального провадження ККС ВС вказав на те, що суд першої інстанції при викладенні формулювання обвинувачення не встановив точної адреси земельної ділянки, на якій збудовано гараж та яка є предметом злочину, передбаченого ст. 197-1 КК. Відповідно до обвинувального висновку підсудному інкримінувалось самовільне зайняття земельної ділянки за однією адресою. При цьому рішенням Галицького районного суду м. Львова Особу-1 та його колишню дружину Особу-3 було зобов'язано за власні кошти демонтувати самовільно збудований гараж за іншою адресою. Отже, резюмував ККС ВС, у матеріалах справи містяться дані, з яких випливає, що наявні дві різні адреси земельної ділянки, на якій Особа-1 збудував гараж.

Крім того, на думку ККС ВС, належним чином не було встановлено власника земельної ділянки: якщо орган досудового розслідування у вину Особі-1 ставив самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво гаража на земельній ділянці, належній Особі-2 на праві приватної власності, на підставі чого останнього визнано потерпілим, то із згаданого рішення Галицького районного суду м. Львова вбачається, що з позовною заявою про демонтаж самовільно побудованого гаражу звертався орган місцевого самоврядування (Галицька районна адміністрація Львівської міської ради). Тобто не з'ясовано, хто є власником самовільно зайнятої земельної ділянки, – Особа-2 чи територіальна громада.

У підсумку ККС ВС, задовольнивши касаційну скаргу Особи-1 та скасувавши рішення судів першої та апеляційної інстанцій, вирішив направити справу на нове розслідування, зазначивши, що під час його проведення повинні бути встановлені точні адреса, місцезнаходження, кадастровий номер земельної ділянки та її дійсний власник, на підставі чого і має бути прийняти законне та обґрунтоване рішення про наявність або відсутність у діях Особи-1 складів злочинів, передбачених ч. 1 ст. 197-1 і ч. 3 цієї статті КК (див.: ухвала колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 12 вересня 2018 р. у справі № 1-179/11).

На необхідності точного встановлення меж і розмірів земельної ділянки як обов'язкову умову констатації факту самовільного зайняття земельної ділянки наголосив і Касаційний господарський суд у складі ВС (далі – КГС ВС). Відмовляючи у задоволенні касаційної скарги Київської міської ради на постанову Київського апеляційного господарського суду, КГС ВС мотивував своє рішення тим, що Київська міська рада при зверненні з вимогою про зобов'язання відповідача звільнити самовільно зайняту земельну ділянку орієнтовною площею 0,2388 га не довела фактичні межі такої земельної ділянки з її точними координатами, розташуванням і розміром. Це унеможливує висновок про самовільне зайняття конкретної земельної ділянки або її частини (див.:

постанова палати для розгляду справ щодо земельних відносин та права власності КГС ВС від 21 січня 2019 р. у справі № 910/22093/17).

Від індивідуалізованої земельної ділянки до «віртуального» земельного паю. Підтримуючи обстоювану Верховним Судом позицію в частині індивідуалізації земельної ділянки, водночас привернемо увагу до того, що земельне законодавство (зокрема, ч. 3 ст. 2 ЗК) розрізняє такі об'єкти земельних відносин, як земельна ділянка, з одного боку, та право на земельну частку (пай), з іншого. Фахівці із земельного права (В. Носик, Т. Коваленко та ін.) виділяють такі основні ознаки земельної частки (паю): 1) її умовний характер (місцезнаходження та межі земельної частки (паю) є невизначеними); 2) кількісний і вартісний виміри. Якщо вартість земельного паю визначається нормативним шляхом, виходячи з грошової оцінки переданих у колективну власність земель та кількості осіб, які мають право на земельну частку (пай), то розмір земельної частки (паю) – в умовних кадастрових гектарах, виходячи з вартості земельної частки (паю) та середньої грошової оцінки одного гектара сільськогосподарських угідь для цього підприємства, кооперативу, товариства; 3) право на земельну частку (пай) посвідчується сертифікатом на земельну частку (пай) та є підставою для отримання земельної ділянки в натурі (на місцевості) на праві власності.

Не дивлячись на те, що відповідно до ст. 197-1 КК предметом передбачених нею злочинів визнається саме і тільки земельна ділянка, у рішеннях судів нерідко зустрічається формулювання «самовільне зайняття не витребуваних земельних часток (паїв)». Трапляється і використання словосполучення «земельна ділянка (пай)». Свого часу ми писали, що власники (орендарі) земельних часток (паїв) навряд чи можуть бути визнані потерпілими від злочину, передбаченого ч. 1 (ч. 3) ст. 197-1 КК, бо, виходячи з буквального тлумачення цієї кримінально-правової норми, такими потерпілими можуть бути визнані лише власники (законні володільці) земельних ділянок (див.: Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Кримінальна відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво: монографія. Луганськ, 2012. С. 122). Однак правозастосувачі на такий сумнів науковців не зважали (а, швидше за все, навіть не здогадувались про його існування), не вбачаючи особливих перешкод для визнання потерпілими від самовільного зайняття земельної ділянки власників земельних часток (паїв) або їхніх орендарів. Фактично кримінально-правові відносини опинились у «заручниках» тих своєрідних земельно-правових відносин, які склались у сфері реалізації громадянами свого права на земельну частку (пай).

Згадане ігнорування особливостей законодавчого описання складу злочину «самовільне зайняття земельної ділянки» можна пояснити тим, що, не дивлячись на відсутність належного нормативного підґрунтя, широкого розповсюдження в Україні набула практика укладання договорів оренди не лише земельних ділянок, а й земельних часток (паїв). Хоч такі договори не відповідають вимогам, встановленим до договору оренди земельної ділянки (остання ще не перебуває у власності орендодавця), вони використовуються для створення видимості законності землекористування сільськогосподарських підприємств, які утворились на місці ліквідованих КСП. Навіть більше: законодавець певним чином легітимізував відповідні відносини, серед іншого, передбачивши їхню трансформацію у «класичну» оренду після виділення земельної частки (паю) на місцевості (абз. 1 п. 8 розділу X «Перехідні положення» ЗК; абз. 2 розділу IX «Перехідні положення» Закону України «Про оренду землі») та закріпивши можливість здавання в оренду фізичними особами як виділених, так і не виділених в натурі (на місцевості) земельних часток (паїв) (п. 168.4.9 ст. 168 Податкового кодексу України).

З огляду на викладену вище позицію ККС ВС (зокрема, його чітку вказівку на те, що обов'язковою ознакою об'єкта злочину, передбаченого ст. 197-1 КК, є його предмет, а саме земельна ділянка, що має такі індивідуальні ознаки, як власник земельної ділянки, її точна адреса і кадастровий номер), закономірно постає питання, чи правомірними є рішення судів, які ухвалюють обвинувальні вироки щодо тих, хто вчинив самовільне зайняття земельного масиву, поділеного на земельні частки (паї), чи не головною ідентифікуючою ознакою яких є те, що їхнє місцезнаходження та межі є невизначеними. Чи не призведе слідування позиції ККС ВС у частині обов'язкової індивідуалізації земельної ділянки до винесення виправдувальних вироків у розглядуваній ситуації?

На нашу думку, навіть з урахуванням того, що в назвах і змісті відповідних договорів вказується на «земельну частку (пай)», факт самовільного зайняття орендованих земельних масивів слід розцінювати як самовільне зайняття земельної ділянки, а не земельної частки (паю), що уможливорює кваліфікацію за ст. 197-1 КК. Адже фактично тут йдеться про «звичайну» оренду земельних ділянок, коли, враховуючи наявність схем поділу земель колективної власності, практично кожен суб'єкт права на земельну частку (пай) знає, яка ділянка належатиме йому (А. Мірошніченко). Водночас говорити про самовільне зайняття земельної частки (паю) у цьому разі не доводиться, бо, на відміну від земельної ділянки, поняття «земельна частка (пай)» означає не конкретну частину земної поверхні, а лише право вимагати у майбутньому виділення в натурі (на місцевості) земельної ділянки.

Потерпілим від злочину у такій ситуації (тобто до моменту виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)) один з авторів цих рядків пропонував визнавати не державу, до якої після ліквідації КСП (іншого суб'єкта права колективної власності) за чинним на той момент законом мало переходити право власності на земельну ділянку колективної власності, а орендарів земельного масиву, поділеного на земельні частки (паї) (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ, 2018. С. 617). Натомість судді саме державу нерідко визнавали потерпілим від самовільного зайняття земельних ділянок, що складались із невитребуваних земельних часток (паїв). І це при тому, що останні, за висновком КГС ВС, не вважались землями державної власності (див.: постанова колегії суддів КГС ВС від 7 березня 2018 р. у справі № 902/578/17).

Врешті-решт, усвідомлюючи необхідність повернення аналізованих відносин у правове русло, парламентарії 10 липня 2018 р. ухвалили Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрошення в Україні» (далі – Закон від 10 липня 2018 р.), яким запроваджено низку новел, зокрема, визначено поняття «нерозподілена земельна ділянка» та «невитребувана земельна частка (пай)». З ухваленням відповідних законодавчих змін юридично алогічна, але фактично широко розповсюджена практика оренди земельних часток (паїв) має змінитись звичайною практикою оренди земельних ділянок, самовільне зайняття яких відтепер має розцінюватися як «звичайне» самовільне зайняття земельних ділянок. Законом від 10 липня 2018 р. також закріплене засадниче положення, яке має важливе значення для практики інкримінування ст. 197-1 КК. Мається на увазі те, що усунута наявна тривалий час невизначеність щодо належності земель ліквідованих суб'єктів права колективної власності. Відтепер чітко закріплено, що землі припинених КСП (крім земельних ділянок, які на день набрання чинності Законом від 10 липня 2018 р. перебували у приватній власності) вважаються власністю територіальних громад, на території яких вони розташовані.

Отже, незважаючи на часткову незавершеність і суперечливість окремих положень Закону від 10 липня 2018 р., з набранням ним чинності встановлено, що головним розпорядником, а згодом і власником земельних ділянок (тобто об'єктів, про які йдеться у ст. 197-1 КК), що складаються з нерозподілених земельних ділянок та невитребуваних земельних часток (паїв), а також власником ліквідованих КСП, є територіальні громади, які, вочевидь, і мають визнаватись потерпілими у разі вчинення самовільного зайняття відповідних земельних ділянок. Водночас ще раз наголосимо на юридичній некоректності вказівки у процесуальних документах на «самовільне зайняття земельної частки (паю)».

Неналежний дозвіл на зайняття земельної ділянки: кримінально-правове значення. У практиці застосування ст. 197-1 КК трапляються випадки, коли особи, які здійснюють зайняття земельних ділянок, виправдовують свою поведінку усними домовленостями, а інколи – й усними проханнями посадових осіб органів місцевого самоврядування, органів виконавчої влади, підприємств, установ, організацій, у власності (користуванні) яких знаходяться певні земельні ділянки. Особа, яка займає чужу земельну ділянку на підставі лише такої усної домовленості, має розуміти, що в будь-який момент не підкріплена жодними правовими гарантіями воля власника (законного користувача) земельної ділянки може змінитись, і тоді їй треба бути готовою у «кра-

щому» випадку звільнити земельну ділянку, а в «гіршому» (щоб не зазнати юридичної відповідальності за самовільне зайняття земельної ділянки (ст. 53-1 КУпАП або ст. 197-1 КК)) – доводити не зафіксоване документально волевиявлення власника (законного користувача), якщо останній заперечуватиме наявність такого факту. Згоду на зайняття земельної ділянки може давати і не її власник, законний користувач (його представник), а суб'єкт, не уповноважений вступати у подібні домовленості. Відповідно, постає питання, чи утворює вчинене у подібних випадках склад злочину «самовільне зайняття земельної ділянки».

Чи не найбільш показово у цьому сенсі може вважатись розглянута ККС ВС справа стосовно Особи-1. Останній оскаржив до Апеляційного суду Запорізької області вирок Запорізького районного суду Запорізької області від 15 вересня 2017 р., яким його було засуджено за ч. 1 ст. 197-1 КК. У своїй скарзі Особа-1, не заперечуючи того, що ним не укладались жодні договори на користування земельною ділянкою площею понад 15 га, яка протягом декількох останніх років стояла необробленою та заросла бур'янами, і відсутність будь-яких документів на цю ділянку, пояснив таке. На початку 2016 р. він звернувся до головного лікаря комунальної установи (далі – КУ) «Обласна туберкульозна лікарня» Особи-2 з проханням надати дозвіл на оброблення земельної ділянки, розташованої поблизу цього закладу охорони здоров'я і закріпленої за ним на праві постійного користування. Особа-2 відповіла згодою, зазначивши, що документи на земельну ділянку до кінця не оформлені. Усну згоду на оброблення земельної ділянки надав і голова Григорівської сільської ради Запорізького району Запорізької області сільської ради. У квітні – на початку травня 2016 р. Особа-1 провів дискування земельної ділянки, а згодом засіяв її соняшником. Після цього до нього звернулась головний лікар КУ «Обласна туберкульозна лікарня» Особа-2, заявивши, що її керівництво заборонило користування цією земельною ділянкою, а тому вона йому більше не дозволяє виходити на поле. Врожай соняшника, яким Особа-1 засіяв земельну ділянку, зібрали інші особи в присутності працівників поліції.

Спростовуючи аргументи обвинуваченого як щодо значущості зазначених усних домовленостей, так і щодо суспільно корисної мотивації зайняття земельної ділянки, Апеляційний суд Запорізької області вказав на необґрунтованість доводів Особи-1 в частині того, що він нібито мав право обробляти землю. Адже набуття права користування земельною ділянкою та права оренди земельної ділянки здійснюється у встановленому законом порядку. Тому наявність усної згоди керівника установи, у користуванні якої знаходиться земельна ділянка (навіть якщо б така згода і була), не наділяє будь-кого правом землекористування. Твердження Особи-1 про те, що земельна ділянка тривалий час не оброблялась, перебувала в занедбаному стані, а він очистив її від бур'янів та сміття за свій кошт і засіяв, щоб повернути затрачені кошти, не спростовують факту самовільного зайняття обвинуваченим земельної ділянки (див.: ухвала Апеляційного суду Запорізької області від 19 квітня 2018 р. у справі № 317/885/17).

Особа-1 оскаржив цю ухвалу до ККС ВС, мотивуючи свою скаргу відсутністю як умислу, спрямованого на самовільне зайняття земельної ділянки, так і суспільно небезпечних наслідків і причинного зв'язку між його діями і такими наслідками, а також стверджуючи, що його дії носили правомірний характер. ККС ВС, частково задовольнивши скаргу Особи-1, скасував рішення районного та апеляційного судів із призначенням нового розгляду справи у суді першої інстанції (див: постанова колегії суддів ККС ВС від 12 грудня 2019 р. у справі № 317/885/17). Утім, нам складно погодитись з аргументами, які в основу свого рішення поклав ККС ВС.

Передусім викликає подив визнання ККС ВС обставинами, що свідчать про недоведеність наявності складу аналізованого злочину, таких фактів, як: 1) заперечення Особою-1 отриманням ним актів, складених комісією працівників КУ, якими фіксувались факти самовільного користування земельною ділянкою, що перебуває на балансі та в постійному користуванні КУ; 2) нез'ясованість судами попередніх інстанцій причин того, чому, незважаючи на неодноразові попередження про неправомірність своїх дій, Особа-1 продовжував працювати на земельній ділянці, зазнавати витрат на придбання паливно-мастильних матеріалів, насіння соняшнику, його оброблення тощо.

Аргументація ККС ВС видається суперечливою: з одного боку, констатується недоведеність отримання Особою-1 згаданих актів, а, з іншого, ККС ВС дорікає суду першої інстанції тим, що той не з'ясував, чому, незважаючи на неодноразові попередження про неправомірність його дій,

Особа-1 продовжував самовільно працювати на земельній ділянці. До слова у рішенні районного суду міститься посилання на свідчення одразу декількох осіб, які одночасно підтвердили, що вони неодноразово (принаймні тричі) попереджали Особу-1 про неприпустимість самовільного використання земельної ділянки (див.: вирок Запорізького районного суду Запорізької області від 15 вересня 2017 р. у справі № 317/885/17).

Складно зрозуміти логіку ККС ВС і тоді, коли він закидає суду першої інстанції нез'ясування того, «коли саме після встановлення самовільного захоплення земельної ділянки керівництво комунальної установи звернулося із заявою до правоохоронних органів». Невже ця обставина має значення для вирішення питання про наявність (відсутність) складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1? До того ж виходить, що ККС ВС не сумнівається в тому, що «самовільне захоплення земельної ділянки» з боку Особи-1 все ж мало місце. Однак чи корелюється ця впевненість з підсумковим твердженням ККС ВС про те, що районний суд не вжив передбачених законом заходів для встановлення наявності чи відсутності усіх елементів складу злочину в діянні, інкримінованому Особі-1? Питання, зрозуміло, риторичне.

ККС ВС також зазначив, що у судовому засіданні голова Григорівської сільської ради Запорізького району Запорізької області підтвердив показання Особи-1 про надання цієї посадовою особою усної згоди на оброблення земельної ділянки. Насправді сільський голова як свідок у судовому засіданні повідомив, що Особа-1 звертався до нього з приводу можливого тимчасового користування земельною ділянкою, але він пояснив йому, що ділянка перебуває у власності КУ, і порадив звернутись за дозволом до головного лікаря лікарні. Вбачати у такій пораді усну згоду на зайняття земельної ділянки навряд чи правильно.

Головне ж, на нашу думку, – це те, що слідування правовій позиції ККС ВС здатне призвести інших правозастосувачів до хибного висновку про те, що відсутність відповідних актів і попереджень унеможливує констатацію наявності інтелектуального моменту умислу особи, винної у самовільному зайнятті земельної ділянки, а отже, складу цього злочину. Насправді такого роду попередження не мають жодного значення для інкримінування ст. 197-1 КК, у зв'язку з чим неотримання Особою-1 попереджень, на чому наполягав обвинувачений і до чого апелював ККС ВС, не може свідчити про неусвідомлення обвинуваченим суспільної небезпеки вчиненого ним діяння.

Особа, яка самовільно займає земельну ділянку, усвідомлює відсутність у неї законної підстави (рішення уповноваженого органу, правочину тощо) для таких дій, однак бажає зайняти відповідну земельну ділянку, розуміючи, що цим самим порушуються правовідносини власності на землю. Через це, наприклад, особа, яка займає земельну ділянку з дозволу неуповноваженого органу, і при цьому з обставин справи впливає, що вона не знала і не могла знати про незаконність зайняття землі, не може нести кримінальну відповідальність за умисний злочин на підставі ст. 197-1 КК.

Єдиною обставиною, за якої у подібних ситуаціях може ставитись питання про відсутність складу злочину «самовільне зайняття земельної ділянки» (конкретно його суб'єктивної сторони), є наявність фактичної помилки правопорушника. Однак у розглядуваному випадку мала місце не фактична, а один із різновидів юридичної помилки (щодо злочинності діяння). Адже, як доведено в юридичній літературі (А. Айдинян), помилка в характері діяння може визнаватись різновидом фактичної помилки лише у випадку, коли її предметом є фактичні обставини. В аналізованій же ситуації жодних угод не укладалось, а мала місце лише усна згода директора КУ (до того ж, по-слідовно не визнана останньою), а отже, не було як такого рішення неуповноваженого органу про відведення земельної ділянки. Таким чином, Особа-1 помилявся щодо не фактичних, а юридичних обставин (правомірності / неправомірності використання земельної ділянки за наявності усного дозволу).

Вказавши на те, що «суду належало з'ясувати, чи усвідомлював засуджений, що він використовує земельну ділянку виключно з власної волі, всупереч правам та інтересам законного володільця, та своїми діями завдає останньому значної шкоди, а також чи бажав він її захопити», ККС ВС доречно перевів розгляд питання про кримінально-правову оцінку дій Особи-1 у площину суб'єктивної сторони злочину, проте до кримінально-правового вчення про помилку, на жаль, не звернувся.

До слова у розглядуваній ситуації не варто говорити і про відсутність самовільності як ознаки вже об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК. Щодо можливого користування землями державної або комунальної власності, здійснюваного на підставі усної домовленості з посадовою особою органу державної влади або органу місцевого самоврядування, слід мати на увазі, що така особа не наділена правом розпорядження цими землями, а тому її згода не може розцінюватись як волевиявлення відповідного органу, а отже, не визнається фактом, який вказує на відсутність самовільності зайняття земельної ділянки. На нашу думку, більш ніж достатньою «поступкою» особам, які приступають до використання земельної ділянки до належного оформлення прав на неї, стало ухвалення Закону від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за порушення вимог земельного законодавства», на підставі чого із числа самовільних були виключені дії, які полягають у користуванні земельною ділянкою за наявності самого лише рішення органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування, якщо при цьому відповідне право належним чином не оформлене. Інакше ми б зіштовхнулись з практикою масового «оформлення» подібних усних угод, сторони яких не були б обмежені жодними правовими рамками та, як наслідок, при їхньому укладенні «забували» б про інтереси держави та територіальних громад на користь власних.

Щодо розміру шкоди, завданої самовільним зайняттям земельної ділянки. Продовжуючи аналіз кейсу, вирішеного ККС ВС, нагадаємо, що, подаючи касаційну скаргу, Особа-1 посилався і на відсутність суспільно небезпечних наслідків та причинного зв'язку між його діями і наслідками. Мотивуючи свій висновок про необхідність скасування судових рішень, ухвалених щодо Особи-1, ККС ВС не оминув і цей аргумент (щоправда, в основному в аспекті з'ясування питання про правомірність задоволення цивільного позову, поданого КУ). ККС ВС зазначив, зокрема, що встановлення розміру шкоди у цьому кримінальному провадженні лише на підставі положень Методики визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок самовільного зайняття земельних ділянок, використання земельних ділянок не за цільовим призначенням, зняття ґрунтового покриття (родючого шару ґрунту) без спеціального дозволу, затв. постановою Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) від 25 липня 2007 р. № 963 (далі – Методика від 25 липня 2007 р.), є надто формальним. Суду необхідно було перевірити показання засудженого і надані ним докази щодо реального стану земельної ділянки як до того, як він нею тимчасово користувався, так і після. Всі ці фактори та їхній вплив на розмір шкоди суд мав урахувати та з'ясувати, у т. ч. допитавши експерта в суді та за потреби призначивши додаткову експертизу. Ухвалюючи рішення про відшкодування шкоди, суд має виходити з того, що вона є реально заподіяною потерпілому, констатував ККС ВС.

Оцінюючи наведену аргументацію, передусім зазначимо, що ми не заперечуємо можливість коригування шкоди, вирахованої на підставі Методики від 25 липня 2007 р., причому як у бік її (шкоди) зменшення, так і збільшення (наприклад, втрачена вигода). Як щодо цього слушно зазначив один із місцевих судів, розмір шкоди не є абстрактним і полягає у дійсно неодержаних доходах (див.: вирок Роменського міськрайонного суду Сумської області від 27 вересня 2017 р. у справі № 585/3529/16-к). Додамо, що з погляду застосування ч. 1 ст. 197-1 КК до шкоди, заподіяної власнику земельної ділянки або землекористувачеві, можуть включатись і відмінні від зазначених у Методичі від 25 липня 2007 р. складові, зокрема, витрати, які особа мусить понести для відновлення: свого порушеного права на земельну ділянку (скажімо, проведення геодезичних робіт із відновлення межових знаків); якості земельної ділянки як об'єкта права власності чи користування (зокрема, оранка, внесення добрив, проведення рекультивації порушених земель). Зазначений (витратний) спосіб визначення розміру шкоди, заподіяної самовільним зайняттям земельної ділянки, ґрунтується на ст. 22 Цивільного кодексу України (далі – ЦК).

На практиці зустрічаються також випадки, коли особа, яка самовільно зайняла земельну ділянку, «після збору врожаю сплатила на рахунок селищної ради орендну плату; за рахунок доходу, отриманого від використання цих земель, надала благодійну допомогу школі, сплатила прибутковий та інші податки» (див.: вирок Козятинського міськрайонного суду Вінницької області від 13 червня 2012 р. у справі № 1-328/11). Враховуючи те, що одним з основних показників, на основі якого розраховуються вказані у Додатку 1 до Методики від 25 липня 2007 р. суми середньорічного доходу від використання земель за цільовим призначенням, є потенційна сума

орендної плати, яку законний власник міг отримати за умови передачі в оренду відповідної земельної ділянки, у ситуаціях, коли особа, яка обвинувачується у самовільному зайнятті земельної ділянки, сплачувала орендну плату, суд, не закриваючи кримінальне провадження через відсутність ознак діяння та умислу, має врахувати суму сплаченої орендної плати при остаточному визначенні шкоди, завданої самовільним зайняттям земельної ділянки, віднявши її від суми шкоди, вирахованої на підставі Методики від 25 липня 2007 р. Якщо буде встановлено, що в підсумку сума шкоди перевищує 100 НМДГ, то дії суб'єкта повинні бути кваліфіковані за ч. 1 ст. 197-1 КК, якщо ні – суд має закрити кримінальне провадження через відсутність суспільно небезпечних наслідків.

При цьому у справі, розглянутій ККС ВС, інформація про те, що Особа-1 сплачував до бюджету орендну плату чи будь-які інші платежі, відсутня. Єдине, до чого апелював обвинувачений, – це те, що він власними силами провів дискування самовільно зайнятої земельної ділянки, яка протягом останніх років стояла необробленою, та очистив її від сміття і бур'янів. Однак цей факт не може свідчити про необхідність перегляду у бік зменшення шкоди, вирахованої на підставі Методики від 25 липня 2007 р., оскільки зазначені дії Особа-1 здійснив лише для подальшої реалізації своєї злочинної мети – засіювання самовільно зайнятої земельної ділянки соняшником і збирання урожаю (як зазначено у вирокі районного суду, Особа-1 діяв «з метою отримання прибутку від збору сільськогосподарської продукції»). Тому поведінку обвинуваченого немає підстав визнавати суспільно корисною. Нагадаємо й аксіоматичне положення про те, що мотив і мета не впливають на кваліфікацію за ст. 197-1 КК, однак можуть бути враховані при індивідуалізації покарання. Сказане стосується і тієї обставини, що власник (законний володілець) може і не мати наміру чи змоги (як це і мало місце у випадку з КУ «Обласна туберкульозна лікарня») використувати належну йому земельну ділянку.

Отже, аргументація, на яку спирався ККС ВС, ухвалюючи постанову від 12 грудня 2019 р. у справі № 317/885/17, є занадто стислою, поверховою, непереконливою, а загалом такою, що здатна негативним чином вплинути на єдність і стабільність практики застосування ст. 197-1 КК.

Щодо суб'єкта, уповноваженого здійснювати розрахунок шкоди, завданої самовільним зайняттям земельної ділянки. В одній зі справ за ч. 1 ст. 197-1 КК, яка наразі перебуває у ККС ВС (див.: ухвала колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 27 січня 2020 р. у справі № 400/122/18), суди першої та апеляційної інстанцій (вирок Олександрійського міськрайонного суду Кіровоградської області та ухвала Кропивницького апеляційного суду, відповідно) продемонстрували одностайність у частині необхідності виправдання Особи-1 на тій підставі, що стороною обвинувачення розрахунок заподіяних збитків був здійснений не експертом (як цього вимагала редакція відповідної норми Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), чинна на момент проведення розрахунків), а головним спеціалістом Держсільгоспінспекції в Кіровоградській області та старшим державним інспектором сільського господарства Кіровоградської області.

Оцінюючи законність цих судових рішень, треба нагадати, що п. 6 ч. 2 попередньої редакції ст. 242 КПК вимагав від слідчого або прокурора забезпечити проведення експертизи щодо визначення розміру матеріальних збитків, шкоди немайнового характеру, шкоди довікллю, заподіяної кримінальним правопорушенням. Чинна ж редакція цієї процесуальної норми (діє з 17 жовтня 2019 р.) звузила сферу обов'язкового проведення експертизи для визначення розміру матеріальних збитків, обмеживши її випадками, коли потерпілий не може визначити розмір таких збитків і не надав документ, який підтверджує цей розмір.

Об'єднана палата ККС ВС вирішила, що імперативність п. 6 ч. 2 попередньої редакції ст. 242 КПК щодо призначення експертизи у кожному кримінальному провадженні для визначення розміру збитків, завданих кримінальним правопорушенням, мала обмежений характер, оскільки не стосувалась тих випадків, коли предметом злочину є гроші або інші цінні папери, що мають грошовий еквівалент, а також коли розмір матеріальних збитків, шкоди, заподіяних кримінальним правопорушенням, можливо достовірно встановити без спеціальних знань, а достатньо загальновідомих та загальнодоступних знань, проведення простих арифметичних розрахунків для оцінки даних, отриманих за допомогою інших, крім експертизи, джерел доказування. Було також наголошено на тому, що відповідно до положень ст. 5 КПК, яка регулює дію норм кримінального

процесуального закону в часі, процесуальна дія проводиться, а процесуальне рішення приймається згідно із положеннями КПК, чинними на момент початку виконання дії або прийняття такого рішення. Допустимість доказів визначається положеннями КПК, чинними на момент їх отримання (див.: постанова Об'єднаної палати ККС ВС від 25 листопада 2019 р. у справі № 420/1667/18).

Із викладеного, на нашу думку, впливає, що якби справа щодо Особи-1, виправданого за ч. 1 ст. 197-1 КК, розглядалась сьогодні, то слід було виходити з необов'язковості залучення експерта для встановлення розміру завданих обвинуваченим збитків (можна було б обмежитись розрахунками інших фахівців, як це і мало місце в аналізованій ситуації). Оцінюючи ж законність рішень судів першої та апеляційної інстанції, ухвалених щодо Особи-1, треба мати на увазі, що на порушення вимог п. 6 ч. 2 ст. 242 КПК у редакції, чинної на час проведення досудового розслідування і провадження в судах першої та апеляційної інстанцій, сторона обвинувачення не вчинила процесуальних дій із залучення експерта.

Проте, як не парадоксально це звучить, зустрічаються і зворотні ситуації, коли під сумнів ставиться правомірність використання як доказу саме висновку експерта. У цьому аспекті варто пригадати одну зі справ, розглянутих ККС ВС.

Особа-2, обвинувачений у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК, посилаючись на істотне порушення вимог кримінального процесуального закону, просив скасувати вирок суду першої інстанції (див.: вирок Новоодеського районного суду Миколаївської області від 18 квітня 2019 р. у справі № 482/554/17) та ухвалу апеляційного суду (див.: ухвала Миколаївського апеляційного суду від 26 листопада 2019 р. у справі № 482/554/17) і закрити кримінальне провадження на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК, оскільки вважав висновок експерта за результатами проведення судової земельно-технічної експертизи недостовірним доказом. Експерт, який проводив розрахунки для визначення розміру шкоди, на думку обвинуваченого, нібито не мав права використовувати Методику від 25 липня 2007 р., адже такі повноваження належать виключно представникам Держгеокадастру та його територіальних органів. Однак ККС ВС чітко зазначив, що такі твердження скаргника є безпідставними, бо експертизу проведено на підставі матеріалів кримінального провадження, а будь-які законодавчі заборони щодо використання експертом вказаної Методики відсутні (див.: ухвала колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 16 березня 2020 р. у справі № 482/554/17).

Проблема «подвійного інкримінування» ст. 197-1 КК. Накладення кримінальної відповідальності на підставі ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК за самовільне будівництво на самовільно зайнятій земельній ділянці не виключає знесення побудованого самочинно, якщо власник (користувач) земельної ділянки заперечує проти визнання права власності на нерухоме майно за особою, яка здійснила самочинне будівництво на його земельній ділянці, або якщо це порушує права інших осіб. Майно підлягає знесенню особою, яка здійснила (здійснює) самочинне будівництво, або за її рахунок (ч. 4 ст. 376 ЦК). Відповідно до ч. 2 ст. 38 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» за рішенням суду самочинно збудований об'єкт підлягає знесенню з компенсацією витрат, пов'язаних із знесенням об'єкта, за рахунок особи, яка здійснила (здійснює) таке самочинне будівництво. Виконання рішення суду, яке набрало законної сили, щодо знесення самочинно збудованого об'єкта здійснюється відповідно до Закону «Про виконавче провадження».

Недівість зазначених важелів впливу на тих, хто здійснює самовільне будівництво, інколи своїм наслідком має те, що фактично одні і ті ж дії порушників зазнають повторної кримінально-правової оцінки, що змушує з'ясовувати, чи не був у такому разі порушений конституційний принцип *non bis in idem* («не двічі за одне й те саме»), передбачений ст. 61 Конституції України та ч. 1 ст. 4 Протоколу № 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Так, свого часу Слов'янський міськрайонний суд Донецької області встановив, що Особа-1 здійснив самовільне зайняття земельної ділянки особливо цінних земель площею 163 м², яка прилягала до наявного в його власності торговельного павільйону, і здійснив незаконну реконструкцію навісу, збільшивши його розміри. Дії Особи-1 були кваліфіковані за ч. 2 ст. 197-1 і ч. 4 цієї статті КК (див.: вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 27 грудня 2012 р. у справі № 1/0544/776/2012). У 2018 р. Особа-1 знову зазнав кримінальної відповідальності за те, що здійснив будівництво споруди навісу та реконструкцію все тієї ж будівлі торговельного павільйону шляхом добудови другого поверху. Причому дії Особи-1 цього разу

були кваліфіковані лише за ч. 4 ст. 197-1 КК (див.: вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 30 листопада 2018 р. у справі № 243/6230/17). З цим рішенням, правомірність якого підтвердив Донецький апеляційний суд (див.: ухвала Донецького апеляційного суду від 20 березня 2019 р. у справі № 243/6230/17), Особа-1 не погодився, оскарживши ухвалений щодо нього вирок до ККС ВС. Свою скаргу Особа-1 мотивував, серед іншого, тим, що вироком від 27 грудня 2012 р. він уже засуджувався за самовільне зайняття земельної ділянки особливо цінних земель, а вироком від 30 листопада 2018 р. за ці самі дії його засуджено вдруге. ККС ВС, однак, підтвердив законність та обґрунтованість рішень судів попередніх інстанцій (див.: постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 17 жовтня 2019 р. у справі № 263/6230/17), пославшись на низку аргументів. Проаналізуємо їх.

У своїй постанові ККС ВС, вказавши на результати перевірки дотримання вимог у сфері містобудівної діяльності, будівельних норм, державних стандартів і правил (акт від 10 листопада 2016 р.), визнав встановленим те, що за відповідною адресою виконувались будівельні роботи з реконструкції приміщення торговельного павільйону (роботи із кладки стін другого поверху, з улаштування покрівлі та штукатурки стін) без реєстрації декларації про початок виконання будівельних робіт, а це є порушенням п. 2 ч. 1 ст. 34, ч. 1 ст. 36 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності». Самовільне будівництво на самовільно зайнятій ділянці полягає у веденні будівельних, монтажних робіт, направлених на зведення нових споруд, або реконструкцію, реставрацію, впорядкування, капітальний ремонт вже існуючих об'єктів, розширення або їх технічне переоснащення. Обов'язковою умовою складу злочину, наголосив ККС ВС, є відсутність дозвільної документації відповідних органів контролю (нагляду). Насправді, з огляду на зміст ч. 1 ст. 376 ЦК «Самочинне будівництво», неточно пов'язувати самовільність будівництва лише з відсутністю дозволу уповноважених державних органів.

Як бачимо, у своєму рішенні ККС ВС, реагуючи на відповідне твердження Особи-1 в його касаційній скарзі, услід за судами першої та апеляційної інстанцій значну увагу привернув до того, що Особа-1 здійснював будівництво другого поверху відповідної будівлі і що це будівництво відбувалось без належної дозвільної документації. Натомість ми вважаємо, що з погляду встановлення в діях Особи-1 ознак складу злочину, передбаченого інкримінованою йому ч. 4 ст. 197-1 КК, ці обставини не мали вирішального (щоб не сказати – жодного) значення.

Справді, із ст. 1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», ст. 5 і ст. 9 Закону «Про архітектурну діяльність» випливає, що під будівництвом слід розуміти: 1) нове будівництво, 2) реконструкцію, 3) реставрацію; 4) капітальний ремонт об'єктів будівництва. Поняття будівництва охоплює комплекс проектно-пошукових, дослідницьких і підготовчих робіт, власне будівельних робіт, робіт з монтажу обладнання, а так само допоміжних робіт. З іншого боку, очевидно, що, виконання суб'єктом інших (крім нового будівництва) робіт, передбачених регулятивним законодавством як складові поняття «будівництво», навряд чи може створити додаткові перешкоди власнику земельної ділянки щодо реалізації його законних прав і, відповідно, розцінюватись як обставина, яка свідчить про підвищену суспільну небезпеку здійсненого до цього самовільного зайняття земельної ділянки.

Також у ч. 4 ст. 34 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» уточнюється, що реконструкція, реставрація або капітальний ремонт об'єктів будівництва без зміни зовнішніх геометричних розмірів їхніх фундаментів можуть здійснюватись за відсутності документа, що засвідчує право власності (користування) земельною ділянкою. Аналогічне положення зустрічаємо і в Порядку виконання підготовчих та будівельних робіт, затв. постановою КМУ від 13 квітня 2011 р. № 466 (в ред. постанови КМУ від 26 серпня 2015 р. № 747). З огляду на ці нормативні приписи, В. Захарчук робить висновок про те, що при притягненні винної особи до кримінальної відповідальності за ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК будівництво потрібно розглядати лише як спорудження нового об'єкта (див.: Захарчук В. М. Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво за кримінальним правом України: монографія. Хмельницький, 2015. С. 106). На нашу думку, таке (обмежувальне) тлумачення поняття «будівництво», з огляду на вказане законодавче застереження, має стосуватись лише тих випадків, коли внаслідок реконструкції, реставрації або капітального ремонту об'єктів будівництва не змінюються зовнішні геометричні розміри їхніх фундаментів.

Тут доречно пригадати й одне з рішень Великої Палати Верховного Суду. Остання, з'ясувавши, що відповідач здійснював капітальний ремонт вже існуючої споруди, який полягав в утепленні стін та даху без зміни площі та конфігурації забудови, зробила висновок про правильність позиції суду апеляційної інстанції, згідно з якою позивач не довів ні наміру забудови в розумінні Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», ні фактичної забудови земельної ділянки внаслідок здійсненого відповідачем капітального ремонту майданчика для відпочинку (див.: постанова Великої Палати Верховного Суду від 8 жовтня 2019 р. у справі № 911/594/18).

У розглядуваній же ситуації необхідно враховувати і те, що рішенням Слов'янського міськрайонного суду від 25 березня 2008 р. за Особою-1 було визнане право власності на відповідний торговельний павільйон. Звідси випливає, що навіть за умови доведення факту здійснення Особою-1 будівництва другого поверху належного йому торговельного павільйону без належної документації підстав для інкримінування ч. 4 ст. 197-1 КК не було через відсутність об'єкта злочину, передбаченого цією нормою КК, – правовідносин власності на землю. Чинна редакція ст. 197-1 КК наголошує на тому, що ключовим є саме самовільне зайняття земельної ділянки; інакше кажучи, поняття кримінально караного самовільного будівництва має специфіку, яка полягає в його поєднанні із самовільним зайняттям земельної ділянки. Самовільне будівництво нерозривно пов'язане з порушенням прав на землю і свідчить про більшу небезпеку діяння, караного за ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК: особа, яка його вчиняє, ставить себе на місце власника (землекористувача), реалізуючи право останнього на забудову земельної ділянки.

Отже, саме по собі здійснення Особою-1 добудови другого поверху торговельного павільйону, як і улаштування покрівлі та штукатурки стін, якщо при цьому не змінювались зовнішні геометричні розміри фундаменту будівлі, не може вважатись будівництвом у сенсі, передбаченому ч. 4 ст. 197-1 КК, а відтак слугувати підставою для інкримінування цієї кримінально-правової заборони. Беручи до уваги положення ДБН А.2.2-3: 2014 «Склад та зміст проектної документації на будівництво», такі дії мають розцінюватись як реконструкція (про неї, до речі, і згадується у судових рішеннях, винесених щодо Особи-1), яка передбачає повне або часткове збереження елементів несучих і огорожувальних конструкцій. Здійснення реконструкції без дозвільної документації має кваліфікуватись за ст. 97 КУпАП або (за наявності підстав) ст. 356 КК.

Натомість при кваліфікації дій за ст. 197-1 КК головним є встановлення факту самовільного зайняття земельної ділянки. Адже відповідно до положень регулятивного законодавства особи, які здійснили самовільне зайняття земельної ділянки, за жодних умов не можуть отримати законний дозвіл на виконання будівельних робіт на ній: у таких осіб немає підстав для отримання правовстановлюючих документів на земельну ділянку, за відсутності яких є неможливим й отримання дозволу на будівництво. Через це в ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК не було необхідності наголосувати на самовільності будівництва, бо будівництво на самовільно зайнятій земельній ділянці в будь-якому разі вважається самовільним.

В аналізованій постанові ККС ВС зазначається, що після постановлення попереднього вироку Особою-1 виконано роботи з обкладання шлакоблоком існуючої будівлі торговельного павільйону, замість навісу влаштовано фундамент і зведено стіни прибудови до торговельного павільйону. Повторимо, що зроблене вище застереження в частині обмежувального тлумачення поняття «будівництво» стосується лише випадків, коли не змінюються зовнішні геометричні розміри фундаментів об'єктів будівництва. Інакше дії особи можуть кваліфікуватись за ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК, що й мало місце у розглядуваній ситуації.

Щоправда, текст постанови ККС ВС не дозволяє дати однозначну відповідь на питання, від вирішення якого головним чином і залежатиме оцінка цього судового рішення на предмет порушення/дотримання принципу *non bis in idem*, – де саме було влаштовано фундамент: або замість навісу на території, яка входила до площі земельної ділянки, самовільному зайняттю якої суд ще у 2012 р. дав кримінально-правову оцінку; або на «новій» території, яка прилягає до раніше самовільно зайнятої земельної ділянки. Вивчення не лише постанови ККС ВС, в якій використовується формулювання «замість навісу влаштовано фундамент», а й ухвали Донецького апеляційного суду, в якій зазначається, що «замість навісу літ «Б» (згідно плану КП «БТІ») було влаштовано фундамент», схиляє до думки про те, що будівництво відбувалось переважно на зайнятій раніше земельній ділянці, але площа останньої під час будівництва все ж збільшилась.

На цій обставині (фактично єдиній, що підтверджує наявність у діях Особи-1 складу інкримінованого йому злочину) наголошує і ККС ВС: «...вироком Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 27 грудня 2012 р. Особу-1 засуджено за самовільне зайняття земельної ділянки особливо цінних земель, при цьому площа такої земельної ділянки станом на 2009 р. складала 0,0188 га. Відповідно ж до контрольного заміру від 11 травня 2017 р. площа зайнятої території складала вже 0,0224 га. Тобто різниця площ зайнятої території складає 0,0036 га». Принагідно зауважимо, що, визнавши Особу-1 винним у вчиненні самовільного будівництва на самовільно зайнятій земельній ділянці площею саме 0,0224 га, Слов'янський міськрайонний суд Донецької області (вирок від 30 листопада 2018 р.) щонайменше некоректно (з порушенням принципу *pop bis in idem*) сформулював обвинувачення, на що ККС ВС не відреагував.

Деякі інші проблеми застосування і вдосконалення ст. 197-1 КК. Кваліфікація вчиненого Особою-1 за ч. 4 ст. 197-1 КК, з якою *de lege lata* варто погодитись, водночас спонукає висловити декілька критичних міркувань, пов'язаних як з оцінкою правомірності постанови ККС ВС, так і з наявністю вад чинного кримінального закону.

По-перше, постає питання, чому, встановивши факт самовільного зайняття земельної ділянки особливо цінних земель, на якій відбулось будівництво, суд першої інстанції (з чим погодились апеляційний суд і ККС ВС) кваліфікував такі дії лише за ч. 4 ст. 197-1 КК. Адже якщо користування самовільно зайнятою земельною ділянкою набуває вигляду самовільного будівництва на ній будівлі чи споруди, то дії винного (за наявності підстав) треба кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 197-1 і ч. 3 цієї статті КК (або, як у розглядуваному випадку, ч. 2 ст. 197-1 і ч. 4 цієї статті КК): у такій ситуації має місце сукупність злочинів, утворена діяннями, передбаченими різними частинами однієї статті Особливої частини КК (див. ч. 1 ст. 33 КК). До речі, у 2012 р. подібні дії Особи-1 Слов'янський міськрайонний суд Донецької області виправдано кваліфікував за вказаною сукупністю злочинів. Тому ми не поділяємо сформульований в аналізованій постанові ККС ВС висновок про правильність кваліфікації дій Особи-1 лише за ч. 4 ст. 197-1 КК.

Щоправда, ККС ВС при викладенні цього висновку зробив важливе застереження, використавши зворот «з урахуванням обсягу висунутого обвинувачення». Річ у тім, що оцінка правомірності судових рішень, ухвалених щодо Особи-1, залежать від того, під яким кутом (матеріальним чи процесуальним) вони розглядаються. Згідно зі ст. 337 КПК судовий розгляд проводиться лише в межах висунутого обвинувачення відповідно до обвинувального акта, крім двох винятків: 1) коли обвинувачення змінює прокурор; 2) якщо зміна правової кваліфікації кримінального правопорушення покращує становище особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження. У нашому випадку прокурор не наполягав на зміні обвинувачення; самостійна ж зміна кваліфікації судом призвела б до погіршення становища підсудного. Тому суди не були правомочними виходити за межі висунутого обвинувачення, кваліфікуючи аналізовані дії Особи-1 ще й за ч. 2 ст. 197-1 КК. Отже, відповідальність за неточну кримінально-правову оцінку скоєного Особою-1 у вказаній частині слід покласти не на суддів, а на прокурора та орган досудового розслідування.

По-друге, не заперечуючи у цьому випадку наявності формальних підстав для інкримінування Особи-1 ч. 4 ст. 197-1 КК, вважаємо, що обставини справи (нагадаємо, що площа самовільно зайнятої земельної ділянки становила 36 м²) уможливили розгляд дій підсудного на предмет визнання їх малозначними. За будь-якого ставлення до цього законодавчого припису ч. 2 ст. 11 КК може розцінюватись як правовий засіб подолання надмірної криміналізації. Сформулюємо чергове риторичне запитання: чи був насправді сенс повторно відкривати щодо Особи-1 кримінальне провадження за ч. 4 ст. 197-1 КК замість того, щоб «закликати його до порядку» за допомогою згаданих вище некримінально-правових важелів впливу, передбачених чинним законодавством і покликаних реагувати на випадки самовільного будівництва? Для порівняння: в одній зі справ ККС ВС підтвердив правомірність застосування ст. 45 КК «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям» щодо суб'єкта, який самовільно зайняв земельні ділянки загальною площею понад 117 га, засіявши їх сільськогосподарськими зерновими культурами (див.: постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 27 червня 2019 р. у справі № 448/923/18).

Взагалі ж наявність проаналізованого казусу щодо Особи-1, як і інших подібних випадків із судової практики, коли за ч. 2 (ч. 4) ст. 197-1 КК кваліфікувались дії осіб, які самовільно займали земельні ділянки, належні до земель зі специфічним правовим режимом, площею 0,0025 га, 0,0006 га, 0,0009 га, 0,0008 га, 0,0029 га, 0,0062 га, 0,0099 га тощо, спонукає пригадати вчення про криміналізацію. На підставі вивчення матеріалів правозастосовної практики нами встановлено, що середній розмір шкоди, яка завдається внаслідок вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 197-1 КК, є приблизно в 10 разів вищим, ніж аналогічний показник, який фіксується при вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 197-1 КК (у випадку з охоронними зонами – в 30 разів). З огляду на зміст основного безпосереднього об'єкта самовільного зайняття земельної ділянки, ступінь «порушваності» якого (суспільна небезпека злочину) передусім визначається розміром заподіяної шкоди, таку ситуацію не можна визнати ні логічною, ні справедливою. Якщо внаслідок вчинення самовільного зайняття земель з особливим правовим режимом спричинено (як це встановлено у деяких кримінальних провадженнях, відкритих за ч. 2 (ч. 4) ст. 197-1 КК) шкоду на суму 28 грн., 50 грн., 85 грн. чи 91 грн. тощо, то хіба можна стверджувати, що правовідносинам власності завдано шкоди, достатньої для визнання діяння кримінально караним?

На безпідставність криміналізації відповідних проявів самовільного зайняття землі фактично вказує і практика застосування ч. 2 (ч. 4) ст. 197-1 КК. Аналіз останньої засвідчує, що лише в одиничних випадках суб'єктам, визнаним винними у вчиненні самовільного зайняття земельної ділянки і самовільного будівництва, призначається «реальне» покарання. Зазвичай порушники земельного законодавства звільняються або від відбування призначеного покарання, або від кримінальної відповідальності (до Особи-1, до речі, також була застосована ст. 75 КК). Тобто не маючи можливості – згідно з принципом розподілу влади – впливати на процес законотворчості, представники суддівського корпусу вдаються до опосередкованого виправлення законодавчих вад.

З огляду на викладені аргументи, пропонуємо сконструювати всі кваліфіковані склади злочинів, передбачених ст. 197-1 КК, як матеріальні. До речі, цей крок не позначиться негативним чином на кримінально-правовій охороні встановленого порядку охорони земель зі спеціальним правовим режимом. При самовільному зайнятті земельних ділянок, вказаних у ч. 2 ст. 197-1 КК, у багатьох випадках (наприклад, у разі самовільного зайняття об'єктів природно-заповідного фонду) має застосовуватись коефіцієнт функціонального використання земель, передбачений у додатках до Методики від 25 липня 2007 р., який при обчисленні шкоди, завданої самовільним зайняттям земельної ділянки, автоматично збільшуватиме її розмір. Тобто для настання кримінальної відповідальності за самовільне зайняття земельної ділянки з особливим правовим режимом (за однаковості інших обставин) достатньо самовільно зайняти земельну ділянку меншого розміру, ніж це необхідно для визнання кримінально караним самовільного зайняття «звичайної» земельної ділянки.

Завершити наш аналіз матеріалів судової практики вважаємо за доречне висловлюванням В. Борисова про те, що завдання законодавця – сформулювати заборону в кримінальному законі таким чином, щоб кожен суб'єкт охоронюваних ним суспільних відносин міг її (заборону) сприйняти та витримувати свою поведінку відповідно до правових приписів.

Вести мову про задовільне виконання цього завдання стосовно ст. 197-1 КК, на жаль, поки що не доводиться. Якщо в нюансах кримінально-правової характеристики самовільного зайняття земельної ділянки і самовільного будівництва інколи плутаються навіть судді ККС ВС, а пропонуване ними тлумачення ст. 197-1 КК частково не може не сприйматись критично (ми чудово розуміємо, що і наші міркування як вчених декому так само можуть видатись не безспірними), то якість кримінального закону, присвяченого самовільному зайняттю земельної ділянки та самовільному будівництву, слід визнати неналежною. Відтак ця кримінально-правова заборона потребує докладання кваліфікованих зусиль Робочої групи, яка опікується розробленням проекту нового КК (сподіваємось, що здобутки науки не залишаться поза її увагою), а згодом законодавця.

Скасування мораторію на обіг земель сільськогосподарського призначення – чи готовий до цього закон України про кримінальну відповідальність?¹⁸

Відповідно до ч. 1 ст. 14 Конституції України земля є основним національним багатством, яке перебуває під особливою охороною держави. Закріплення цього засадничого положення зумовлено тим, що створення ВВП нашої держави базується передусім на використанні природного ресурсного потенціалу землі, її сільськогосподарських угідь, територіального простору в межах кордонів [26, с. 125]. Україна – аграрна держава з (поки що) найціннішими у світі еталонними ґрунтами. Тож сільське господарство (й особливо за умов глобальної продовольчої кризи) як один із пріоритетних секторів національної економіки має великий потенціал для розвитку.

Зауважимо, що при ухваленні Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 р. (далі – ЗК України) було встановлено специфічний правовий режим земель саме сільськогосподарського призначення, одним із ключових елементів якого став так званий мораторій на їхню купівлю-продаж (далі – мораторій). У ставленні до нього вітчизняні політики, соціум й експертне середовище розділились на декілька таборів, представники яких оцінювали мораторій діаметрально протилежно – від чи не єдиного запобіжника у «зраді національних інтересів» і «втраті останнього ліквідного активу держави» і аж до чинника, який «суперечить усім принципам ринкової економіки», «не дозволяє власникам повноцінно розпоряджатися своїми земельними ділянками» та «блокує (гальмує) повноцінне залучення інвестицій і зростання продуктивності праці в сільському господарстві». Серед іншого супротивники мораторію вказували на те, що ринок аграрних земель фактично діє, працюючи через «сірі» схеми, наслідками чого є незахищеність продавців і покупців, а також несправедливість ціни на землю. Мораторій зловмисники обходять у різний спосіб: змінюють цільове призначення землі для подальшого продажу; продають корпоративні права підприємств, які укладали договори оренди; оформляють договір оренди на 50 років і більше; створюють фіктивний борг у людини, щоб через суд конфіскувати земельний пай, тощо [27; 31, с. 140–146; 33; 37].

Ще в 2014 р., за інформацією Б. М. Головкина (B. M. Holovkin), експерти оцінювали тінювий обіг земельних ділянок на суму в понад 800 млрд грн, що більше ніж у 60 разів перевищило надходження до бюджету від продажу земельних ділянок і прав оренди. Вчений констатував, що під прикриттям невеликої частки легального ринку обігу земельних ділянок в Україні функціонує повномасштабний тінювий ринок із значною кримінальною складовою [4, с. 271]. Інколи стверджується, що існування мораторію «не завадило ділкам в обхід чинного законодавства вивести із державної власності майже половину земель сільськогосподарського призначення» [42, с. 67–68]. Нещодавно оновлене керівництво Держгеокадастру у черговий раз підтвердило як існування масштабного тінювого обігу земель, так і пов'язану з цим систематичну практику зловживання правом безоплатної приватизації земельних ділянок [10].

31 березня 2020 р., не в останню чергу через тривалі і наполегливі заклики міжнародних кредиторів, Верховна Рада України (далі – ВРУ) ухвалила Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення» [29] (далі – Закон від 31 березня 2020 р.). Незважаючи на свій відносно невеликий обсяг і, так би мовити, малопомітну (буденну) назву, цей Закон здатен претендувати на входження до кола найбільш знакових в історії правотворчості незалежної України, адже його ухвалення, призвівши до скасування мораторію, надає «зелене світло» для поступового запуску в Україні більш-менш повноцінного ринку аграрних земель. При цьому навіть найбільш послідовні його прихильники погоджуються з тим, що сфера обігу земельних ділянок є однією з найбільш корумпованих, а діяльність органів влади, які реалізують державну політику у цій сфері суспільних відносин, переважно асоціюється з величезними сумами хабарів і різноманітними схемами. За таких обставин очевидно, що скасування мораторію не лише призведе до тих позитивних результатів, на які сподіваються розробники Закону від 31 березня 2020 р., а й матиме своїм наслідком збільшення

¹⁸ Стаття написана у співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Проблеми законності. 2020. № 4. С. 120–139.

кількості зловживань із землею. Постає питання, чи готовий до викликів, пов'язаних зі скасуванням мораторію, чинний закон України про кримінальну відповідальність.

Як слушно зазначає В. І. Шаkun (V. I. Shakun), кримінальне право має передбачати можливі злочини, давати рекомендації законодавцю щодо своєчасного встановлення кримінальної відповідальності за діяння, які у найближчому або віддаленому майбутньому слід визнати злочинами (прогностична функція) [39, с. 11]. Незважаючи на те, що роль кримінального закону у регулюванні ринку земель сільськогосподарського призначення і забезпеченні пов'язаних з його запровадженням суспільно значущих трансформацій є похідною і допоміжною, представники доктрини, покликаної виконувати і згадану прогностичну функцію, не можуть поводити себе пасивно і не задумуватись над перспективами кримінально-правового реагування на відповідні зловживання.

Окремі аспекти розглядуваної тематики досліджували, зокрема, такі вітчизняні науковці, як Б. М. Головкін (B. M. Holovkin), А. М. Ізовіта (A. M. Izovita), Т. Б. Саркісова (T. B. Sarkisova), А. М. Шульга (A. M. Shulga). Один з авторів цих рядків раніше зробив висновок про достатність наявних кримінально-правових важелів впливу на пов'язані з феноменом рейдерства реєстраційні зловживання [12, с. 129–146], предметом яких нерідко виступають земельні ділянки (причому не лише сільськогосподарського призначення). Водночас незначна кількість робіт, присвячених поставленій проблемі, у поєднанні з тим, що переважна їх більшість була опублікована ще до скасування мораторію, дозволяє стверджувати, що у вітчизняній доктрині проблема кримінально-правової оцінки ймовірних «ринкових» земельних зловживань належить до числа недостатньо досліджених. Своєчасність звернення до цієї проблеми посилюється й у зв'язку із триваючою роботою над проектом нового КК України.

Зважаючи на сказане, метою статті є отримання науково обґрунтованої відповіді на питання, чи потребує кримінальний закон України змін у зв'язку зі скасуванням мораторію й очікуваним (з 1 липня 2021 р.) відкриттям ринку земель сільськогосподарського призначення.

Почати вважаємо за доцільне з термінологічного питання – про позначення зловживань, які, вочевидь, потребуватимуть кримінально-правової оцінки.

Незважаючи на наявність деяких спільних ознак, більшість фахівців не ототожнює поняття «обіг земельних ділянок» (вживається у тексті Закону від 31 березня 2020 р.) і «ринок земель» (неодноразово використовувалось у супровідних документах до відповідного законопроекту). Так, В. М. Кваша (V. M. Kvasha) зазначає, що поняття «земельний обіг» є ширшим, ніж поняття «ринок земель», в якому основним критерієм є грошовий еквівалент. Перше з цих понять як загальне і комплексне охоплює всі форми переходу права власності на землю, характеризує всю систему обігу земельних ресурсів [17, с. 168]. О. В. Зубрицький (O. V. Zubrytskyi) наголошує на тому, що ринок земель як одна з форм обігу земель діє на підставі двосторонніх правочинів. Водночас «обіг земель» є сукупністю відносин із приводу переходу прав на земельні ділянки в усіх формах і з будь-яких можливих підстав [14, с. 152]. І. В. Юрченко (I. V. Yurchenko) так само резюмує, що поняття «обіг земель» є ширшим за поняття «ринок земель» при тому, що вони є взаємопов'язаними [41, с. 76]. «Ринок землі – це одна зі складових обігу земельних ділянок, їх купівля-продаж відповідно до об'єктивних економічних законів ринку. Всі інші операції виходять за межі ринку земельних ділянок» [24, с. 72]. Не заперечуючи істинності наведених суджень, деякі дослідники висловлюють конструктивну думку про те, що поняття земельного обігу є методологічною основою для поняття і суті ринку земель [34, с. 69]. При цьому, наприклад, С. І. Хом'яченко (S. I. Khomyachenko) виступає за виділення у рамках земельного обігу адміністративного обігу, цивільно-правового обігу, а також ринкового обігу земельних ділянок, який передбачає перехід прав на землю від однієї особи до іншої на підставі системи цивільних правочинів, обов'язковою складовою яких є договір купівлі-продажу [38, с. 227]. Подібним чином висловлюється Р. М. Ступень (R. M. Stupen), який наголошує на неправильності ототожнення економічного поняття «ринок» та юридичного поняття «обіг». Земельний обіг є основою ринку, проте реалізація угод із землею (ринкових чи позаринкових) ще не доводить наявності повноцінного ринку [35, с. 108].

Враховуючи зазначене, зробимо проміжний висновок про те, що з методологічної точки зору при аналізі відповідних деліктів коректніше оперувати не доволі розповсюдженим в юридичній

літературі зворотом «зловживання на ринку землі», а словосполученням «зловживання у сфері обігу земельних ділянок».

Свого часу В. В. Кунц (V. V. Kunts) справедливо зазначив, що перехід до ринкових відносин в економіці активізує процеси, які складають сприятливий ґрунт для зростання злочинності у сфері обігу земельних ділянок [21, с. 125]. У зв'язку з цим відповідне питання набуло особливої значущості після проголошення Україною незалежності і скасування державної монополії на право власності на землю, яка виступала одним з основних атрибутів усіх етапів розвитку радянської державності. Закономірно, що питання про кримінальну відповідальність за зловживання у сфері обігу земельних ділянок постало перед розробниками проєкту чинного КК України.

Так, під час обговорення підготовленого робочою групою КМУ законопроєкту, який зрештою був взятий за основу при ухваленні КК України від 5 квітня 2001 р. (далі – проєкт КК № 1029), одним із комітетів ВРУ рекомендувалось доповнити цей документ статтею «Незаконні угоди щодо землі», яка б передбачала відповідальність за незаконні угоди щодо землі, якщо це призвело до втрати або погіршення родючості значних земельних ділянок, неможливості їх використання протягом тривалого часу за цільовим призначенням, а також за самостійне захоплення землі, вчинене після накладення за ті ж дії адміністративного стягнення. У ч. 2 проєктованої статті йшлося про ті самі дії, поєднані з використанням хімічних чи інших небезпечних для людини або довкілля способів впливу на ґрунт.

З цього приводу поставало щонайменше два питання: 1) яким є причинний зв'язок між укладенням незаконних угод із землею, з одного боку, і втратою родючості земельних ділянок, неможливістю їх використання за цільовим призначенням і самостійним захопленням землі, з іншого; 2) яким чином незаконна угода щодо землі може поєднуватись із використанням хімічних або інших небезпечних для людини або довкілля способів впливу на ґрунт? Крім того, залишалось незрозумілим, що саме слід було визнавати значними земельними ділянками, тривалим часом тощо. З огляду на ці та інші вади змістовного і технічного характеру, факт відхилення відповідної законодавчої ініціативи слід оцінити схвально.

Розробниками альтернативного проєкту КК України, підготовленого авторським колективом на чолі з В. М. Смітєнком (V. M. Smitienko) (далі – проєкт КК № 1029-1), пропонувалось встановити відповідальність за такі дії, як незаконний вплив на представницький орган чи орган виконавчої влади, що спричинив незаконну передачу землі у відання або власність фізичних чи юридичних осіб з іншою формою власності (ч. 2 ст. 222), і реєстрація незаконних угод із землею (ст. 298). Вочевидь, що в другій із названих норм (інших подібних нормах) мало б йтись про реєстрацію угод (наразі правочинів) не із «землею», а із «земельною ділянкою». Маємо зазначити і те, що вказівка у назві проєктованої ст. 298 на реєстрацію незаконних угод із землею не була випадковою, адже із середини 1990-х рр. у національній правовій доктрині цей термінологічний зворот все частіше використовувався для позначення зловживань, учинюваних у процесі переходу прав на земельні ділянки. Наявність такої тенденції ми пов'язуємо із логічним на той час прагненням вітчизняних фахівців (включаючи розробників проєкту КК № 1029-1) враховувати відповідний іноземний досвід, зокрема країн СНД: законодавством деяких із цих країн до кримінально караних віднесено таке земельне правопорушення, як незаконна реєстрація угод із землею (ст. 191 КК Азербайджану, ст. 191 КК Грузії, ст. 170 КК РФ (з 2015 р. – із нерухомим майном), ст. 261 КК Таджикистану, ст. 179 КК Киргизії 1997 р. (втратив чинність з 1 січня 2019 р.)).

Перш, ніж перейти до аналізу змісту вказаних норм, хотілося б привернути увагу до того, що як на думку парламентаріїв перерахованих країн, так і на переконання розробників проєкту КК № 1029-1 відповідна заборона мала б розміщуватись серед норм про злочини у сфері економічної діяльності. Нагадаємо, що у проєкті КК № 1029-1 відповідний структурний підрозділ Особливої частини (глава 29) мав назву «Карані діяння проти порядку здійснення підприємницької та іншої економічної діяльності». До слова, виступаючи з ініціативою щодо доповнення чинного КК України нормою про реєстрацію незаконних правочинів із землею, А. М. Ізовіта (A. M. Izovita) також вважає за доцільне розташувати таку нову заборону в розділі VII Особливої частини КК України «Злочини у сфері господарської діяльності» [16, с. 16–17].

На наш погляд, законодавча оцінка відповідних суспільно небезпечних проявів як посягань на економічний лад держави не є безспірною. Зазначені делікти передусім порушують інтере-

си служби (основний безпосередній об'єкт), а вже згодом – встановлений порядок господарської діяльності (додатковий об'єкт). Зроблений висновок впливає як із законодавчої вказівки на спеціального суб'єкта – службову особу, яка вчиняє відповідні діяння з використанням свого службового становища, так і з самого змісту діянь, описаних у диспозиціях відповідних кримінально-правових норм.

Сумнів у правильності розміщення норми про незаконну реєстрацію угод із землею (а нею охоплюється, наприклад, реєстрація угоди з продажу земельної ділянки зі складу земель сільськогосподарського призначення, вчиненої з порушенням переважного права купівлі) у главі 22 КК РФ «Злочини у сфері економічної діяльності» висловлюють і деякі науковці. Так, знаний дослідник проблематики кримінально-правової охорони економічної діяльності І. А. Клепицький (І. А. Klepitskiy) резонно зазначає, що ст. 170 КК РФ розташована у вказаній главі безпідставно, оскільки реєстрація незаконних угод із землею та інші діяння, зазначені в цій статті, тягнуть відповідальність незалежно від того, чи пов'язані вони з підприємницькою чи іншою економічною діяльністю осіб, котрі їх вчинили. Вчений переконаний у тому, що цей злочин є посадовим, місце норми про який – у главі 30 КК РФ «Злочини проти державної влади, інтересів державної служби та служби в органах місцевого самоврядування» [18, с. 509]. Н. О. Лопашенко (N. O. Lopashenko), хоч і не підтримує такий крок із прагматичних міркувань (через усталеність правозастосовних підходів), висловлюється з цього приводу вельми красномовно: законодавець у випадку із включенням до КК РФ ст. 170 пішов шляхом виокремлення спеціального складу злочину в певній вузькій сфері, що може призвести (якщо дотримуватись цього принципу і надалі) і вже призводить до безмежного розширення криміналізації за рахунок виділення спеціальних складів [23, с. 486–487]. М. М. Олексієнко (M. M. Oleksienko) так само пише, що всі передбачені ст. 170 КК РФ склади злочинів мають однаковий об'єкт посягання у вигляді управлінських земельних відносин [1, с. 10–11].

Погоджуючись із наведеною аргументацією, констатуємо, що навіть за умови отримання ствердної відповіді на питання про доцільність доповнення КК України відповідним аналогом – нормою про «реєстрацію незаконних угод із землею», вона мала б розміщуватись не в розділі VII, а в розділі XVII Особливої частини «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг». Але чи є потреба у прийнятті такого рішення? Для відповіді на поставлене питання найперше варто проаналізувати суть тих діянь, кримінальну відповідальність за які пропонується (пропонувалось) запровадити. Це слід зробити для того, щоб з'ясувати, чи не відбудеться у цьому разі порушення такого системно-правового принципу криміналізації, як принцип відсутності прогалін у законі і ненадмірності заборони.

За винятком незначних редакційних уточнень зміст як об'єктивних, так і суб'єктивних ознак відповідних складів злочинів можна вважати ідентичним; спільним як для ст. 298 (проект КК № 1029-1), так і для згаданих зарубіжних аналогів є те, що в них: 1) ознаки об'єктивної сторони описуються за допомогою вказівки на три альтернативні форми злочинного діяння: а) реєстрація завідомо незаконних угод із землею; б) перекручення облікових даних Державного земельного кадастру; в) умисне заниження розмірів платежів за землею; 2) обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони виступає корисливий мотив або інша особиста зацікавленість; 3) спеціальним суб'єктом визнається посадова особа (у проекті КК № 1029-1 – публічна посадова особа), яка вчиняє зазначені протиправні діяння з використанням свого службового становища.

Проаналізувавши ці особливості, зазначимо, що тут фактично йдеться про певні різновиди таких вже передбачених КК України складів кримінальних правопорушень, як зловживання владою або службовим становищем (ст. 364), зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2), і службове підроблення (ст. 366). Так, єдиною відмінністю між первинною редакцією ст. 364 КК України і ст. 298 проекту КК № 1029-1 є те, що в останній не передбачалось такої умови настання кримінальної відповідальності, як завдання істотної шкоди. Щоправда, розробники проекту КК № 1029-1 і склад «зловживання владою, перевищення чи бездіяльність влади» пропонували сконструювати як формальний (ст. 352).

Указуючи на те, що каране за ст. 197-1 КК України самовільне зайняття земельної ділянки слід відрізнити від порушення порядку надання земельної ділянки у власність чи в користування

(неправильне оформлення правовстановлюючого документа, ухвалення рішення про надання земельної ділянки всупереч чинному законодавству або не уповноваженим органом чи особою, у завищеному розмірі або особі, яка не має права на отримання конкретної земельної ділянки, тощо), автори цих рядків свого часу відзначали, що такі зловживання можуть кваліфікуватись за нормами КК про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності. Констатували ми відсутність самовільного зайняття земельної ділянки і в тому випадку, коли рішення державного органу (органу місцевого самоврядування) про передачу земельної ділянки у власність або надання її у користування ухвалювалось внаслідок давання-одержання неправомірної вигоди. Кримінально-правову оцінку вчиненому пропонувалось давати знову ж із посиланням на норми КК України про відповідальність за злочини у сфері службової діяльності (зокрема, про співучасть у таких злочинах) [11, с. 251–252].

Отже, відповідь на поставлене вище запитання має бути негативною, адже в чинному кримінальному законодавстві України існує низка норм, за допомогою яких кримінально-правове реагування на описані вище ситуації може здійснюватись вже сьогодні. Цей висновок підтверджується і зверненням до матеріалів конкретних кримінальних проваджень.

Зокрема, у такій, що набула широкого розголосу, ситуації навколо колишнього Ірпінського міського голови Карплюка правоохоронними органами виявлено факти незаконних: зміни цільового призначення «заплавних» земель сільськогосподарського призначення площею понад 18 га на землі під багатопверхову забудову шляхом: зміни цільового призначення 15 га земель лісгосподарського призначення на землі під багатопверхову забудову; зміни форми власності цих земель. Як наслідок, відкриті кримінальні провадження за ст. 364 КК України [36].

Інший приклад. Судом встановлено, що обвинувачений, будучи головою постійної комісії із земельних питань, вступив у змову із секретарем селищної ради, з яким розробив злочинну схему із заволодіння земельними ділянками рекреаційного призначення на узбережжі Чорного моря. Так, депутат організував отримання цих ділянок підконтрольними йому особами – цивільною дружиною, сестрою і членом духовної організації «Земне та надземне», до якої входив і він сам. Такі дії депутата кваліфіковано за ч. 2 ст. 364 КК України із призначенням йому покарання у виді позбавлення волі строком на 3 роки і заборони обіймати певні посади строком на 1 рік [9].

На увагу заслуговує і той факт, що в деяких випадках кримінально карані зловживання у сфері обігу земельних ділянок на практиці кваліфікуються не лише за нормами про службові делікти, а й за нормами, зосередженими в інших розділах Особливої частини КК України, зокрема розділі VI «Кримінальні правопорушення проти власності».

Наприклад, НАБУ встановило, що впродовж 2013–2014 рр. група суб'єктів ініціювала ухвалення низки рішень, внаслідок чого 15,12 га особливо цінних державних земель перейшли у приватну власність заздалегідь визначених осіб. Рішення про згоду НААН на припинення права постійного користування земельними ділянками ухвалили всупереч вимогам законодавства (статті 149, 150 ЗК України), без погодження із КМУ і без згоди ВРУ. Ці дії обвинувачених, якими були не лише посадовці НААН України та Держземагенства, а й співробітники СБУ, отримали кримінально-правову оцінку з посиланням на ч. 5 ст. 191 і ч. 1 ст. 366 КК України [13].

У випадках, коли особа заволодіває правом на земельну ділянку шляхом шахрайства чи вимагання, її дії можуть кваліфікуватись за ст. 189 або ст. 190 КК України. Винний у шахрайстві або вимаганні у певний спосіб (шляхом обману, погроз чи насильства) отримує (прагне отримати) право на земельну ділянку як різновид нерухомості (ст. 181 Цивільного кодексу України), щодо відчуження якої законом встановлені спеціальні правила. З цього приводу в юридичній літературі справедливо зазначається, що з урахуванням фізичних та юридичних властивостей, притаманних нерухомому майну, його неправомірне придбання можливе в результаті обернення на користь винного або іншої особи тільки шляхом оформлення права на нерухомість. Земельні ділянки, як і інші відокремлені природні ресурси, можуть визнаватись предметом злочинів проти власності тією мірою, якою їх оборот допускається законом, що передбачає вільне здійснення власником права володіння, користування і розпорядження такими об'єктами нерухомості. Знаходження нерухомих речей в одному і тому ж 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 особливо публічного акту,

дозволяє легко встановити власника нерухомості і поновити його порушені права [2, с. 141–150, 157, 162–163; 19, с. 11–19].

Оскільки проєктована норма про реєстрацію незаконних правочинів із земельною ділянкою є (потенційно) спеціальною щодо кримінально-правових норм про зловживання владою (повноваженнями) або службовим становищем та службове підроблення, доречно пригадати розроблені доктриною правила, що визначають доцільність доповнення кримінального закону спеціальною нормою. Не викликає заперечень пропоноване І. З. Сень (I. Z. Sen) розуміння спеціальної кримінально-правової норми як охоронної (заборонної) кримінально-правової норми, яка є похідною від загальної та виокремлюється в результаті диференціації кримінальної відповідальності з метою зміни способу (в окремих випадках і зміни меж) регулювання певного виду суспільних відносин [32, с. 88]. Подібним чином висловлюються: В. О. Навроцький (V. O. Navrotskiy), який головною причиною виділення спеціальних норм називає прагнення законодавця диференціювати кримінальну відповідальність – посилити чи пом'якшити її порівняно з тією, що встановлена в загальних нормах, або взагалі декриміналізувати діяння, прямо не передбачені спеціальними нормами [25, с. 417]; О. П. Горох (O. P. Gorokh), на переконання якого найчастіше мотивами створення спеціальної норми є істотна відмінність характеру і ступеня суспільної небезпеки окремих діянь, передбачених тією самою кримінально-правовою нормою, що зумовлює необхідність диференційованого регулювання відповідальності за їхнє вчинення [5, с. 95]. У найбільш загальному вигляді підстави для виділення спеціальної норми сформульовані В. М. Кудрявцевим (V. M. Kudriavtsev): існування спеціальної норми поряд із загальною лише тоді має практичний сенс, коли ця спеціальна норма якимось інакше вирішує питання кримінальної відповідальності порівняно із загальною нормою (наприклад, про вид і розмір покарання) [20, с. 248–249].

Ми не вбачаємо підстав для якісно іншого вирішення питання про кримінальну відповідальність за такі діяння, як незаконна реєстрація правочинів із земельною ділянкою, порівняно з діяннями, про які йдеться у загальних кримінально-правових нормах. У цьому контексті доречно нагадати, що згідно з проєктом КК № 1029-1 за вчинення реєстрації незаконних угод із землею (спеціальний склад злочину) передбачалось покарання у виді штрафу від 150 до 300 мінімальних розмірів заробітної плати або заробітної плати чи іншого доходу винного за період від 2 до 3 місяців, а за некваліфіковане зловживання владою (ч. 1 ст. 352), перевищення чи бездіяльність влади (загальний склад злочину) – позбавлення волі терміном до 3 років. Тому доцільність виокремлення подібної спеціальної заборони виглядала сумнівною.

Співзвучно (зрозуміло, що в контексті оцінки законодавства РФ) висловлюється Н. О. Лопашенко (N. O. Lopashenko). Авторка зауважує, що реєстрація незаконних угод із землею є службовим злочином, фактично службовим зловживанням, тобто ст. 170 КК РФ є спеціальною щодо норми, передбаченої ст. 285 КК РФ. Задля справедливості зазначимо, що в іншій своїй праці дослідниця називає реєстрацію завідомо незаконних угод із землею і перекручення відомостей Державного кадастру нерухомості окремими випадками службового підроблення, а ст. 170 – спеціальною нормою щодо ст. 292 КК РФ. При цьому наголошується на тому, що реєстрація незаконних угод із землею карається покараннями, не пов'язаними з позбавленням волі (злочин невеликої тяжкості), а за ч. 1 ст. 285 КК РФ – максимально – позбавленням волі на строк до 4 років (злочин середньої тяжкості) [22, с. 285–286; 23, с. 485]. Вочевидь, саме з цими фактами варто пов'язувати наявність доктринальних пропозицій щодо передбачення у санкції ст. 170 КК РФ суворіших покарань, узгоджених із покараннями, передбаченими у ст. 292 «Зловживання посадовими повноваженнями» та інших нормах, консолідованих у главі 30 КК РФ «Злочини проти державної влади, інтересів державної служби та служби в органах місцевого самоврядування» [15, с. 13–14; 28, с. 9–10]. Однак пропонуючи посилити відповідальність за дії, передбачені ст. 170 КК РФ, російські вчені не виходять за межі санкцій, закріплених у ст. 285 і ст. 292 КК РФ. Але в такому випадку не відбуватиметься жодного посилення караності відповідних дій, а отже, відсутня одна з основних умов виокремлення спеціальних кримінально-правових норм.

Розмірковуючи над доцільністю доповнення нашого КК окремою нормою про відповідальність за зловживання у сфері обігу земельних ділянок, варто враховувати і те, що в Україні куди більших масштабів набула практика не законної реєстрації правочинів із земельними ділянками, а їхнього незаконного виділення. Так, за інформацією О. Б. Сахарової (O. B. Sakharova), у

структурі вчинених «земельних» злочинів найбільш розповсюдженими є службові зловживання посадових осіб Держгеокадастру, органів місцевого самоврядування, зокрема при відведенні земельних ділянок, зміні їхнього цільового призначення, незаконне відчуження земель державної або комунальної власності і злочини, пов'язані з незаконним переведенням земель сільськогосподарського призначення в інші категорії [31, с. 142]. Подібні різновиди протиправних дій найпоширенішими називають й інші вітчизняні дослідники, зокрема Б. М. Головкін (B. M. Holovkin) [4, с. 272] та А. М. Ізовіта (A. M. Izovita) [16, с. 82–83].

У зв'язку з викладеним як об'єкт компаративістського аналізу значний інтерес становлять статті 314-1 і 314-2 КК Азербайджану (у них йдеться про прийняття незаконного рішення відносно земельних ділянок, які перебувають у виключній державній власності, і виділення земельних ділянок, або видачу дозволу на проведення будівельних або монтажних робіт з порушенням правил, встановлених законом, відповідно). Серед іншого, привертає на себе увагу той факт, що: 1) ці норми розміщені не серед норм про злочини у сфері економічної діяльності, а у гл. 33 КК Азербайджану, присвяченій корупційним та іншим злочинам проти інтересів служби, що, на нашу думку, правильно відображає антисуспільну спрямованість зазначених посягань; 2) покарання, передбачені в санкції ст. 314-1 КК Азербайджану, є суворішими, ніж покарання, передбачені в загальних щодо неї ст. 308 (зловживання посадовими повноваженнями) і ст. 309 (перевищення посадових повноважень), що дає змогу реалізувати очевидні прагнення азербайджанських парламентаріїв – посилити відповідальність за ті пов'язані з порушенням земельного законодавства різновиди перевищення (зловживання) посадових повноважень, про які йдеться у вказаних приписах. Цим вони у кращий бік відрізняються і від подібної до них за змістом ст. 181-2 КК Туркменістану, яка визнає злочином незаконну передачу землі та санкція якої передбачає більш м'яке покарання, ніж передбачене у статтях 181 та 182 КК Туркменістану (у них говориться про зловживання посадовими повноваженнями і перевищення посадових повноважень, відповідно).

Таким чином, якщо вітчизняний законодавець все ж вирішить доповнити КК України спеціальною нормою подібного змісту, її санкція має бути істотно суворішою за санкції, передбачені у відповідних загальних нормах. Однак чи вбачаються підстави для такого посилення кримінальної відповідальності? На це питання ми так само даємо негативну відповідь, позаяк не бачимо істотної відмінності між суспільною небезпекою такого діяння, як незаконна реєстрація правочину із земельною ділянкою (або незаконне виділення земельної ділянки), та суспільною небезпекою будь-яких інших діянь, караних, зокрема, за ст. 364 чи ст. 365-2 КК України (матеріальні склади злочину), яка б (відмінність) могла слугувати підставою для встановлення за вчинення першого із вказаних діянь суворішого покарання або могла бути використана як аргумент на користь конструювання відповідного складу злочину як формального. Так, у цьому контексті незрозуміло, в чому полягає відмінність між суспільною небезпекою, наприклад: 1) здавання в оренду за завідомо заниженою ціною будь-якого об'єкта, який перебуває у державній чи комунальній власності (розповсюджений різновид передбаченого ст. 364 КК України зловживання владою або службовим становищем), з одного боку, і свідомого заниження земельного податку, з іншого, якщо це спричинило однакову шкоду; 2) продажу службовою особою Фонду гарантування вкладів фізичних осіб активів неплатоспроможного банку за завідомо заниженою ціною (ст. 365-2 КК України), з одного боку, та реєстрації суб'єктом державної реєстрації завідомо незаконних прав на земельну ділянку, з іншого.

Стосовно останнього із згаданих зловживань варто зазначити, що відповідно до Закону від 31 березня 2020 р. до 1 січня 2024 р. загальна площа земельних ділянок сільськогосподарського призначення у власності громадянина України не може перевищувати 100 га. Встановлено, що при посвідченні угоди про відчуження земельної ділянки сільськогосподарського призначення перевіряється дотримання встановлених ЗК України вимог до набувачів права власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення, у т. ч. обмежень щодо загальної площі земельних ділянок сільськогосподарського призначення, які вправі набувати у власність одна особа. Така перевірка здійснюватиметься з використанням відомостей Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, Державного земельного кадастру та Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань. Якщо за результатами перевірки буде виявлено невідповідність таким вимогам, то нотаріус відмовлятиме

у посвідченні угоди [29]. Отже, за ст. 365-2 КК України (за наявності всіх ознак складу злочину, передбаченого цією статтю) можуть бути кваліфіковані, наприклад, дії нотаріуса, який умисно реєструє за особою право власності на земельну ділянку, площа якої перевищує встановлені граничні обмеження. До слова: ймовірність недотримання останніх визнається навіть розробниками Закону від 31 березня 2020 р. [8]; дисциплінувати учасників ринку аграрних земель у частині дотримання встановлених обмежень покликаний і запроваджений Законом від 31 березня 2020 р. механізм конфіскації відповідних земельних ділянок.

З огляду на перераховані вище аргументи, нам складно погодитись із пропозицією А. М. Шульги (А. М. Shulga) встановити за таке діяння, як «зловживання на ринку землі, якщо воно спричинило матеріальну шкоду в особливо великому розмірі, або вчинене організованою групою», єдине (безальтернативне) покарання у виді позбавлення волі на строк від 8 до 15 років з конфіскацією майна [40, с. 402]. Незважаючи на більш ніж очевидну необхідність наведення вагомої аргументації на користь такої ініціативи, у дисертаційній роботі А. М. Шульги (А. М. Shulga) відсутні будь-які згадування про відповідні «зловживання», на які вперше вказується у висновках до роботи та за які відразу пропонується покарання, яке є навіть суворішим, ніж передбачене в ч. 1 ст. 115 КК України «Умисне вбивство». Відшукати у дисертації обґрунтування запропонованої редакції ст. 239-4 КК України (включаючи параметри криміноутворювальних ознак) і місцезнаходження цієї заборони в системі Особливої частини КК України, нам також не вдалося. Слід сказати і про те, що в положеннях, які висувались на захист, А. М. Шульга (А. М. Shulga) вказував на «доцільність криміналізації незаконних дій під час здійснення цивільно-правових правочинів» [40, с. 32]. Водночас текст проєктованої ст. 239-4 КК «Зловживання на ринку землі», ініційованої (треба так розуміти) задля втілення зазначеного теоретичного положення, сформульований максимально широко, не містить потрібних застережень (і про правочини також), що у разі законодавчої реалізації цієї ідеї неминуче викличе серйозні труднощі на практиці, зокрема пов'язані з розмежуванням складів відповідних кримінальних правопорушень.

Зайвий раз підтверджує обстоюване нами положення про недоцільність виділення відповідної спеціальної норми й аналіз кримінального законодавства країн «західної» гілки романо-германської кримінально-правової системи, в якому, за інформацією авторів, котрі спеціально досліджували це питання [3; 7; 30, с. 84–91] відповідальність за вчинення розглянутих діянь передбачається загальними нормами про підроблення документів (підроблення, вчинене у посвідчувальному документі чи в реєстраційні книзі) або службові зловживання.

При з'ясуванні можливості встановлення у проєктованій нормі суворішого покарання, ніж передбаченого у статтях 364 та 365-2 КК України, неминуче виникає питання, чи є підстави вважати, що: по-перше, посилення покарання за відповідні діяння призведе до істотного покращення ситуації зі зловживаннями у сфері обігу земельних ділянок; по-друге, що саме вади матеріальних кримінально-правових норм є першопричиною розповсюдженості відповідних зловживань. Переконані в тому, що і на ці питання варто давати негативну відповідь. На нашу думку, саме по собі встановлення у потенційній спеціальній нормі суворіших покарань, якщо при цьому не будуть усунуті певні законодавчі лазівки, які сьогодні дають судам можливість, так би мовити, легально ігнорувати волю парламентаріїв, жодним чином не поліпшить існуючої ситуації. Для підтвердження висунутої гіпотези наведемо всього один приклад із практики застосування вже передбаченої у чинному КК України заборони.

Приклад стосується багато в чому подібної ситуації із доповненням КК України ст. 240-1, поява якої, за задумом парламентаріїв, мала призвести до посилення відповідальності за один із різновидів передбачених загальною нормою про незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення (ст. 240 КК України) діянь – незаконне видобування, збут, придбання, передача, пересилання, перевезення, переробка бурштину. Виявляється, що з часу появи у КК України ст. 240-1 її застосовано (згідно із даними, які містяться в ЄДРСР) до 5 осіб. При цьому, незважаючи на особливості кожного з кримінальних проваджень, результати їхнього розгляду у судах були ідентичними: винним особам призначалось покарання у виді обмеження волі строком на 2 роки, від відбування якого суб'єкти звільнялись із посланням на статті 75 і 76 КК України. Тобто доповнення КК України ст. 240-1 фактично не позначилось на характері тих кримінально-правових наслідків, які настають для осіб, які вчинили відповідні посягання.

За умови доповнення КК України казуїстичною нормою про незаконну реєстрацію правочинів із земельними ділянками виникне і питання, чи охоплюватимуться нею всі можливі зловживання у відповідній сфері. Аналогічним питанням при аналізі ст. 170 КК РФ вже тривалий час переймаються російські криміналісти. Зокрема, М. М. Олексієнко (M. M. Oleksienko) вказує на те, що стосовно низки угод із землею чинне законодавство РФ передбачає обов'язковість не угод, а лише таких, що виникають за цими угодами, прав на землю. Таким чином, якщо вказані угоди із землею будуть незаконними, то згідно з диспозицією ст. 170 КК РФ їх реєстрація не утворює складу відповідного злочину, оскільки цією нормою забороняється реєстрація завідомо незаконних угод із землею, а не реєстрація прав на землю, в основу якої покладено незаконні угоди. Крім того, ст. 170 КК РФ передбачає відповідальність лише за заниження розмірів платежів за землю, а випадки незаконного звільнення від цих платежів залишаються за межами її дії, у зв'язку з чим диспозиція відповідної норми потребує корегування [1, с. 11]. У подібному руслі розмірковує О. В. Яковлева (O. V. Iakovleva), пропонуючи згадати в оновленій ст. 170 КК РФ не лише про реєстрацію завідомо незаконної угоди із земельною ділянкою, а і про реєстрацію завідомо незаконного переходу прав на земельну ділянку [43, с. 14–15]. До речі, висуваючи ідею доповнити КК України статтею 232-4, не тільки про незаконну реєстрацію завідомо незаконних правочинів із землею, а й про незаконну реєстрацію завідомо незаконних прав на землю веде мову й А. М. Ізовіта (A. M. Izovita) [16, с. 16–17].

За таких умов як шлях вирішення розглядуваної проблеми деякі науковці (наприклад, згаданий вище А. М. Шульга (A. M. Shulga)) рекомендують абстрактний спосіб викладення відповідної норми, яку пропонується назвати «Зловживання на ринку землі», що дасть змогу охопити всі зловживання в аналізованій сфері. Проте і такий варіант викладення проекрованої норми не може вважатися вдалим:

– по-перше, на противагу вадам попередніх проєктів, подібне формулювання виглядає занадто широким. Положення ж кримінального закону мають відповідати вимогам достатньої чіткості, ясності та передбачуваності, щоб давати особі можливість заздалегідь знати і розуміти, які діяння є злочинами та які кримінально-правові наслідки передбачені за його вчинення. До того ж за такого (абстрактного) варіанту викладення кримінально-правової норми (якщо склад відповідного злочину буде сконструйований як формальний) неминуче виникне питання про розмежування цього кримінально караного делікту і деяких адміністративних правопорушень (наприклад, статті 53-5, 53-6 КУпАП);

– по-друге, виникає й інше, пов'язане з піднятими раніше у статті питання, яке, вочевидь, є риторичним: які ж переваги матиме ця проектована норма із невизначеним змістом порівняно з передбаченими чинними КК України загальними нормами про зловживання владою або службовим становищем, зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, та службове підроблення (статті 364, 365-2, 366 відповідно).

Таким чином, незважаючи на певний історичний та іноземний досвід, а також прогнозоване запровадження ринку земель сільськогосподарського призначення, схилиємося до негативної відповіді на питання про доцільність запровадження спеціальних кримінально-правових заборон, присвячених зловживанням у сфері обігу земельних ділянок. Ухваливши таке рішення і тим самим проігнорувавши наявність згаданих вище статей 190, 191, 364, 365-2, 366 КК України, за допомогою яких може і повинна здійснюватись кваліфікація вказаних зловживань, парламентарії порушили б щонайменше один із принципів криміналізації – відсутності прогалін у законі і ненадмірності заборони. У контексті дотримання цього принципу (а існує й чимало інших, вироблених доктриною принципів криміналізації, на які законодавець не може не зважати при вдосконаленні інструментарію для протидії земельним правопорушенням) не варто забувати про потенціал і інших наявних кримінально-правових заборон (статті 192, 212, 355, 358, 368, 368-4 КК України). Розповсюдженість зловживань у сфері обігу земельних ділянок зумовлена не прогалинами чинного матеріального закону про кримінальну відповідальність, а, серед іншого, незабезпеченням принципу невідворотності кримінально-правового реагування на вчинення вже передбачених КК України кримінальних правопорушень.

1. Алексеенко Н. Н. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика преступлений в сфере регистрации незаконных сделок с землей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2013. 30 с.
2. Бойцов А. И. Преступления против собственности. СПб. : Юридический Центр Пресс, 2002. 775 с.
3. Галицина А. А. Уголовная ответственность за нарушения порядка оборота недвижимого имущества по законодательству зарубежных стран. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ugolovnaya-otvetstvennost-za-narusheniya-poryadka-oborota-nedvizhimogo-imuschestva-po-zakonodatelstvu-zarubezhnyh-stran> (дата звернення: 9.09.2020).
4. Головкин Б. М. Поняття злочинності на ринку землі. Часопис Київського університету права. 2014. № 2. С. 270–273.
5. Горох О. П. Проблеми конструювання санкцій спеціальних кримінально-правових норм. Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія». 2009. Т. 90. С. 94–98.
6. Гостев А. А. Уголовно-правовое регулирование ответственности за регистрацию незаконных сделок с землей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2012. 27 с.
7. Гостев А. А. Состав регистрации незаконных сделок с землей в уголовных законодательствах иностранных государств. URL: <https://studylib.ru/doc/2329550/gostev-a.a.-sostav-registracii-nezakonnyh-sdelok-s-zemlej-v> (дата звернення: 9.09.2020).
8. Денков Д., Пирожок О. Нардеп Микола Сольський: «Усі зможуть купувати більше 100 гектарів землі через родичів, коханок чи партнерів». URL: <https://www.rada.gov.ua/news/Novyny/185353.html> (дата звернення: 9.09.2020).
9. Депутат отримав умовно за заволодіння ділянками одеського узбережжя, всупереч волі потерпілого. URL: <https://sudreporter.org/deputat-otrymav-umovno-za-zavolodinnya-dilyankamy-odeskogo-uzberezhzhya-vsuperech-voli-poterpilogo> (дата звернення: 9.09.2020).
10. Держгеокадастр відбілюється : проміжні результати аудиту державних земель під безкоштовну приватизацію за 2013–2020 роки. URL: <https://agropolit.com/spetsproekty/770-derzgeokadastr-vidbilyuyetsya-promijni-rezultati-auditu-derjavnih-zemel-pid-bezkoshtovnu-privatizatsiyu-za-2013-2020-roki> (дата звернення: 9.09.2020).
11. 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.
12. Дудоров О. О., Титаренко С. С. Проблеми кримінально-правової оцінки реєстраційних зловживань. Кримінальне право в умовах глобалізації суспільних процесів: традиції та новації: матеріали міжнар. наук.-практ. круглого столу, м. Харків, 15 трав. 2020 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), Л. М. Демидова (заст. голов. ред.), А. П. Гетьман та ін. Харків : Право, 2020. С. 129–146.
13. Звіт Національного антикорупційного бюро України за II півріччя 2019 року. URL: <https://nabu.gov.ua/report/zvit-druga-pivrichchya-2019-roku> (дата звернення: 9.09.2020).
14. Зубрицький О. В. Співвідношення понять «обіг земель сільськогосподарського призначення» із суміжними поняттями. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. : Юриспруденція. 2016. № 23. С. 150–153.
15. Ивлева А. Ф. Земельные отношения как объект уголовно-правовой охраны по законодательству Российской Федерации: теоретические и правоприменительные аспекты : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Нижний Новгород, 2007. 31 с.
16. Ізовіта А. М. Вивчення та попередження злочинності в сфері земельного ринку в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2014. 20 с.
17. Кваша В. М. Поняття «обіг земель» у законодавстві та правовій доктрині України. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. : Юриспруденція. 2014. № 7. С. 166–169.
18. Клепицкий И. А. Система хозяйственных преступлений. Москва : Статут, 2005. 572 с.
19. Клепицкий И. А. Недвижимость как предмет хищения и вымогательства. Государство и право. 2000. № 12. С. 11–19.
20. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. Москва : Юрид. лит., 1972. 352 с.
21. Кунц В. В. Социально-криминологические меры предупреждения преступлений в сфере земельных отношений. Вестник Челябинского государственного университета. 2005. № 1. С. 124–128.
22. Лопашенко Н. А. Преступления в сфере экономики: Авторский комментарий к уголовному закону (раздел VIII УК РФ). Москва : Волтерс Клувер, 2006. 720 с.
23. Лопашенко Н. А. Преступления в сфере экономической деятельности: теоретический и практический анализ : монография. В 2 ч. Ч. II. Москва : Юрлитинформ, 2015. 640 с.
24. Махмудов Х. З., Ярошенко С. П., Михайлова О. С. Економічний аспект земельних відносин сільськогосподарських підприємств. Причорноморські економічні студії. 2016. Вип. 4. С. 71–73.
25. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 704 с.
26. Носік В. В. Право власності на землю Українського народу : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 544 с.
27. Парламентські слухання на тему: «Земельна реформа: вітчизняна модель обігу земель сільськогосподарського призначення». URL: <https://www.rada.gov.ua/news/Novyny/185353.html> (дата звернення: 9.09.2020).
28. Плешков М. А. Уголовная ответственность за незаконный оборот земли : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2012. 24 с.

29. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення : Закон України від 31 березня 2020 р. Голос України. 30 квітня 2020 р. № 74–75. С. 6.
30. Ревин В. П., Ревина В. В. Уголовная ответственность за незаконные сделки с землей (опыт регламентации в странах СНГ и Европейского Союза). Международное сотрудничество евразийских государств: политика, экономика, право. 2016. № 3. С. 84–91.
31. Сахарова О. Б. «Тіньовий» ринок землі: основні механізми вчинення незаконного відчуження земельних ділянок. Наука і правоохорона. 2017. № 3. С. 140–146.
32. Сень І. З. Спеціальні норми у кримінальному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2020. 268 с.
33. Слатьсон Р. Як працює тіньовий ринок землі та кому він вигідний. URL: <https://www.epravda.com.ua/columns/2019/11/8/653444> (дата звернення: 9.09.2020).
34. Степаненко Т. О. Теоретичні положення обігу земель сільськогосподарського призначення. Економіка АПК. 2017. № 3. С. 65–71.
35. Ступень Р. М. Сутність ринку земель сільськогосподарського призначення. Економіка АПК. 2015. № 9. С. 106–110.
36. ТОП-10 кримінальних справ проти Володимира Карплюка та його оточення, які потрібно розслідувати, і чому вони не розслідуються. URL: https://lb.ua/blog/serhii_hapon/420666_top10_kriminalnih_sprav_proti.html (дата звернення: 9.09.2020).
37. Фалько Я. Ринок землі : ризики та перспективи. Позиція вчених. Голос України. 4 грудня 2019 р. № 232. С. 4–5.
38. Хом'яченко С. І. Поняття та види обігу земельних ділянок. Часопис Київського університету права. 2009. № 2. С. 223–228.
39. Шакун В. І. Соціальна роль кримінального права. Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 12–13 жовт. 2016 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2016. С. 6–13.
40. Шульга А. М. Кримінально-правова охорона земельних ресурсів в Україні: теоретико-правовий аспект : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2019. 525 с.
41. Юрченко І. В. Ринок земель сільськогосподарського призначення як об'єкт теоретичного дослідження. Землеустрій і кадастр. 2013. № 3. С. 73–76.
42. Яковлев А. С. Щодо злочинності у сфері земельних відносин. Держава і злочинність. Нові виклики в епоху постмодерну : зб. тез доп. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті віце-президента Кримінологічної асоціації України, професора О. М. Литвака (м. Харків, 23 квіт. 2020 р.). Харків : ХНУВС, 2020. С. 67–69.
43. Яковлева О. В. Уголовная ответственность за регистрацию незаконных сделок с землей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2011. 28 с.

Незаконне отримання суми бюджетного відшкодування ПДВ: питання кримінально-правової кваліфікації (у контексті визначення підслідності Бюро економічної безпеки України)¹⁹

Розробниками законопроекту «Про внесення змін до адміністративного та кримінального законодавства щодо запровадження діяльності Бюро економічної безпеки України» (реєстр. № 3959-1 від 25.08.2020 р.; далі – законопроект) висувалась пропозиція доповнити Кримінальний кодекс України (далі – КК) ст. 222-2 «Шахрайство з податком на додану вартість», у диспозиції ч. 1 якої йшлося б про розкрадання або заволодіння бюджетними коштами шляхом отримання бюджетного відшкодування або подання заяви про повернення суми бюджетного відшкодування на підставі подання завідомо неправдивих відомостей. Судячи із супровідних матеріалів до законопроекту, основний «конструктив» викладеної пропозиції її авторами вбачався у віднесенні такого нового кримінального правопорушення (далі – к. пр.) до основної підслідності Бюро економічної безпеки України (далі – БЕБ) «для ефективного розслідування розкрадання або заволодіння бюджетними коштами» й уникненні суперечностей між правоохоронними органами щодо підслідності за ст. 191 КК. Інакше кажучи, робилась спроба певну процесуальну проблему вирішити за рахунок не до кінця продуманих змін матеріального кримінального закону. Тому і не дивно, що у висновку ГНЕУ Апарату ВРУ на законопроект згадана законодавча ініціатива зазнала жорсткої і загалом справедливої критики – навіть за безспірності тези про податок на додану вартість (далі – ПДВ) як один із найбільш криміногенних податків. Подібним чином цю сумнівну ініціативу оцінило чимало інших правників, а у зверненні Європейської Бізнес Асоціації до парламенту стверджувалось (на мій погляд, занадто категорично), що «редакція законопроекту дозволяє розпочати кримінальне переслідування керівництва компанії лише на підставі факту подання заяви на відшкодування та рішення податкових органів щодо відмови у відшкодуванні до розгляду спору в судовому порядку» [1].

Закон України від 17 листопада 2021 р. «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо запровадження діяльності Бюро економічної безпеки України та пов'язаного з цим удосконалення роботи деяких державних правоохоронних органів» (далі – Закон від 17 листопада 2021 р.) не передбачає доповнення КК новою заборонаю, присвяченою шахрайству з ПДВ. Натомість у п. 3 ч. 3 ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), викладеної у редакції Закону від 17 листопада 2021 р., встановлено, що детективи органів БЕБ з-поміж іншого здійснюють досудове розслідування к. пр., передбаченого ст. 191 КК – «якщо предметом кримінального правопорушення є бюджетне відшкодування». Спробуємо з'ясувати, наскільки вдалою є ця, вочевидь, компромісна законодавча новела, як і те, яка кримінально-правова оцінка в сучасних умовах має даватись випадкам незаконного отримання суми бюджетного відшкодування ПДВ.

Розпочати вважаю за доцільне із звернення до релевантних положень регулятивного (у цьому разі – податкового) законодавства. Згідно з пп. 14.1.18 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України (далі – ПК) бюджетне відшкодування – це відшкодування від'ємного значення ПДВ на підставі підтвердження правомірності сум бюджетного відшкодування ПДВ за результатами перевірки платника. Відповідно до ст. 200 ПК сума ПДВ, що підлягає сплаті (перерахуванню) до Державного бюджету України або бюджетному відшкодуванню, визначається як різниця між сумою податкового зобов'язання звітного (податкового) періоду і сумою податкового кредиту такого звітного (податкового) періоду. При від'ємному значенні вказаної суми вона: 1) враховується у зменшення суми податкового боргу, що виник за попередні звітні періоди; 2) підлягає бюджетному відшкодуванню за заявою платника на його поточний банківський рахунок та/або у рахунок сплати грошових зобов'язань або погашення податкового боргу платника ПДВ з інших платежів, що

19 Стаття опублікована: Пам'яті професорів П.С. Матишевського та С.С. Яценка: 1. Збірка тез доповідей учасників науково-практичного круглого столу «Особлива частина кримінального права України: наукова спадщина професора П.С. Матишевського та сучасність» (3 грудня 2021 року). 2. Збірка тез доповідей учасників науково-практичної конференції «Конституційні засади кримінального права України» (23 грудня 2021 року) / упоряд. А.А. Стрижевська, К.П. Задоя. Київ, 2022. С. 6–17.

сплачуються до державного бюджету; 3) та/або зараховується до складу податкового кредиту наступного звітного (податкового) періоду.

Викладене дозволяє зробити два проміжні висновки.

По-перше, бюджетне відшкодування – це певна дія (процес), що є складовою справляння (адміністрування) ПДВ за участю контролюючого органу й органу, який здійснює казначейське обслуговування бюджетних коштів. Як слушно зазначається в юридичній літературі, відшкодування ПДВ здійснюється державними органами на підставі пакету документів, наданого платником податку [2, с. 89]. Відтак називати, як це зроблено у Законі від 17 листопада 2021 р., бюджетне відшкодування предметом певного к. пр. (зокрема, передбаченого ст. 191 КК) щонайменше некоректно з кримінально-правової точки зору. Згадану некоректність може пояснити хіба що допущена у ст. 200 ПК непослідовність у частині того, що саме – дію чи матеріальні цінності (грошові кошти) – позначає термін «бюджетне відшкодування».

По-друге, можливі такі порушення встановленого ПК порядку бюджетного відшкодування ПДВ, які не пов'язані з безоплатним заволодінням бюджетними коштами, а отже, не можуть розцінюватись як «розкрадання» (у т. ч. за ст. 191 КК). Охоплюючи поняттям незаконного бюджетного відшкодування ПДВ уникнення матеріальних витрат і обов'язків, А. Грицюк виокремлює такий його різновид, як умисне незаконне відшкодування ПДВ, що не містить ознак розкрадання [3, с. 9, 29, 90].

Безпідставне завищення податкового кредиту (поряд із заниженням податкового зобов'язання з ПДВ) може розглядатись як умисне ухилення від сплати цього податку, через що слугувати підставою для інкримінування ст. 212 КК. До слова у звіті Тимчасової слідчої комісії ВРУ з питань розслідування оприлюднених у ЗМІ фактів можливих корупційних дій посадових осіб органів державної влади, які призвели до значних втрат дохідної частини Державного бюджету України, формування «фіктивного» податкового кредиту названо найпоширенішою схемою саме ухилення від сплати ПДВ [4]. При цьому зловживання стосовно бюджетного відшкодування ПДВ не завжди можуть отримувати кримінально-правову оцінку із зверненням до ст. 212 КК (бо можуть бути відсутні наслідки у вигляді фактичного ненадходження коштів до бюджетів; податковий борг не визнається предметом к. пр., передбаченого цією статтею КК). Однак, залежно від суб'єкта та інших обставин скоєного, зловживання платників ПДВ (їх службових осіб) можуть кваліфікуватись, зокрема, за ст. ст. 192, 222, 364, 364-1 КК. Доречність такої кваліфікації докладно аргументує А. Грицюк [3, с. 36, 94–95, 110].

Вказану особливість кримінально-правової оцінки аналізованих порушень податкового законодавства ч. 3 ст. 216 КПК, яка викладена у редакції Закону від 17 листопада 2021 р. та яка визначає основну і додаткову підслідність БЕБ, враховує не повною мірою.

В юридичній літературі як на одну з причин зайвості включення до КК ст. 222-2 вказувалось на те, що діяння, за яке пропонувалось встановити відповідальність у цій новій забороні, «цілком охоплене чинними положеннями ст. 222 КК України «Шахрайство з фінансовими ресурсами», оскільки, відповідно до ст. 30 Податкового кодексу України, отримання права на бюджетне відшкодування ПДВ є отриманням податкової пільги, що є складовою мети вчинення шахрайства з фінансовими ресурсами» [5, с. 21]. Одразу уточню, що незаконне одержання суми бюджетного відшкодування за наявності підстав має розцінюватись як «розкрадання» (про це йтиметься нижче), і вже навіть через таку обставину твердження про повне охоплення відповідних зловживань диспозицією ст. 222 КК є неточним.

Інкримінувати ст. 222 КК у випадках, коли державні органи вводяться платниками ПДВ (їх службовими особами) в оману з питання про право на бюджетне відшкодування, на перший погляд, можна тоді, коли від'ємна різниця між сумою податкового зобов'язання звітного (податкового) періоду і сумою податкового кредиту такого періоду зараховується до складу податкового кредиту наступного звітного періоду. У цьому разі винна особа, діючи активно, прагне до того, щоб платник ПДВ протягом певного часу у майбутньому був звільнений від обов'язку сплачувати податок у межах штучно створеної заборгованості бюджету перед платником. Проте вище вже зазначалось, що формування «фіктивного» податкового кредиту може розглядатись (і розглядається на практиці) як один із способів передбаченого ст. 212 КК ухилення від сплати ПДВ.

Очевидно, що вирішення розглядуваного питання кримінально-правової кваліфікації є похідним від того, чи відносимо ми бюджетне відшкодування ПДВ до податкової пільги. Таке віднесення, на мою думку, суперечить ст. 30 ПК «Податкові пільги» – причому як визначенню поняття податкової пільги, так і законодавчо закріпленим формам податкової пільги (остання надається шляхом: податкового вирахування (знижки), що зменшує базу оподаткування до нарахування податку та збору; зменшення податкового зобов'язання після нарахування податку та збору; встановлення зниженої ставки податку та збору; звільнення від сплати податку та збору). До того ж, на відміну від попередніх редакцій відомчих документів, жоден із випадків бюджетного відшкодування ПДВ не розглядається як податкова пільга у затверджених ДПА України 27 вересня 2021 р. Довіднику № 105/1 податкових пільг, що є втратами доходів бюджету, станом на 1.10.2021 і Довіднику № 105/2 інших податкових пільг станом на 1.10.2021.

Водночас ст. 222 КК згадується вище не випадково. Річ у тім, що різновидом ухилень від сплати ПДВ є безпідставне відшкодування раніше сплачених сум цього податку шляхом надання до уповноважених державних органів завідомо неправдивої інформації з метою застосування нульової ставки ПДВ (податкової пільги), що підлягає кваліфікації за ст. 222 КК [3, 38–39, 41, 51, 115]. Зайвий раз переконуємось у доцільності виключення вказівки на пільги щодо податків із статті КК про шахрайство з фінансовими ресурсами і визнанні обманного використання податкової пільги різновидом податкового шахрайства. Втілена у чинних редакціях ст. 212 і ст. 222 КК диференціація кримінальної відповідальності за пов'язані з використанням податкових пільг зловживання платників податків (іх службових осіб) є не виправданою, викликає значні труднощі на практиці при розмежуванні відповідних складів к. пр., а тому має бути усунена у законодавчому порядку.

Повертаючись до кваліфікації частини розглядуваних зловживань як посягань на власність, відзначу, що у судовій практиці вчинюване службовими особами «розкрадання» державних коштів під виглядом бюджетного відшкодування ПДВ дістає різну кримінально-правову оцінку, зокрема слугує підставою для інкримінування ст. 190 КК «Шахрайство». Ставлення до частини зловживань із ПДВ як до шахрайства є поширеним як у бізнес-середовищі, так і серед правоохоронців. Ба більше: у висновку ГНЕУ Апарату ВРУ на законопроект як на одну з причин непотрібності включення до КК ст. 222-2 «Шахрайство з податком на додану вартість» вказувалось на те, що отримання відповідного бюджетного відшкодування шляхом обману вже є незаконним заволодінням бюджетними коштами у формі шахрайства. Водночас парламентські експерти зазначали, що дії, які пропонувалось виокремити у нову ст. 222-2, можуть кваліфікуватись не лише за ст. 190, а й за ст. 191 КК «Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем». У криміналістичній літературі також констатується, що «розкрадання» (штучне формування податкового кредиту з ПДВ з метою безпідставного його відшкодування з державного бюджету і привласнення) має кваліфікуватись за ст. 190 або ст. 191 КК [6, с. 39, 41, 42, 186].

Нагадаю, що свого часу проблему розмежування складів к. пр., передбачених цими статтями КК (причому в контексті кримінально-правової оцінки зловживань із ПДВ), вирішував Верховний Суд України (далі – ВСУ). У постанові Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 14 листопада 2013 р. у справі № 5-30кс13 сформульовано правову позицію щодо розмежування складів к. пр., передбачених ст. 190 і ст. 191 КК, в основу якої покладено положення про специфічну і водночас підпорядковану роль обману, що використовується службовою особою для заволодіння чужим майном. Визначальна ознака, яка відокремлює (відмежовує) такий злочин проти власності, як заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, від інших форм посягання на чужу власність, на переконання ВСУ, полягає в тому, що безоплатне повернення чужого майна на користь винної особи чи на користь іншої особи (осіб) відбувається через умисне протиправне використання можливостей службового становища. Майно, на яке спрямована карана за ст. 191 КК поведінка службової особи, може мати різну правову природу. Зокрема, не виключається можливість заволодіння майном, на яке не поширюється компетенція службової особи або яке їй не ввірене і не перебуває в її віданні, включаючи майно, що перебуває в державній власності. Обман, який застосовується при викраденні чужого майна шляхом

використання службового становища, має свої особливі ознаки, які відрізняють його від обману при шахрайстві [7, с. 261–262].

Не можна сказати, що такий підхід до розмежування відповідних складів к. пр. проти власності є чимось новим для кримінального права. Так, П. Матишевський, аналізуючи ст. 84 КК 1960 р. «Розкрадання державного або колективного майна шляхом привласнення, розтрати або зловживання посадовим становищем» (аналог ст. 191 чинного КК), писав, що найчастіше зловживання службовим становищем як форма розкрадання майна виражається в різноманітних обманних діях. При цьому обман як спосіб зловживання службовим становищем, на відміну від обману при шахрайстві, вчиняється завдяки особливому становищу винного – наявності в нього за посадою права розпоряджатися чужим майном або службових можливостей, здатних спонукати представників інших організацій до передачі їхнього майна [8, с. 88].

З огляду на викладене, у науково-практичному коментарі до ст. 212 КК я висловив таку позицію: поєднане з обманом уповноважених державних органів безоплатне заволодіння державними коштами під виглядом бюджетного відшкодування ПДВ слід кваліфікувати як відповідне к. пр. проти власності (передбачене ст. 190 або ст. 191 КК), а за наявності підстав – додатково за ст. 358 або ст. 366 КК. Предметом к. пр. у цьому разі виступають кошти, які на момент вчинення к. пр. вже перебувають у державній власності та які шляхом обману протиправно і безоплатно вилучаються з бюджету. При цьому (з посиланням на згадану правову позицію ВСУ) наголошувалось на тому, що службова особа, яка заволодіває чужим майном шляхом зловживання своїм службовим становищем і використання поєданого з останнім обману, має нести відповідальність не за ст. 190, а за ст. 191 КК [9, с. 711–712].

Однак чи правильно вчинив законодавець, не згадавши в оновленій ч. 3 ст. 216 КПК у контексті незаконного бюджетного відшкодування, ст. 190 КК? Я в цьому сумніваюсь. Річ у тім, що у практиці Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ККС ВС) простежується більш вузьке (порівняно з правовою позицією, сформульованою ВСУ) тлумачення поняття використання службового становища як ознаки об'єктивної сторони к. пр., передбаченого ст. 191 КК. Так, в одній з постанов ККС ВС зазначається, що, на відміну від привласнення і розтрати, предметом альтернативного їм заволодіння чужим майном шляхом службового зловживання виступає майно, яке не ввірене винному, не перебуває в його віданні, але яким службова особа може заволодіти, бо в силу займаної посади (службового становища) наділена повноваженнями щодо управління чи розпорядження ним [10].

Співзвучні міркування знаходимо на сторінках юридичної літератури.

Так, стверджується, що у ч. 2 ст. 191 КК така додаткова ознака суб'єкта к. пр., як службова особа, пов'язана з можливістю останньої використовувати службове становище під час вчинення привласнення, розтрати або заволодіння чужим майном. Мається на увазі наявність у службової особи регламентованого законодавством переліку повноважень, які надають можливості чинити вплив на прийняття тих чи інших рішень в тій юридичній особі, де вона працює, а також авторитету, яким службова особа користується серед підлеглих осіб та інших працівників та який надає можливості діяти не лише в межах нормативно закріплених повноважень, а й виходити за них [11, с. 95, 97]. Зустрічається і така думка, так само відмінна від сформульованої у постанові ВСУ позиції: посягання на майно, яке не перебуває у службовому віданні, не охоплюється ч. 2 ст. 191 КК; службова особа шляхом зловживання службовим становищем може заволодіти лише таким чужим майном, на яке поширюється її компетенція; предмет доказування у кримінальних провадженнях за ч. 2 ст. 191 КК включає встановлення повноважень службової особи щодо майна, яке звертається на користь винного та інших осіб шляхом привласнення, розтрати чи заволодіння шляхом зловживання службовим становищем [12, с. 22].

На погляд А. Грицюка, навіть якщо особа, яка намагається незаконно відшкодувати ПДВ, є службовою, держава передасть їй майно (кошти) не тому, що вона є службовою, а через те, що вона створить документальні підстави, за якими платник податків, на користь якого ця особа діє, нібито має право на отримання відшкодування. Обіймання особою посади не є «ключем» для незаконного відшкодування ПДВ, крім випадку, коли прийняття рішень з проведення відшкодування належить до кола її службових повноважень. Протиправне безоплатне вилучення державного майна у виді незаконного відшкодування ПДВ є розкраданням, що підлягає квалі-

фікації за ст. 190 КК. Водночас незаконне відшкодування ПДВ (розкрадання) може бути кваліфіковане за ст. 191 КК, якщо службова особа, до компетенції якої належить ухвалення рішень про відшкодування ПДВ, завідомо протиправно і безоплатно вилучає з державних фондів майно в порядку відшкодування податку й обертає це майно на свою користь або користь інших осіб [3, с. 98–99 105–107, 130–131, 163].

З огляду на викладене, не може не поставати питання: чи не призведе формулювання, закріплене у п. 3 ч. 3 ст. 216 КПК, до того, що будь-які випадки незаконного отримання суми бюджетного відшкодування ПДВ, коли органом досудового розслідування (БЕБ) у діях службових осіб платників податків вбачатимуться ознаки «розкрадання», так би мовити, автоматично (без з'ясування нюансів кримінально-правової характеристики посягань на власність) кваліфікуватимуться за ст. 191 КК? Яку судову перспективу матимуть такі кримінальні провадження, особливо за умови докладання кваліфікованих адвокатських зусиль до позначеного спірного питання кваліфікації к. пр. проти власності? Відтак схилиюсь до думки про те, що у п. 3 ч. 3 ст. 216 КК мала альтернативно фігурувати і ст. 190 КК, щодо якої можна було б зробити подібне до наявного щодо ст. 191 КК застереження: якщо предметом к. пр., передбаченого цією статтею, є сума бюджетного відшкодування.

С. Ханін ідею включення до КК ст. 222-2 критикував на тій підставі, що складно говорити про розкрадання чи незаконне заволодіння коштами, якщо правомірність бюджетного відшкодування ПДВ підтверджена уповноваженим державним органом. Стверджувалось, що у цій ситуації не відбувається заволодіння майном власника проти його волі або умисне протиправне звернення особою майна на свою користь, бо передачу майна здійснює державний орган за результатами перевірки [13].

Подібного роду сумнівні висловлювання не враховують того, що обов'язковою ознакою шахрайства є добровільність передачі майна (права на нього); однак така добровільність має умовний (уявний) характер, адже насправді дії відповідних осіб щодо передачі майна чи права на нього обумовлені тим, що вони введені в оману. Особливістю шахрайства як к. пр. проти власності є, за загальним правилом, те, що власник (володілець) майна або особа, якій воно ввірене чи під охороною якої перебуває, уявлення про істину та воля якого сфальсифіковані обманом чи зловживанням довірою, бере безпосередню участь у передачі майна (права на нього). А. Грицюк з цього приводу слушно стверджує, що обман при незаконному бюджетному відшкодуванні ПДВ полягає у спотворенні істини щодо юридично значимих обставин, сукупність яких у тому вигляді, якого йому намагається надати винний, зобов'язує державні органи передати платнику податків державне майно (здійснити відшкодування). Протиправність у цьому разі полягає в тому, що особа не має права на отримання такого відшкодування, що, своєю чергою, обумовлюється правовими дефектами: 1) дефект суб'єкта означає, що за бюджетним відшкодуванням звертається особа, яка взагалі не має такого права; 2) дефект форми означає, що за бюджетним відшкодуванням звертається особа, яка не має для цього достатніх формальних підстав; 3) дефект змісту означає, що за бюджетним відшкодуванням звертається особа, яка формально (згідно з наявними в неї документами) має для цього підстави, проте відомості про операції, що містяться в цих документах, не відповідають дійсності [3, с. 57–65, 100–102, 160, 196–197]. До слова окремі дослідники, демонструючи непослідовність у своїх судженнях, некритично відтворюють наведену вище точку С. Ханіна (про неможливість оцінки скоєного як «розкрадання»), водночас заявляючи, що заволодіння бюджетними коштами під виглядом відшкодування ПДВ шляхом обману державних органів слід кваліфікувати за ст. 190 КК як шахрайство [5, с. 19, 20].

Згадування у розглядуваному контексті (поряд із ст. 191 КК) ст. 190 КК пояснюється з-поміж іншого тим, що «розкрадання» державного майна під виглядом бюджетного відшкодування ПДВ здатен вчинити і такий «повноцінний» суб'єкт господарювання, як фізична особа – підприємець (далі – ФОП). Так, згідно з п. 180.1 ст. 180 КК одним із платників ПДВ визнається будь-яка особа, що провадить або планує провадити господарську діяльність і реєструється за своїм добровільним рішенням як платник податку у встановленому порядку.

Звісно, можна виходити з того, що: службовими є також особи, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється (з-поміж іншого) законом (ч. 3 ст. 18 КК); законами, які надають ФОПам пов-

новаження виконувати зазначені функції, можуть вважатись положення цивільного, господарського і трудового законодавства, на підставі яких ці особи керують найманими працівниками та (або) розпоряджаються майном (ввіреним або належним їм на праві власності). Принаймні таку точку зору ми із Г. Зеленовим висловили у 2012 р. в одному з підручників [14, с. 428].

На переконання М. Мельника і М. Хавронюка, ФОП, який не має найманих працівників, не може бути визнаний службовою особою: функції службової особи не передбачають керівництво самим собою чи своїм власним майном [9, с. 1137]. В. Мельниченко пише, що ФОП може визнаватись службовою особою, коли використовує найману працю за трудовим договором, оскільки таким чином він виступає роботодавцем для інших осіб і здійснює організаційно-розпорядчі функції. ФОП також може здійснювати адміністративно-господарські функції у разі оперативного управління чужим майном [15, с. 51]. К. Задоя зазначає, що на сьогодні ч. 3 ст. 18 КК дозволяє визнавати фізичних осіб, які здійснюють керівництво найманими працівниками, службовими особами, які виконують організаційно-розпорядчі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється законом (зокрема, ст. 21 КЗпП) [16, с. 9]. На погляд С. Рак, ФОПи наділені чинним законодавством правом здійснювати господарську діяльність з використанням найманих працівників. Тому їх слід віднести до службових осіб – за умови виконання ними організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій. Водночас (з урахуванням суперечливої судової практики при вирішенні цього питання кваліфікації) авторка пропонує внести зміни до ч. 3 ст. 18 КК [17, с. 87].

Як бачимо, науковці більш-менш однастайні у частині визнання службовими особами лише тих ФОПів, які мають найманих працівників; щодо інших ФОПів такої єдності думок не спостерігається. Висловлю також сумнів у тому, що при незаконному отриманні ФОПом суми бюджетного відшкодування ПДВ завжди наявне використання ФОПом свого службового становища – навіть якщо визнавати цю особу службовою у кримінально-правовому розумінні цього поняття, на що «натякає» оновлена ч. 3 ст. 216 КПК.

З огляду на викладене вище, а також на те, що платниками ПДВ можуть бути не лише юридичні особи і ФОПи (ст. 180 ПК), вважаю, що у п. 3 ч. 3 ст. 216 КК повинна була фігурувати і ст. 190 КК із відповідним застереженням щодо предмета к. пр., передбаченого цією статтею КК.

Із формулювання, наведеного у ч. 1 проєктованої ст. 222-2 КК, випливало, що кримінально караним з-поміж іншого мало визнаватись розкрадання або заволодіння бюджетними коштами шляхом подання заяви про повернення суми бюджетного відшкодування, в якій вказані завідомо неправдиві відомості. Критикуючи це положення законопроєкту, парламентські експерти зауважували, що сам по собі факт подання відповідної заяви може й не призвести до незаконного отримання коштів (наприклад, контролюючий орган за результатами перевірки надсилає платнику податку ПДВ податкове повідомлення про відмову у наданні бюджетного відшкодування). З приводу вказаного фрагменту законопроєкту та його критики хотів зазначити таке.

По-перше, подання згаданої заяви за наявності підстав може розцінюватись як замах на «розкрадання». У науково-практичному коментарі до ст. 212 КК із цього приводу мною наводилось таке роз'яснення: якщо задекларована сума бюджетного відшкодування безпідставно завищена, однак фактичного відшкодування у вигляді перерахування державних коштів з бюджетного рахунку на банківський рахунок платника податків ще не відбулось, і відсутні ознаки добровільної відмови при незакінченому злочині (ст. 17 КК), то дії винного, який бажає отримати «живі» гроші, за спрямованістю умислу мають розцінюватись як замах на певний злочин проти власності [9, с. 712]. По-друге, законодавець вправі (звісно, якщо для цього є вагомі причини) конструювати усічені склади к. пр., особливість яких полягає у тому, що момент їх юридичного закінчення пов'язується із вчиненням діяння, яке за своїм загальним кримінально-правовим змістом є незакінченим к. пр. – готуванням або замахом У такий спосіб, як відомо, забезпечується посилений кримінально-правовий захист певних соціальних цінностей і, зокрема, унеможлиблюється пом'якшення покарання за вчинене.

Один із недоліків проєктованої ст. 222-2 КК інколи вбачався у тому, що зміст диспозиції її ч. 1 був ширшим за назву статті: у першій йшлося про заволодіння бюджетними коштами шляхом отримання бюджетного відшкодування, тобто про дії щодо бюджетного відшкодування загалом, у той час, як назва статті вказувала на незаконні дії лише з ПДВ [5, с. 20]. Постає питання, чи існу-

ють такі передбачені регулятивним законодавством варіанти бюджетного відшкодування, які не стосуються адміністрування ПДВ. Із положень ПК (передусім з його пп. 14.1.18 п. 14.1 ст. 14, де сформульоване визначення поняття бюджетного відшкодування) впливає негативна відповідь на поставлене питання, а отже, згаданий закид на адресу ініціаторів включення до КК ст. 222-2 є недоречним.

Водночас хотів би зазначити, що кримінально-правовою проблемою, подібною до оцінки безпідставного отримання суми відшкодування ПДВ, є кваліфікація відшкодування з бюджету податку на доходи фізичних осіб у разі неправомірної реалізації права на податкову знижку. На мою думку, відповідні зловживання фізичних осіб, які не є суб'єктами господарювання, можуть кваліфікуватись залежно від обставин вчиненого за: ст. 212 КК (у п. 13 постанови Пленуму ВСУ від 8 жовтня 2004 р. № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» роз'яснювалось, що ухилення від сплати податків може бути вчинене, зокрема, шляхом подання неправдивих відомостей чи документів, що засвідчують право фізичної особи на податковий кредит (тут вживалась термінологія попереднього законодавства – Закону «Про податок з доходів фізичних осіб»); ст. 222 КК (відповідно до ст. 30 ПК податкова знижка є податковою пільгою); ст. 190 КК (подання завідомо неправдивих відомостей, що засвідчують право фізичної особи на податкову знижку чи її розмір, наслідком чого є незаконне отримання платником відшкодування податку на доходи фізичних осіб; при цьому мають бути наявні безоплатність вилучення чужого майна та заподіяння прямої дійсної шкоди як ознаки об'єктивної сторони шахрайства). Зі сказаного впливає, що до основної підслідності БЕБ у ч. 3 ст. 226 КПК мало б бути віднесено і шахрайство, якщо предметом цього к. пр. є сума не лише бюджетного відшкодування, а й податкової знижки.

Проведе дослідження дозволило конкретизувати недоліки нещодавно оновленого і пов'язаного з визначенням підслідності БЕБ кримінального процесуального законодавства. Вказані недоліки зумовлені ігноруванням особливостей кримінально-правової оцінки порушень податкового законодавства, пов'язаних із бюджетним відшкодуванням ПДВ. Проналізовані законодавчі зміни – черговий прояв сформованого останнім часом україн невітшого тренду, який зводиться до того, що положення первинного, за логікою речей, матеріального кримінального закону ігноруються (або щонайменше не враховуються повною мірою) при розв'язанні правових проблем організаційного та процесуального характеру. Здійснений аналіз також зайвий раз схиляє до думки про доцільність конкретизації на законодавчому рівні кримінально протиправних зловживань із бюджетним відшкодуванням податків, які (зловживання) не утворюють «розкрадання». Вирішення цієї наукової проблеми доцільно пов'язувати з опрацюванням змісту розділу 6.5 проекту КК, присвяченого злочинам і кримінальним проступкам проти фінансової системи.

1. За шахрайство з ПДВ може бути запроваджено кримінальну відповідальність. URL: <https://eba.com.ua/shahrajstvo-z-pdv-mozhe-buty-zaprovadzhenno-kryminalnu-vidpovidalnist/> (дата звернення: 30.11.2021).
2. Розовская Т.И. Незаконное возмещение НДС при осуществлении внешнеэкономической деятельности: уголовно-правовой аспект: монография. Москва: Юрлитинформ, 2014. 216 с.
3. Грицюк А.Г. Незаконне відшкодування податку на додану вартість: кримінально-правові аспекти: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Луганськ, 2012. 259 с.
4. «Скрутки» ПДВ. Через це бюджет щомісяця втрачає два з половиною мільярди гривень. Юридичний вісник України. 1–21 січня 2021 р., № 1–2.
5. Чернявський С.С., Джужа О.М. Перспективи вдосконалення кримінального законодавства України щодо шахрайства з податком на додану вартість. Актуальні проблеми кримінального права: матеріали XII Всеукр. наук.-теор. конф., присвяч. пам'яті проф. П.П. Михайленка (Київ, 18 листоп. 2021 р.) / редкол.: В.В. Черней, С.Д. Гусарев, С.С. Чернявський та ін. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2021. С. 17–21.
6. Довбаш Р.С. Методика розслідування злочинів, пов'язаних з незаконним відшкодуванням податку на додану вартість: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2009. 262 с.
7. Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ: Ваіте, 2017. 872 с.
8. Матышевский П.С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. Київ: Юринком, 1996. 240 с.
9. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. 1368 с.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

10. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 28 лютого 2019 р. у справі № 456/1181/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80181431> (дата звернення: 30.11.2021).
11. Школа С.М. Суб'єкт привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом заволодіння службовим становищем. Прикарпатський юридичний вісник. 2020. Вип. 4. С. 94–98.
12. Дудоров О.О., Житний О.О., Задоя К.П. та ін. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. 464 с.
13. Ханін С.Г. Посягання на бюджет. Шахрайство з ПДВ: непридатна стаття із суперечливими поняттями. Закон і Бізнес. 6–12 березня 2021 р., № 10.
14. Кримінальне право України (Особлива частина): підручник / За ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 2. Луганськ: вид-во «Елтон – 2», 2012. 703 с.
15. Мельниченко В. Фізична особа – підприємець як суб'єкт вчинення «зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми». Актуальні проблеми держави і права. 2021. Вип. 89. С. 49–54
16. Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задорі. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. 135 с.
17. Рак С.В. Службова особа як суб'єкт службової недбалості. Науковий вісник Херсонського державного університету. Юридичні науки. 2018. Вип. 1. Т. 2. С. 84–88.

Розвиток законодавства України про кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності: проблеми і тенденції²⁰

За результатами проведеного у 2015 р. розгорнутого дослідження ми встановили вражаючі параметри інтенсивності оновлення кримінального законодавства України про відповідальність за господарські злочини, водночас зробивши невтішний висновок про те, що такі нетипово високі кількісні показники законодавчої активності далеко не завжди позитивно відображаються на якості КК. Звичними для кримінально-правової політики у сфері охорони економічної діяльності в Україні були постійна зміна її векторів і суперечливість, внесення законодавчих змін без належного теоретичного обґрунтування, нерідко відсутність у нормативних новелах практичного сенсу [1, с. 217, 259]. З часу проведення згаданого дослідження минуло п'ять років, протягом яких, незважаючи на перестороги з боку науковців, правотворчість у вказаній частині продовжувала залишатись стабільно інтенсивною. Однак чи змінилась протягом цього періоду ситуація на краще? Чи почали парламентарії опікуватись не лише кількісними, а й якісними параметрами законотворчості?

Потребою отримання відповідей на поставлені та деякі інші пов'язані з ними питання і пояснюється написання цієї статті, метою якої є з'ясування (на підставі аналізу відповідних новел) тенденцій розвитку законодавства України про відповідальність за господарські кримінальні правопорушення (далі – к. пр.).

Аналізуючи зміни, яких розділ VII зазнав починаючи із 2015 р., слід пригадати таке: 1) у ньому з'явилась чергова новела (ст. 201-1); 2) одну статтю було виключено (ст. 205); 3) відразу дев'ять статей, розміщених у розділі VII, були уточнені. У межах цього дослідження (зважаючи на його обмежений обсяг) ми вирішили проаналізувати саме зазначені зміни, виходячи з того, що вони дозволяють отримати найбільш повне уявлення про вектори сучасної кримінально-правової політики щодо протидії господарським к. пр.

Нами не брались до уваги зміни, внесені до розділу VII на підставі законів: від 10 листопада 2015 р. «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення інституту спеціальної конфіскації з метою усунення корупційних ризиків при її застосуванні»; від 18 лютого 2016 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо виконання рекомендацій, які містяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан виконання Україною Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, стосовно удосконалення процедури арешту майна та інституту спеціальної конфіскації»; від 22 листопада 2018 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень». Предметом окремого наукового дослідження має стати ст. 209 КК, викладена у редакції Закону від 6 грудня 2019 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення».

Ще й таке технічне застереження: з 1 липня 2020 р. у системі кримінального законодавства України запроваджено двочленну класифікацію к. пр. із поділом їх на злочини та кримінальні проступки. У нашій статті при посиланні на опубліковані роботи вживатиметься і термін «злочин», яким раніше позначались будь-які винні кримінально протиправні діяння.

Зміни, пов'язані з криміналізацією контрабанди деревини. Передусім звернемо увагу на два аспекти, пов'язані з умовною назвою цієї підрубрики статті: 1) предметом к. пр., передбаченого ст. 201-1 КК, є лісоматеріали або пиломатеріали цінних та рідкісних порід дерев, лісоматеріали необроблені, а також інші лісоматеріали, заборонені до вивозу за межі митної території України. Через громіздкість відповідного формулювання надалі для зручності вживатиметься уніфікований термін «деревина»; 2) поява в КК нової заборони (ст. 201-1) лише частково може розглядатись як криміналізація у сенсі збільшення (розширення) обсягу поведінки, яка визнається кримінально протиправною, про що один із співавторів цієї статті вже писав [2, с. 87–90].

²⁰ Стаття написана у співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2020. Вип. 4. С. 120–140.

6 вересня 2018 р. Верховна Рада України (далі – ВРУ) ухвалила Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів та запобігання незаконному вивезенню необроблених лісоматеріалів» (далі – Закон від 6 вересня 2018 р.). Аналіз супровідних документів засвідчує, що його прийняття мало на меті забезпечення збереження лісового фонду країни шляхом обмеження внутрішнього споживання необроблених лісоматеріалів і посилення адміністративної та кримінальної відповідальності за незаконну вирубку лісу та подальший його експорт поза митним контролем (контрабанду).

Не заперечуючи того, що контрабанда деревини завдає істотної шкоди не лише господарським відносинам, а й відносинам, пов'язаним з охороною довкілля, водночас привернемо увагу до того, що не меншої шкоди вказаним відносинам завдає і поширена останнім часом контрабанда деяких інших видів природних ресурсів, наприклад, бурштину. Так, у серпні 2018 р. Запорізькою митницею ДФС було припинено спробу вивезення за межі України 1,2 тон бурштину, прихованого у мішках із пресованими та гранульованими паливними гранулами (пелетами) з тирси хвойних порід [3]. Звісно, можна апелювати до того, що зазначена протиправна поведінка може бути кваліфікована за ст. 240-1 КК, у диспозиції ч. 1 якої міститься варіативна вказівка на «незаконне перевезення» бурштину. Аналогічна вказівка, однак, міститься й у ч. 1 ст. 246 КК, що не завадило законодавцю виокремити спеціальну норму, присвячену контрабанді деревини. У зв'язку зі сказаним постає одразу декілька питань.

Чим пояснюється такий диференційований підхід до вирішення подібних проблем? Яким є оптимальний шлях вирішення позначеної проблеми? Невже це має бути доповнення КК черговою новелою, присвяченою цього разу вже контрабанді бурштину? До слова деякі автори не відкидають і такий варіант подолання прогальності, притаманної чинному КК, вбачаючи в його ст. 201-1 взірць для наслідування [3, с. 314]. Проте хіба кожного разу, коли в Україні ставатиме актуальною протидія контрабанді тих чи інших предметів, розділ VII має доповнюватись новими казуїстичними заборонами? Вважаємо, що ні. Як реальний приклад змодельованої (української) ситуації пригадаємо, що у березні 2020 р. у зв'язку із початком «коронавірусної кризи» Кабінет Міністрів України виступив із законодавчою ініціативою щодо доповнення КК ст. 201-2, в якій пропонувалось встановити відповідальність за вчинювану у значному розмірі контрабанду товарів протиепідемічного призначення [4].

Наведені міркування змушують із «ностальгією» згадувати первинну, тобто діючу до моменту набрання чинності Законом 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.), редакцію ст. 201 КК, якою передбачалась відповідальність за контрабанду: 1) «звичайних» предметів (товарів), вчинену у великих розмірах; 2) специфічних предметів (незалежно від їхніх розмірів).

Відтак, за умови відновлення такої (подібної) редакції згаданої кримінально-правової заборони, потреба у доповненні розділу VII відповідними новелами автоматично відпала б, адже: 1) за нею можна було б кваліфікувати вчинювану у певних розмірах контрабанду деревини, бурштину або товарів протиепідемічного призначення, а так само рідкісних видів тварин і рослин, тютюнових виробів, пально-мастильних матеріалів тощо, вимушено не звертаючись при цьому до розміщених в інших розділах Особливої частини КК статей, покликаних забезпечувати охорону (головним чином) інших правовідносин; 2) за умови оцінки парламентаріями суспільної небезпеки відповідних різновидів контрабанди як таких, що вимагають встановлення кримінальної відповідальності за їхнє вчинення незалежно від масштабів, достатньо було б доповнити перелік згаданих в «універсальній» статті КК специфічних предметів вказівкою на деревину, бурштин тощо. Тут доречно нагадати, що у первинній редакції ст. 201 КК фігурували, зокрема, «стратегічно важливі сировинні товари, щодо яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення за межі України», до яких свого часу були віднесені і відповідні лісоматеріали та пиломатеріали, тобто предмети, які наразі є предметом к. пр., передбаченого ст. 201-1 КК.

До речі, у висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ (далі – ГНЕУ ВРУ) на законопроект, згодом ухвалений як Закон від 6 вересня 2018 р., слушно зазначалось, що включення до КК спеціальних норм на кшталт ст. 201-1 має бути обумовлено підвищеним або пониженим рівнем суспільної небезпеки діяння, якому присвячено спеціальну норму, порівня-

но з діянням, передбаченим загальною нормою. Проте навряд чи контрабанда необроблених лісоматеріалів є більш або менш суспільно небезпечним діянням, ніж, наприклад, контрабанда культурних цінностей, яка кваліфікується за ч. 1 ст. 201 КК. Парламентські експерти вказали і на те, що на розгляді ВРУ знаходиться декілька законопроектів, присвячених вирішенню проблеми контрабанди підакцизних товарів, бурштину тощо, і що найкращим способом розв'язання проблеми було б повернення до попередньої редакції ст. 201 КК «Контрабанда».

Свого часу нами так само наводились аргументи на користь рекриміналізації «товарної» контрабанди [1, с. 241–243]. Співзвучно висловлюється Д. В. Каменський: «Таке рішення сприятиме удосконаленню кримінально-правової охорони порядку здійснення зовнішньо-економічної діяльності, суб'єктами якої є вітчизняні компанії, а також матиме позитивний фінансовий ефект у частині поповнення доходної частини державного бюджету» [6, с. 1115–1116]. Про доцільність відновлення кримінальної відповідальності за контрабанду товарів ведуть мову й інші дослідники, зокрема Д. В. Бабіков [7, с. 89–92], О. Ю. Бусол [8] і Т. О. Михайліченко [9, с. 248–253], яка з-поміж іншого пише про доцільність рішення парламентаріїв істотно – зі 100 до 18 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян зменшити великий розмір як криміноутворювальну ознаку складу злочину, передбаченого ст. 201-1 КК (Закон від 25 квітня 2019 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів»), а так само про незначну практичну затребуваність ст. 201-1 КК попри зусилля законодавця реагувати на проблему контрабанди деревини.

На користь обстоюваної нами та іншими фахівцями ініціативи свідчить як європейський досвід [10], так і вже доведена неефективність інших правових заходів протидії відповідному правопорушенню та його масштаби, що зростають з кожним роком. За інформацією аналітиків, наслідками такого негативного явища, як «товарна» контрабанда, є те, що Україна має велику «діру» в бюджетних надходженнях, недоотримуючи 70–100 млрд грн щорічно, при тому, що державний бюджет дорівнює 991 млрд грн [11; 12]. Крім цього, характерна для чинної редакції ст. 201 КК обмеженість кола предметів контрабанди породжує і деякі інші, «суміжні» кримінально-правові проблеми. Зокрема, та обставина, що «товарна» контрабанда не виступає предикатним діянням стосовно відмивання «брудних» коштів, українською негативно оцінюється нашими європейськими партнерами [13, с. 56, 138].

Отже, включення до КК ст. 201-1, посилюючи його казуїстичність, є фрагментарним (стосовно вузько визначеного кола предметів) вирішенням певної проблеми. Рекриміналізація контрабанди заборонених для експорту видів деревини як чинника, що, поза всяким сумнівом, сприяє розповсюдженню незаконної порубки лісу, із змістовної точки зору заслуговує на підтримку, що, однак, не можна сказати про обраний законодавцем спосіб розв'язання цієї кримінально-правової проблеми.

Зміни, пов'язані з легалізацією грального бізнесу. 14 липня 2020 р. ВРУ прийняла Закон «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» (далі – Закон від 14 липня 2020 р.). Головним наслідком його ухвалення стало скасування (з урахуванням обмежень, передбачених у Прикінцевих та Перехідних положеннях) існуючої з 2009 р. абсолютної заборони на зайняття гральним бізнесом, що, своєю чергою, обумовило внесення змін до ст. 203-2 КК. В її оновленій редакції йдеться, що слід визнати логічним, вже не про легалізоване наразі «зайняття гральним бізнесом», а про «незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей».

Це рішення, на необхідності ухвалення якого ми наполягали ще в 2015 р. [1, с. 226–236], заслуговує схвальної оцінки. Гральний бізнес не вимагав тотальної заборони та, як наслідок, встановлення кримінальної відповідальності за будь-які прояви порушення цієї заборони – як це було зроблено згідно із законами від 15 травня 2009 р. «Про заборону грального бізнесу в Україні» (далі – Закон від 15 травня 2009 р.) і від 22 грудня 2010 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення законодавства про заборону грального бізнесу в Україні». Фахівці констатували, що законодавча заборона грального бізнесу не дала істотних позитивних результатів. Наприклад, букмекерська діяльність процвітає на теренах України; букмекерські контори працюють під юридичним статусом лотерей і мають ліцензії іноземних держав, де букмекерство є законною діяльністю. Відмовляючись від законодавчого регулювання

грального бізнесу, держава втрачає істотні надходження до бюджету, а гроші гравців, які роблять ставки онлайн на сайтах іноземних букмекерів, надходять за кордон [14, с. 84–85].

Відтак гральний бізнес потребував належного державного регулювання зі встановленням кримінальної відповідальності лише за найбільш небезпечні порушення передбаченого порядку провадження відповідної правомірної діяльності, що й було задекларовано метою ухвалення Закону від 14 липня 2020 р. «Функція держави щодо грального бізнесу – не забороняти, а дозволяти та регулювати» [15]. Водночас через викладення ст. 203-2 КК в її новій (чинній наразі) редакції постає низка взаємопов'язаних питань:

1) чому із 34 видів діяльності, які підлягають ліцензуванню відповідно до Закону «Про ліцензування видів господарської діяльності» (ч. 1 ст. 7), кримінально караним визнається провадження без ліцензії саме і лише тих видів, про які йдеться у ст. 203-2 КК (звичайно, поряд із деякими іншими видами діяльності, згаданими у КК (статті 138, 204, 213 тощо)), у той час, як зайняття без ліцензії більшістю іншими ліцензованими видами діяльності тягне лише адміністративну відповідальність (ст. 164 КУпАП)? У цьому контексті пригадується, наприклад, що грузинські парламентарії поряд із загальною нормою про незаконну підприємницьку діяльність окремо передбачили відповідальність за незаконну освітню та виховну діяльність (статті 192-1, 192-2 КК Грузії), а у кримінальних кодексах багатьох інших країн виділено спеціальні норми про незаконну фінансову (зокрема, банківську) діяльність;

2) чи були підстави для вказівки у ст. 203-2 КК не тільки на азартні ігри, а й на лотереї, про які у цьому контексті згадують парламентарії лише деяких країн, і чи є проведення лотерей особою, яка не має статусу оператора лотерей, більш суспільно небезпечним, ніж, наприклад, здійснювана без ліцензії банківська діяльність або діяльність з надання фінансових послуг? Схильні давати на це питання негативну відповідь й особливо з огляду на ту обставину, що зарубіжні фахівці з урахуванням накопиченого досвіду наголошують на фундаментальній різниці лотереї від високоризикового азарту і на тому, що законодавче регулювання лотерейної діяльності та грального бізнесу варто розмежовувати [16];

3) чи доцільною є відмова у межах оновленої ст. 203-2 КК від вказівки на дохід у великих розмірах (інший подібний показник) як на характеристику забороненого діяння і критерій розмежування кримінально- та адміністративно- караної поведінки? Нагадаємо, що в існуючій раніше ст. 202 КК містилась подібна вказівка, яка дозволяла зосередити зусилля правоохоронців на справді суспільно небезпечних формах нелегального бізнесу і не відволікати їхню увагу на поведінку дрібних «вимушених підприємців». При цьому на окрему увагу заслуговує той факт, що відповідна обставина («пов'язаність із отриманням доходу у великих розмірах») наразі виступає підставою для посилення адміністративної відповідальності за порушення порядку провадження господарської діяльності (ч. 2 ст. 164 КУпАП). Отже, сьогодні ми отримали вкрай нелогічну ситуацію, коли незаконна організація або проведення азартних ігор, лотерей тягне кримінальну відповідальність незалежно від масштабів такої діяльності, а здійснення без ліцензії інших видів діяльності, про які йдеться у ч. 1 ст. 7 Закону «Про ліцензування видів господарської діяльності», навіть якщо це пов'язане з отриманням доходу у великих розмірах, – лише адміністративну відповідальність (ч. 1 або за ч. 2 ст. 164 КУпАП);

4) чи можна вважати виправданою вказівку у ст. 203-2 КК лише на здійснення відповідної діяльності без ліцензії і незгадування при цьому про порушення істотних умов ліцензування? Це може бути прийом ставки в особи, яка не може бути гравцем відповідно до закону, розміщення грального обладнання поза межами гральних закладів (спеціальних гральних зон), інші серйозні порушення вимог Закону від 14 липня 2020 р. Але ж подібні діяння: а) відносяться до моральності, які є додатковим обов'язковим об'єктом розглядуваного к. пр., можуть завдати навіть більшої шкоди, ніж прояви протиправної поведінки, заборонені чинною редакцією ст. 203-2 КК; б) криміналізовані у багатьох інших країнах, моделі кримінально-правової протидії незаконній діяльності у сфері азартних ігор яких можна вважати подібними до запровадженої наразі в Україні (ст. 557 КК Бельгії, ст. 327 КК Болгарії, ст. 307 КК Казахстану, ст. 243-А КК Перу, ст. 171-2 КК РФ тощо).

Якщо у попередньому випадку ми згадували первинну редакцію ст. 201 КК, то у ситуації, пов'язаній з легалізацією грального бізнесу, із жалем доводиться вказувати на відсутність іншої загальної норми, яка була виключена з розділу VII на підставі Закону від 15 листопада 2011 р., – ст. 202

«Порушення порядку зайняття господарською та банківською діяльністю» (загалом це стосується і ст. 203 «Зайняття забороненими видами господарської діяльності»), присутність якої (яких) дозволила б значною мірою усунути ґрунт для виникнення дискусійних питань, окреслених вище.

Щоправда, слід бути свідомим того, що згадана ст. 202 КК не могла претендувати на звання «еталону» законотворчості. Зокрема, справжнім каменем спотикання для теоретиків і практиків був дохід, який відігравав у складах злочину, передбаченого ч. 1 і ч. 2 ст. 202 КК, роль криміноутворювальної ознаки. Навряд чи вдалою була і позиція законодавця, який у цій статті КК однакового кваліфікуючого значення надавав факту відсутності державної реєстрації суб'єкта господарювання, факту відсутності ліцензії на певний вид господарської діяльності і факту порушення ліцензійних умов. Отже, повернення відповідних заборон до тексту КК має здійснюватись не шляхом механічного відтворення їхніх попередніх редакцій, а з урахуванням здобутків кримінально-правової доктрини.

Зміни, пов'язані зі зменшенням тиску на бізнес. 18 вересня 2019 р. ВРУ прийняла Закон «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо зменшення тиску на бізнес» (далі – Закон від 18 вересня 2019 р.). Якщо у двох попередніх підрубриках ми вели мову про такий собі законодавчий партикуляризм, то у цьому разі ми маємо справу з іншою тенденцією кримінально-правової політики у сфері протидії господарським к. пр., започаткованим Законом від 15 листопада 2011 р. Йдеться про бажання стимулювати розвиток економічних відносин за рахунок здійснюваної в різних формах і здебільшого без належного обґрунтування гуманізації кримінальної відповідальності за вчинення господарських деліктів. Цього разу «під приціл» потрапили статті 205 і 212 КК, які з легкої руки парламентаріїв були названі «інструментами зловживань та засобами тиску на бізнес», який (тиск) підлягав усуненню шляхом одночасного: 1) виключення з КК ст. 205 «Фіктивне підприємництво»; 2) істотного збільшення кількісних показників матеріальної шкоди як криміноутворювальної та кваліфікуючої (особливої кваліфікуючої) ознак кримінально протиправного ухилення від сплати податків і зборів (ст. 212 КК). Однак чи були підстави для ухвалення подібних законодавчих рішень? Спробуємо це з'ясувати.

Питання скасування окремої кримінальної відповідальності за фіктивне підприємництво виникло не на «порожньому місці». Так, із вуст адвокатів, які захищали інтереси вітчизняних підприємців у відносинах із фіскальними органами, останнім часом все частіше лунали закиди щодо того, що: ст. 205 КК, не виконуючи превентивну функцію, нерідко використовується правоохоронцями як інструмент тиску на бізнес; визнання недійсними (у зв'язку з їхньою безтоварністю) господарських операцій платників податків із контрагентами, що мають ознаки фіктивності, тягне для законотворчих підприємців значні фінансові втрати; кримінальне переслідування, здійснюване за ст. 205 КК, передусім має на меті не покарання осіб, винуватих у вчиненні злочину, передбаченого цією статтею, а збирання доказів щодо ухилення від сплати податкових внесків, тобто самостійного, відмінного від фіктивного підприємництва злочину [17]. На подібних обставинах акцентували увагу й автори аналізованої законодавчої ініціативи, пояснюючи необхідність її реалізації передусім неспроможністю при застосуванні ст. 205 КК досягнення мети кримінальної відповідальності та проблемами її застосування, що полягає, зокрема у використанні як доказової бази фактів та обставин, установлених вироком суду, винесеного за ст. 205 КК, і матеріалів досудового розслідування під час притягнення до фінансової відповідальності за порушення норм податкового законодавства.

Відзначимо і те, що з моменту ухвалення чинного КК завжди знаходились фахівці (і теоретики, і практики), які відмовляли кримінально-правовій забороні, присвяченій фіктивному підприємству, у праві на самостійне існування. Певна логіка у такій позиції, звісно, є, зокрема через те, що розглядуване к. пр., як правило, позбавлене самостійного характеру. Із цього приводу у Пояснювальній записці до законопроектів, ухваленого як Закон від 18 вересня 2019 р., зазначалось, що виключення з КК ст. 205 дозволить розглядати створення або придбання суб'єктів підприємницької діяльності з метою прикриття незаконної діяльності або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона, як готування до злочину, а прикриття незаконної діяльності за допомогою фіктивного підприємництва зможе розцінюватись як спосіб вчинення певних злочинів (ухилення від сплати податків, шахрайства тощо).

Водночас хотілось б пригадати зауваження парламентських експертів, які, коментуючи відповідну аргументацію, акцентували увагу на тому, що будь-який законопроект, метою якого є декриміналізація певного кримінально караного діяння, повинен мати серйозне обґрунтування і бути результатом аналізу практики застосування певної статті КК. Викладені ж авторами Закону від 18 вересня 2019 р. аргументи свідчать лише про наявність певних службових зловживань з боку працівників правоохоронних органів і суддів, а також про необхідність боротьби з такими негативними явищами.

Щодо згаданого фахівцями ГНЕУ ВРУ «аналізу практики», то він якраз і засвідчує, що замість поодинокого застосування відповідної статті КК, яке могло слугувати аргументом на користь декриміналізації передбаченого нею діяння, ст. 205 КК була досить активно затребувана право-застосувачами. З усіх заборон, розміщених у розділі VII, саме ця норма разом зі статтями 199, 205-1, 213, 204 КК складала за інтенсивністю застосування «п'ятірку лідерів». Так, протягом 2018 р. за фіктивне підприємництво було засуджено 141 особу, а за 2019 р. – 81 особу [18, с. 73].

Як відомо, ст. 205 КК безпосередньо стосувалась конвертації – як і раніше, злободенного прояву тіншової економіки. Причини, які спонукають керівників суб'єктів «реального» сектору економіки займатися конвертацією безготівкових коштів у готівку, загальновідомі (високий рівень оподаткування фонду зарплати, який зумовлює економічну доцільність позакасових форм оплати праці; прагнення ухилитись від сплати ПДВ і податку на прибуток підприємств; необхідність сплачувати готівкою за послуги кримінального або номенклатурного «даха»; бажання мати готівкові кошти для здійснення повсякденної фінансово-господарської діяльності тощо). Ринок конвертаційних послуг вважається однією з форм функціонування ринкової економіки за умов недосконалої системи оподаткування та корупції, що її прикриває. Як відзначають фахівці, навіть жорстка політика НБУ щодо очищення банківського сектору не зупинила роботу конвертаційних центрів в Україні; пов'язані з тіншовою економікою транзакції можуть бути присутні в будь-якому банку в обсязі до 5 % від усіх операцій [19]. У результаті функціонування розгалуженої мережі фіктивних суб'єктів підприємницької діяльності та їхніх високоорганізованих неформальних об'єднань – конвертаційних центрів щорічно зазнають багатомільйонних збитків держава, громадяни та юридичні особи [17].

Утім, сприяння незаконній конвертації – не єдина сфера докладання зусиль зловмисників, які стоять за фіктивними суб'єктами господарювання: останні використовуються і для шахрайства та відмивання коштів, одержаних злочинним шляхом, створення передумов для ухилення від сплати податкових і соціальних внесків, безпідставного отримання з бюджету відшкодування ПДВ, досягнення інших протиправних цілей. Наприклад, фірми з ознаками фіктивності були задіяні для реструктуризації кредитного портфелю Приватбанку на суму 110 млрд грн [20]. НБУ вказує на те, що компанії-оболонки, тобто фіктивні компанії створюються для участі в схемах відмивання коштів, ухилення від сплати податків, приховування корупційних та інших злочинів [21]. Конвертаційні центри, в яких залучені фіктивні компанії, через які кошти розподіляються із «реального» сектору у тіншовий, є однією з найпоширеніших технологій відмивання «брудних» коштів, ключовим ризиком останнього. Фіктивне підприємництво до його декриміналізації (поряд з ухиленням від сплати податків, шахрайством, розкраданням державних коштів і зловживанням службовим становищем) входило до топ п'ятірки предикатних злочинів, у зв'язку з чим наші європейські партнери висловлювались за посилення кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ст. 205 КК, «із застосуванням переконливих строків позбавлення волі» [13, с. 6, 16, 17, 33, 43, 61, 66].

Отже, питання кримінальної відповідальності за таке негативне явище в економіці, як фіктивне підприємництво, зберігає свою актуальність і нині – навіть після здійснення його часткової декриміналізації. Переконані в тому, що основна проблема полягала не стільки в наявності статті КК про фіктивне підприємництво та її якості, хоч і стосовно останньої далеко не все було гаразд [22; 23], скільки у некваліфікованому застосуванні цієї кримінально-правової заборони. Зокрема, вказівка у виключеній з КК ст. 205 на мету прикриття незаконної діяльності, хоч і не повною мірою враховувала процесуальну здійсненність кримінального переслідування як один із принципів криміналізації, загалом правильно орієнтувала правоохоронні органи на притягнення до кримінальної відповідальності фактичних управлінців підприємств, а не тих осіб «із пониже-

ною соціальною відповідальністю», які виступали лише «живим» знаряддям в руках злочинців. Щоправда, на практиці на зазначений нюанс кримінально-правової характеристики фіктивного підприємництва належна увага зазвичай не зверталась. Слід зазначити і те, що не проблемою якості КК була поширеність судової практики, у межах якої статус фіктивного підприємства визнавався несумісним з легальною підприємницькою діяльністю навіть за формального її підтвердження первинними документами і слідування якій (практиці) серйозно погіршувало фінансове становище суб'єктів господарювання із «реального» сектору економіки

Невисока якість законотворчості, яка ігнорувала рекомендації кримінально-правової науки, у поєднанні з недолугою правозастосовною практикою не могла не провокувати появу радикальних пропозицій на кшталт вилучення з КК ст. 205. На жаль, такий несприятливий сценарій, який, за слушним висловлюванням В. В. Голіни, «знаходиться зовні правового поля і нічого спільного з наукою кримінального права і демократичною практикою не має» [24, с. 110], унаслідок прийняття Закону від 18 вересня 2019 р. став реальністю. Тим самим проігноровано превентивну роль кримінального закону, який має забезпечувати стабільність господарського обороту і попереджати появу в економічній сфері суб'єктів, з якими держава, законотворці та юридичні та фізичні особи побоюються вступати у правовідносини.

Така політика держави видається не зовсім зрозумілою, оскільки на сьогодні має місце не правильне застосування й інших норм кримінального закону. Отже, «можна декриміналізувати весь КК, однак ефективності й користі від таких заходів очікувати не варто» [25]. До слова на практиці для неправомірного втручання правоохоронців в діяльність суб'єктів господарювання нерідко використовуються кримінальні провадження, відкриті, зокрема, за статтями 191, 209, 358, 366 КК [26]. Якщо дотримуватись хибної логіки, яка взяла гору при ухваленні законодавчого рішення про виключення ст. 205 з КК, то слід декриміналізувати і к. пр., передбачені названими статтями КК.

Як слушно зазначає О. І. Бойцов, створення та існування псевдо-комерційних організацій саме по собі коливає засади бізнесу, а тому має каратись як самостійний злочин; діяння ж, які вчиняються «під дахом» таких організацій, повинні отримувати самостійну кримінально-правову оцінку залежно від ураженого об'єкта [27, с. 383]. Передчасність декриміналізації фіктивного підприємництва визнається і Д. В. Каменським, який називає її недостатньо обґрунтованим кроком вітчизняного законодавця, навіть визнаючи при цьому чималий обсяг конструктивної критики на адресу відповідної заборони [6, с. 305]. Виявляється також, що виключення з КК ст. 205 створило серйозні перешкоди для розслідування відмивання коштів, одержаних злочинним шляхом, зокрема в іноземних юрисдикціях, у зв'язку з чим фахівцями ставиться питання про запровадження кримінальної відповідальності за такий різновид фінансового шахрайства, як створення/використання інфраструктури фіктивних фірм, підставних осіб, неіснуючих/безтоварних операцій [28].

Ще менш переконливим виглядає обґрунтування, наведене розробниками Закону від 18 вересня 2019 р. у частині збільшення кількісних показників матеріальної шкоди як ознаки к. пр., передбаченого ст. 212 КК.

По-перше, доволі дивним (щоб не сказати – відверто непрофесійним) виглядає кількаразове згадування в 2019 р., тобто через понад як 6 років, що минули з моменту набрання чинності КПК України, про «порушення кримінальної справи». Хоч ця помилка і носить здебільшого технічний характер, її допущення на рівні законопроектної діяльності (тим більше при обґрунтуванні внесення змін, які впливають на визначення меж кримінально протиправної поведінки) зайвий раз демонструє «фаховий» рівень авторів аналізованої законодавчої ініціативи.

Задля справедливості мусимо зазначити, що робота ВРУ попереднього (8-го) скликання в частині оновлення кримінального законодавства про відповідальність за господарські к. пр. була не менш «якісною». Усього один показовий приклад: у диспозиції ч. 2 ст. 204 КК, викладеної у редакції Закону від 23 листопада 2018 р. «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо покращення адміністрування та перегляду ставок окремих податків і зборів», виявились пропущеними слова «шляхом відкриття підпільних цехів або з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів».

По-друге, серйозніші нарікання викликає змістовна наповнюваність згаданого вище обґрунтування, яке загалом зводиться до того, що: а) «порушення кримінальної справи» – це фактично паралізація роботи підприємств, яка призводить до негативного впливу на його функціонування, а в масштабі країни – на весь бізнес-клімат; б) такі «кримінальні справи» часто «порушуються» за поверхневими, неповністю з'ясованими обставинами та, як наслідок, невелика частка відкритих проваджень завершується переданням обвинувального акту до суду. Останній факт у Пояснювальній записці до законопроекту, ухваленого як Закон від 18 вересня 2019 р., підтверджується посиланням на офіційні статистичні дані Генеральної прокуратури України (далі – ГПУ), які засвідчують, що за перше півріччя 2019 р. завершено розслідування у 376 кримінальних провадженнях щодо ухилення від сплати податків, з яких 241 провадження закрито у зв'язку з відсутністю складу к. пр. і ще 118 проваджень закрито у зв'язку із переданням клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності (тобто 84 % із завершених).

Коментуючи як вказані аргументи загалом, так і відповідну статистичну інформацію зокрема, хотілося б звернути увагу на те, що розслідування саме економічних к. пр. традиційно вважається одним із найбільш складних для правоохоронних органів. Причому це пов'язано не лише зі складністю відповідних кримінально-правових заборон, включаючи їхню традиційну бланкетність, і проблемністю доказування (саме через це, наприклад, дуже складно застосувати ст. 212 КК до керівників конвертаційних центрів [29]), а й зі специфічними властивостями особи кримінального правопорушника, яка, як відомо, вирізняється високим освітнім та інтелектуальним рівнем, а також маскуванню злочинної діяльності за допомогою поєднання законних й протиправних шляхів задоволення корисливого інтересу у сфері бізнесу [30, с. 526]. У зв'язку з цим згадані авторами Закону від 18 вересня 2019 р. тенденції характерні не лише для ухилення від сплати податків, зборів, а й для інших господарських к. пр., причому навіть тих, розслідуванню яких, здавалося б, не притаманний рівень складності, характерний для делікту, забороненого ст. 212 КК.

Так, звернувшись, як і суб'єкти аналізованої законодавчої ініціативи, до офіційної інформації ГПУ, ми побачимо, що за 2019 р. за ст. 199 КК відкрито 800 кримінальних проваджень, з яких до суду направлено лише 40; за ст. 203-2 КК відповідне співвідношення складає 748 до 5; за ст. 206-2 КК – 114 до 5; за ст. 210 КК – 14 до 0; за ст. 229 КК – 58 до 3. Однак стосовно згаданих заборон у парламентаріїв питань чомусь не виникло. Ще й таке: згадані у Пояснювальній записці до аналізованого законопроекту статистичні дані про співвідношення кількості кримінальних проваджень, відкритих за ст. 212 КК, і кількості проваджень, які завершилися складанням обвинувальних актів і передачею їх до суду, з розмірами несплачених податкових внесків жодним чином не корелюються.

Але найбільше нарікань викликають висновки, зроблені ініціаторами ухвалення Закону від 18 вересня 2019 р.: наведені вище аргументи вони сприйняли як доказ того, що лише гуманізація кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, зборів дозволить створити сприятливіше середовище для функціонування бізнесу в Україні. У своєму нестримному бажанні «зменшити тиск на бізнес» парламентарії знехтували усіма канонами правотворчості і дійшли (вибачте, шановні читачі, за категоричність) просто до абсурду, коли чутливе і таке, що має далекосяжні соціальні наслідки, рішення про істотне підвищення показників значного, великого та особливо великого розмірів коштів, від яких буде залежати кваліфікація ухилення від сплати податків, зборів, ухвалюється не на основі ретельного дослідження відповідності попередніх показників принципу суспільної небезпеки як визначального фактору віднесення діяння до числа кримінально караних (криміналізації), а просто через те, що розслідування відповідної категорії кримінальних проваджень супроводжується істотними вадами та має низькі показники результативності.

У висновку ГНЕУ ВРУ на законопроект, ухвалений як Закон від 18 вересня 2019 р., слушно зазначається, що пропонується гуманізація кримінальної відповідальності для відповідної категорії платників податків, зборів є юридично необґрунтованим кроком, який може призвести до ненадходження до державного та (або) місцевих бюджетів України значних сум грошових коштів, а отже, до недофінансування багатьох бюджетних сфер нашої держави (у т. ч. соціальної). Адже механізми податкового контролю, передбачені чинним податковим законодавством, досить ча-

сто менш ефективні порівняно із запобіжним впливом кримінально-правових санкцій. Складно не погодитись і з висловленою в юридичній літературі думкою про те, що «занадто демократизоване українське суспільство, а також зловмисники можуть трактувати процеси декриміналізації як ілюзію безкарності у сфері господарської діяльності, що призведе до правового нігілізму» [31, с. 165].

Цікаво, а чи не подумували парламентарії про те, що сприятливе середовище для функціонування бізнесу в Україні могло б створити виключення з КК ст. 212, а заразом і ст. 212-1 КК «Ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»?

Дотримуючись логіки законодавця, можна вивести таку формулу: «менша кількість відкритих кримінальних проваджень = менша кількість закритих кримінальних проваджень та зловживань при їхньому розслідуванні». Інакше кажучи, вади розслідування кримінальних проваджень народні депутати України вирішили усувати не за допомогою здійснюваних у комплексі заходів – підвищення рівня кваліфікації та посилення контролю за діями правоохоронних органів (зокрема, з боку прокуратури), розроблення методичних рекомендацій щодо найбільш складних питань розслідування і кваліфікації, усунення корупціогенних чинників тощо, а шляхом «просто-го» зменшення кількості відповідних кримінальних проваджень, яке буде (стало) прогнозованим наслідком кількаразового збільшення значних, великих та особливо великих розмірів як ознак кримінально караного ухилення від сплати податків і зборів.

Чинному КК, як відомо, притаманна довільність кількісних параметрів криміноутворювальних і кваліфікуючих ознак складів к. пр. Не втомлюємось повторювати, що для вироблення обґрунтованих вартісних критеріїв кримінальної протиправності діянь у сфері господарської діяльності (і не лише тут) необхідним є проведення досліджень – кримінологічних (зокрема, за участю економістів і соціологів), емпіричних (подібних до того, яке свого часу здійснив В. Л. Чубарев, з'ясовуючи розміри заподіяної матеріальної шкоди як фактору тяжкості злочинного діяння [32]), а так само матеріалів правозастосовної практики.

Проведений аналіз дозволив переконатись у тому, що протягом останнього п'ятирічного періоду кримінально-правова політика держави у частині протидії к. пр. у сфері господарської діяльності в Україні не зазнала докорінних змін. Її (політики) двома головними тенденціями, започаткованими ще Законом від 15 листопада 2011 р., продовжують залишатись:

1) надання переваги спеціальним (казуїстичним) кримінально-правовим заборонам, послуго-вування якими дозволяє лише інтуїтивно та фрагментарно реагувати на наявність тих чи інших економічних зловживань. Натомість бажаним є комплексний і системний підхід до кримінально-правової охорони господарської та фінансової діяльності. Саме такий підхід (звичайно, не без вад) втілювала первинна редакція розділу VII, для якого була характерна наявність загальних норм на кшталт згаданих нами статей 201 і 202 КК;

2) гіперболізація ролі репресивного впливу кримінально-правових заборон як фактору, що погіршує бізнес-клімат і заважає нормальному розвитку економічних відносин. Як наслідок, має місце здійснювана в різних формах і водночас зазвичай необґрунтована і така, що не враховує рекомендації кримінально-правової доктрини, гуманізація кримінальної відповідальності за вчинення господарських і прирівняних до них к. пр.

За таких обставин залишається сподіватись на фаховість і працездатність учасників Робочої групи, яка опікується розробленням проекту нового КК та яка приступила до написання його Особливої частини. «Правонаступник» розділу VII, на нашу думку, має охопити щонайменше такі складові, як кредитна система (передусім інститут банкрутства), інвестиції, фінанси (включаючи справляння податків і соціальних внесків, грошовий обіг і сферу безготівкових розрахунків), зовнішньоекономічна діяльність і сфера митного адміністрування, підприємництво, засади сумлінної конкуренції та споживчий ринок.

1. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Законодавство України про кримінальну відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності – час визначитись зі стратегією розвитку. Вісник Асоціації кримінального права України. 2015. № 2. С. 215–263.

2. Дудоров О. О. Законодавчі новели щодо кримінально-правової охорони українських лісів – обґрунтоване посилення відповідальності чи її не виправдана гуманізація? Гуманізація кримінальної відповідальності: матеріали II Міжнародного науково-практичного симпозиуму (м. Івано-Франківськ, 16–17 листопада 2018 року). Івано-Франківськ: Редакційно-видавничий відділ Університету Короля Данила, 2018. С. 85–95.
3. Україна без контрабанди. Результати боротьби з ухиленням від сплати митних платежів: звіт ДФС України. URL: <http://sfs.gov.ua/data/files/227915.pdf> (дата звернення: 15.12.2020).
4. Поліщук Г. С. Щодо криміналізації контрабанди бурштину. Кримінальне право в умовах глобалізації суспільних процесів: традиції та новації: матеріали міжнар. наук.-практ. круглого столу, м. Харків, 15 трав. 2020 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), Л. М. Демидова (заст. голов. ред.), А. П. Гетьман та ін. Харків: Право, 2020. С. 312–315.
5. Проект Закону України від 27 березня 2020 р. № 3271 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо криміналізації вивезення (пересилання) через митний кордон України товарів протиепідемічного призначення». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=3271&skl=10 (дата звернення: 15.12.2020).
6. Каменський Д. В. Відповідальність за економічні злочини у Сполучених Штатах Америки та Україні: порівняльно-правове дослідження: монографія / переднє слово д-ра юрид. наук, проф. О. О. Дудорова. Київ: ВД «Дакор», 2020. 1128 с.
7. Бабіков Д. В. Проблеми кримінальної відповідальності за контрабанду товарів у сучасних умовах підтримання безпеки на державному (митному) кордоні України. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2019. Вип. 3. С. 87–99.
8. Бусол О. Проблема контрабанди в Україні: як змінити систему протидії? Юридичний вісник України. 13–19 грудня 2019 р., № 50.
9. Михайліченко Т. О. І знову щодо питання контрабанди. Кримінальне право в умовах глобалізації суспільних процесів: традиції та новації: матеріали міжнар. наук.-практ. круглого столу, м. Харків, 15 трав. 2020 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), Л. М. Демидова (заст. голов. ред.), А. П. Гетьман та ін. Харків: Право, 2020. С. 248–253.
10. Сарапінас В. Чому в ЄС контрабанда криміналізована, а митниця має правоохоронні функції? Як підвищення відповідальності за порушення допомагає ефективніше боротися з контрабандою у країнах ЄС. URL: <https://www.erpravda.com.ua/columns/2020/12/10/669042> (дата звернення: 15.12.2020).
11. Капітанець С. В. Незаконне переміщення товарів через митний кордон України як реальна загроза економічній безпеці держави. URL: <https://www.ndifp.com/1149> (дата звернення: 15.12.2020).
12. Гетман О. Уклонение и избежание. URL: <https://zn.ua/macrolevel/uklonenie-i-izbezhanie.html> (дата звернення: 15.12.2020).
13. Заходи щодо боротьби з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму. Україна. Звіт за результатами п'ятого раунду взаємної оцінки. Підготовлений Комітетом експертів Ради Європи з оцінки заходів протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму (MONEYVAL). Грудень 2017 року. 231 с. URL: http://finmonitoring.in.ua/wp-content/uploads/2018/03/zvit_ukr.pdf (дата звернення: 15.12.2020).
14. Денисов С. Ф., Кулик С. Г. Криміногенний вплив букмекерства та беттінгу на сферу спорту. Вісник Кримінологічної асоціації України. 2019. Спецвипуск. С. 77–87.
15. Астапов А. Гральний бізнес: функція держави – не забороняти, а дозволяти та регулювати. URL: <https://legalhub.online/blogy/gralnyj-biznes-funktsiya-derzhavy-ne-zaboronyaty-a-dozvolyyaty-ta-regulyuvaty> (дата звернення: 15.12.2020).
16. Систему контролю за игорним бізнесом нельзя построить за две недели – Филипп Флемминк. URL: https://protocol.ua/ru/sistemu_kontrolya_za_igornim_biznesom_nelzya_postroit_za_dve_nedeli_filipp_flemminck (дата звернення: 15.12.2020).
17. Злочин чи спосіб учинення? Закон і Бізнес. 8–14 квітня 2017 р. № 14.
18. Стан здійснення судочинства в Україні судами кримінальної юрисдикції у 2019 році. Опрацьовано статистичні дані Державної судової адміністрації України, Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Київ: Верховний Суд, 2019. 102 с. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Analiz_kramin_sud_2018.pdf (дата звернення: 15.12.2020).
19. Ормоцадзе М. Почему теневая экономика не может существовать без банков. URL: https://lb.ua/economics/2017/05/10/365907_rochemu_tenevaya_ekonomika.html (дата звернення: 15.12.2020).
20. Компанії с признаками фиктивности должны Приватбанку 110 млрд. гривен. URL: https://lb.ua/economics/2017/05/12/366094_kompanii_priznakami_fiktivnosti.html (дата звернення: 15.12.2020).
21. У НБУ пояснили, що таке компанія-оболонка та чому вона небезпечна. URL: https://jurliga.ligazakon.net/ua/news/199447_u-nbu-royasnili-shcho-take-kompanya-obolonka-ta-chomu-vona-nebezpechna (дата звернення: 15.12.2020).
22. Дудоров О. О. Про вдосконалення кримінально-правової заборони, присвяченої фіктивному підприємництву. Публічне право. 2016. № 4. С. 131–139.
23. Дудоров О. О. Ще раз про кримінальну відповідальність за фіктивне підприємництво. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю» з нагоди відзначення 25-річчя навчально-наукового юридичного інституту. 8–10 червня 2017 р. Івано-Франківськ, 2017. С. 44–48.

24. Голіна В. В. Проблема кримінологічного забезпечення криміналізації і декриміналізації у кримінальному праві України. Вісник Асоціації кримінального права України. 2015. № 3. С. 107–116.
25. Бабічев В. Фіктивна преюдиціальність. Закон і Бізнес. 5–11 жовтня 2019 р., № 39.
26. Осмоловський Д. Економічні злочини vs злочини в економіці. Юридичний вісник України. 4–17 вересня 2020 р. № 35–36.
27. Бойцов А. И. Преступления против собственности. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2002. 775 с.
28. Енин Е. БФР: никто не говорил, что будет просто. URL: https://zn.ua/internal/bfr-nikto-ne-govoril-chto-budet-prosto-331772_.html (дата звернення: 15.12.2020).
29. Осмоловський Д. Чому боротьба з фіктивним ПДВ є неефективною. URL: https://lb.ua/blog/denys_osmolovskiy/460206_chomu_borotba_z_fiktivnim_pdv_ie.html (дата звернення: 15.12.2020).
30. Якимова С. В., Боровікова В. С. Особистість економічного злочинця. Вісник Національного університету Львівська політехніка. Юридичні науки. 2016. Вип. 37. С. 521–527.
31. Сагайдак Ю. В. До питання про декриміналізацію злочинів у сфері господарської діяльності. Порівняльно-аналітичне право. 2017. № 2. С. 163–165.
32. Чубарев В. Л. Тяжесть преступного деяния: монография. Київ: Вища шк., 1992. 171 с.

Кваліфікований та своєчасний погляд компаративіста на проблему кримінально-правової охорони економіки²¹

В Україні відбувається реформування правоохоронних органів, покликаних боротись з економічними деліктами: зокрема, ліквідовано Департамент захисту економіки як міжрегіональний територіальний орган Національної поліції (ДЗЕ НП); опрацьовується законодавча база, необхідна для створення Бюро фінансових розслідувань як, треба так розуміти, немілітаризованого правонаступника ДЗЕ НП і податкової міліції. За всієї значущості організаційних і процесуальних чинників (включаючи питання підслідності) і розуміння тієї обставини, що ефективність законотворчості вимірюється передусім правозастосуванням, бо яким би не був закон, він може бути спотворений практикою його застосування (В. Шаповал), первинним, за логікою речей, має бути матеріальний кримінальний закон. Адже саме він, визначаючи, які акти поведінки в економічній сфері заборонено, та які кримінально-правові наслідки повинні наставати у випадку порушення відповідних заборон, буде спрямовувати професійну діяльність оновлених правоохоронних органів, слугуватиме інструментом у руках правозастосувачів.

Життя складається так, що протягом останнього десятиріччя проблематикою «економічного криміналу» я займався фрагментарно (в основному в режимі коментування статей розділу VII Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України) «Злочини у сфері господарської діяльності»), що, однак, не завадило отримати мати уявлення про тенденції розвитку вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність за економічні посягання і практики його застосування. До таких тенденцій є підстави віднести щонайменше: 1) намагання розв'язати певні правозастосовні, а разом й економічні проблеми за рахунок не до кінця продуманих змін матеріального кримінального закону (вельми показовий приклад – спроба (добре, що безуспішна) перетворити узгодження податкового зобов'язання в кримінально-правове поняття); 2) відсутність предметного і кваліфікованого діалогу між різними соціальними групами і відомствами щодо визначення змісту і перспектив кримінально-правових заборон, присвячених економічним злочинам (класичним проявом такого собі адвокатського партикуляризму може слугувати виключення з КК України ст. 205 «Фіктивне підприємництво»; варто згадати і пояснене «зменшенням тиску на бізнес», проте навряд чи обґрунтоване збільшення втричі значних розмірів як ознаки кримінально караного ухилення від сплати податків і зборів); 3) відсутність єдності відповідної судової практики (цей тренд гарно ілюструє, наприклад, неоднозначність судової практики в частині визнання предметом злочину, передбаченого ст. 204 КК України, фальшивих предметів, які імітують оригінальні підакцизні товари і не відповідають всім законодавчо визначеним ознакам таких товарів).

Мають місце і серйозні труднощі при виробленні доктринальних підходів, пов'язаних із розкриттям кримінально-правової характеристики злочинів у сфері господарської діяльності. Так, у науково-практичному коментарі до ст. 212-1 КК України я вимушений був проігнорувати законодавчу вказівку на фактичне ненадходження коштів до фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування коштів через її (вказівки) некоректність, а точніше неузгодженість із зміненням регулятивним законодавством, беручи до уваги ту обставину, що інше (буквальне) тлумачення кримінального закону в цьому разі перетворило б його на «мертвий», що явно не відповідало б потребам протидії тіньовій зайнятості.

Чи не найголовнішим спостереженням у цій сфері життєдіяльності суспільства є констатація, так би мовити, мирного співіснування, з одного боку, такого масштабного й неоднозначного феномену, як тіньова економіка, яка функціонує за своїми логікою і неписаними законами, та, з іншого, законодавства України про кримінальну відповідальність, який, якщо і заважає функціонуванню цього феномену, то надзвичайно вибірково і поблажливо.

На сьогодні неодноразово «реформований» розділ VII Особливої частини КК України «Злочини у сфері господарської діяльності» є еkleктичним, безсистемним, розбалансованим набором

²¹ Оpubліковано: Каменський Д.В. Відповідальність за економічні злочини у Сполучених Штатах Америки та Україні: порівняльно-правове дослідження: монографія / передне слово д-ра юрид. наук, проф. О.О. Дудорова. Київ: Дакор, 2020. 1128 с. С. 15–21.

недостатньо якісних заборон, який не здатен виконувати своє основне призначення – забезпечувати ефективну кримінально-правову охорону господарської та прирівняної до неї діяльності та який у зв'язку з цим не піддається розумній реконструкції. Якщо і раніше, стосовно класифікацій злочинів у сфері господарської діяльності, пропонованих в юридичній літературі, варто було робити застереження, відзначаючи умовний характер цих класифікацій, то наразі жодна така класифікація не може розраховувати на гідне наукове обґрунтування. І такий стан речей є, на жаль, закономірним у тому сенсі, що звичними для кримінально-правової політики у сфері охорони економічної діяльності в Україні (якщо вважати, що така політика існує) є постійна зміна її векторів і суперечливість, внесення законодавчих змін без належного теоретичного обґрунтування, нерідко відсутність у нормативних новелах практичного сенсу. Однією з негативних тенденцій розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за господарські та прирівняні до них злочини є кількісне зростання обсягу нормативного матеріалу при фактично незмінній криміналізації, коли поява в КК України нових статей не призводить до очікуваного збільшення обсягу забороненої поведінки і, головне, до бажаного ефекту, на який розраховували суб'єкти законодавчої ініціативи і парламентарії. Не можна не відзначити частково притаманну розділу VII Особливої частини КК України надмірну репресивність розміщених у ньому заборон і неузгодженість останніх із приписами регулятивного законодавства. За час дії чинного КК України у стінах парламенту та на інших владних пагорбах так і не була сформована стратегія розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за економічні злочини.

Розроблення доктринальної моделі розділу КК України, покликаною забезпечувати належну охорону економічних відносин (а таке завдання перед формулюванням проектів конкретних законодавчих приписів, мабуть, зобов'язана виконати робоча група, яка опікується розробленням нового КК України), – справа непроста.

По-перше, визначення завдань і меж дії кримінального закону в економічній сфері є похідним від соціально-економічної політики держави, а її напрями і параметри, як відомо, зазнають у нашій країні перманентних змін «від виборів і до виборів». Хрестоматійним є висловлювання М. Талан про те, що за новелами кримінальної відповідальності за господарські злочини можна простежити історію економічного розвитку держави, визначити пріоритети її економічної політики. Тут варто, однак, зробити застереження: згаданий моніторинг може розраховувати на успіх лише за умови осмисленої, адекватної соціально-економічним реаліям законотворчості, позаяк виважена кримінально-правова політика щодо економічних злочинів є залежною від потреб суспільства, стану справ в економіці країни, балансу інтересів держави та бізнесу тощо.

По-друге, треба, відповідно, шукати компроміс між публічними інтересами та інтересами суб'єктів господарювання, налагоджувати предметний діалог як із кваліфікованими правозастосувачами, так і представниками бізнесу.

По-третє, вказана модель передбачає не лише конструювання кримінально-правових заборон, які б передбачали відповідальність за справді суспільно небезпечні і більш-менш типові (розповсюджені) делікти (у чому сенс відтворювати у новому законодавстві статті чинного КК України, навпроти яких у збірках судової статистики фігурують суцільні нулі?), і пошук соціально обґрунтованих криміноутворювальних ознак, а й оптимальне визначення зв'язків між цими заборонами та їхнє співвідношення з адміністративно-, фінансово- та господарсько-правовими заборонами.

По-четверте, критичного осмислення і залучення в орбіту законотворчої діяльності потребують як напрацювання кримінально-правової доктрини, передусім сформульовані у численних (зрозуміло, різної якості) наукових кваліфікаційних роботах, так і здобутки кримінології та економічної науки. Автору цих рядків, відверто кажучи, невідомий жоден вітчизняний представник наукової спеціальності 12.00.08, про якого б можна було б сказати, як про професора А. Жалінського, що це єдиний юрист, який розбирався в економіці більше і краще, ніж економісти. Пригадується і жартівливе за формою, але змістовно справедливе висловлювання Б. Розовського про те, що фахівці з господарського та кримінального права нагадують городників, чії ділянки розділені парканами. Вони самостійно обробляють свої грядки з традиційною розсадою, не намагаючись зацікавлено заглянути за паркан, і лише зрідка діляться окремими елементами свого досвіду.

Нарешті, по-п'яте, не обійтись при розробленні зазначеної доктринальної моделі без доречного звернення до зарубіжного досвіду кримінально-правової протидії економічним злочинам.

Тезу про контраверсійність досліджуваної проблематики, проблемність визначення долі заборон, наразі зосереджених у розділі VII Особливої частини КК України можна проілюструвати на прикладі питання про сучасний стан і перспективи кримінально-правової охорони фондового ринку України. На перший погляд, не викликає сумнівів необхідність забезпечити належне функціонування вітчизняного фондового ринку, зокрема за допомогою якісного кримінально-правового інструментарію, що передбачає, серед іншого, «занурення» у матерію регулятивного законодавства, опрацювання відомчих документів і матеріалів правозастосовної практики Національної комісії з цінних паперів і фондового ринку як державного регулятора відповідного сегменту економіки, а також залучення здобутків кримінально-правової і фінансово-правової доктрини. Водночас вказаний шлях вже не виглядає безспірним, якщо мати на увазі те, що фондовий ринок України, правові засади якого цілком задовільно виписані в регулятивному законодавстві, з низки причин стагнує і деградує (наприклад, кримінально караним інсайдерським зловживанням просто немає, де і з приводу чого скоюватись, оскільки майже 95% вчинюваних на фондовому ринку правочинів стосується державних цінних паперів), а в Програмі діяльності Кабінету Міністрів України, затвердженій постановою від 29 вересня 2019 р. № 849, жодного згадування про фондовий ринок немає. То чи слід за таких обставин загроможувати «економічний» розділ нового КК України численними, складними для сприйняття і казуїстичними нормами про відповідальність за зловживання на фондовому ринку і чи не варто обмежувати кримінально-правове реагування на зловживання на фондовому ринку, який, на жаль, залишається непрозорим, нерозвиненим та інвестиційно непривабливим, застосуванням загальних норм про відповідальність за злочини проти власності, злочини у сфері службової діяльності тощо?

Відповіді на поставлені і подібні (наприклад, про шляхи кримінально-правового забезпечення деофшоризації вітчизняної економіки) непрості питання можуть бути різними. Важливо, однак, щоб ці відповіді були поміркованими та аргументованими. Так, із законодавчого і правозастосовного досвіду країн із розвинутою ринковою економікою випливає, що до проблем кримінально-правової охорони економічної діяльності не варто підходити спрощено та однобічно. В юридичній літературі (І. Клепицький) переконливо доведено помилковість широко розповсюдженої думки про незначну роль кримінально-правових норм в охороні економічної діяльності в умовах ринку; насправді за обсягом забороненої під загрозою кримінальної відповідальності поведінки в економічній сфері розвинені країни з ринковою економікою явно і значно перевершують пострадянські держави. Відтак «правонаступник» розділу VII Особливої частини КК України має охопити щонайменше такі складові, як кредитна система (передусім інститут банкрутства), інвестиції, фінанси (включаючи справляння податків і соціальних внесків, грошовий обіг і сферу безготівкових розрахунків), зовнішньоекономічна діяльність і сфера митного адміністрування, підприємництво, засади сумлінної конкуренції та споживчий ринок.

Розробникам проекту нового КК України є над чим поламати голову (а якісний кримінальний закон може бути результатом лише сумлінної і неспішної праці професіоналів). І є всі підстави сподіватись та те, що монографія Дмитра Каменського стане їм у нагоді в трудомісткій справі побудови оптимального, якісного розділу Особливої частини нового КК, присвяченого злочинам проти засад ринкової економіки. Адже книга, представлена увазі читача, є критично-незаангажованим, професійним поглядом дослідника-компаративіста, який відбувся, на дуже непросту кримінально-правову матерію.

До слова у вступі своєї книги її автор переконливо обґрунтовує доречність звернення саме до американського досвіду кримінально-правової охорони економіки при тому, що Україна та США належать до різних правових систем, а рівні розвитку економіки у порівнюваних країнах істотно (щоб не сказати – разюче) відрізняються. Відзначу, що наведена паном Дмитром аргументація перегукується з висловлюванням відомого знавця американського кримінального права І. Козочкіна про те, що вивчення кримінального права інших країн (зокрема, США) є необхідним не лише в суто пізнавальних цілях, хоч це є важливим елементом правової культури. Вивчення кримінального права США становить значний інтерес з погляду розуміння того, що уособлює ця галузь права у найбільш розвинутій в економічному сенсі державі сучасного світу, а так само можливості використання американського досвіду у вітчизняній юриспруденції.

Україна відносно нещодавно стала на шлях розбудови незалежної правової системи, національної моделі ринкової економіки та, як наслідок, стикається з проблемами, які в тому чи іншому вигляді вже поставали перед іншими країнами. Функціонування більш ефективних моделей ринкової економіки, які ми сьогодні спостерігаємо в розвинених країнах Європейського Союзу, США, Канаді, Австралії, Японії, інших юрисдикціях, повинно стати прикладом для наслідування, надихнувши українців на подолання таких зловбоденних для нашої держави проблем, як корупція, олігархія та зрощування влади з великим бізнесом, «відлякування» іноземних інвестицій, відсутність ринку капіталів, недосконала конкуренція тощо.

Останнім часом у кримінально-правових розвідках вітчизняних науковців все частіше можна простежити елементи звернення до зарубіжного досвіду розв'язання певних проблем. Одночасно зросла кількість наукових робіт, присвячених порівняльно-правовим дослідженням як окремих інститутів кримінального права, так і положень доктрини і кримінального законодавства окремих зарубіжних країн. У цьому сенсі хотів привернути увагу до такої обставини. Перед тим, як у компаративістському ключі проаналізувати у статичі і динаміці кримінально-правові заборони щодо конкретних економічних злочинів і кримінально-праві наслідки вчинення таких злочинів (а коло відповідних заборон пан Дмитро визначив загалом вдало), він заклав потужний фундамент для своїх прагматичних міркувань, присвятивши окремий розділ монографії теоретико-методологічним засадам компаративістських досліджень у галузі кримінального права. Імпонують наведені в цьому вельми пізнавальному розділі положення про: місію, ґенезу та особливості компаративістських досліджень в галузі кримінального права; ризики неякісного компаративістського дослідження та шляхи їх уникнення; притаманні різним країнам і часам законодавчі моделі кримінально-правової охорони економічних відносин тощо. Всебічне і глибоке висвітлення загальнотеоретичної компоненти та галузевої специфіки юридичної компаративістики, поза всяким сумнівом, збагачує вітчизняну науку кримінального права новими знаннями та ідеями.

Взагалі варто відзначити послідовну, логічну і добре продуману структуру монографії: висвітлення обраної проблематики починається з визначення історичних та загально-правових витоків порівняльного правознавства та його кримінально-правової складової, продовжується ретельним опрацюванням положень окремих кримінально-правових інститутів і заборон у порівнюваних державах і завершуються характеристикою юридичних підстав та порядку застосування заходів кримінально-правового характеру щодо осіб, які вчинили економічні злочини в США та Україні.

Незважаючи на чітко заявлений бінарний характер компаративістського дослідження на рівні положень кримінального права США та України, пан Дмитро вдало збагатив порівняльний компонент своєї роботи шляхом доречного звернення до окремих актуальних положень європейського кримінального права в контексті аналізу питань про: значення регулятивного законодавства під час кримінально-правової оцінки економічних правопорушень; кримінально-правовий статус юридичних осіб (корпорацій); кримінально-правову охорону фондового ринку тощо. Поділяю висловлювання автора монографії про: міждисциплінарний характер американського кримінального права та його невід'ємний зв'язок з іншими галузями права; провідну роль судової практики у формуванні американської кримінально-правової доктрини та американського кримінального права загалом; визначальне місце феномену бланкетності при конструюванні диспозицій кримінально-правових заборон, присвячених економічним злочинам; класифікацію системоутворювальних ознак категорії економічних злочинів за кримінальними законами США та України; доцільність позначення злочинів, ознаки яких описані наразі описані в розділі VII Особливої частини КК України (і, головним чином, кримінально караних посягань, норми про відповідальність за які будуть включені до нового КК України), як злочинів проти ринкової економіки.

Заслуга Д. Каменського, який як студент, дослідник і викладач декількох американських вишів мав можливість декілька разів безпосередньо «занурюватись» у правові реалії США, полягає, серед іншого, в тому, що він зі знанням справи вводить у вітчизняний доктринальний обіг дотепер невідомі широкому науковому загалу численні та цікаві праці англомовних дослідників, а також інформаційно насичені матеріали американської судової практики. Причому робиться це здебільшого не стільки в описовому, скільки в прискіпливо-конструктивному ключі, під кутом можливого вибіркового запозичення відповідних положень для потреб України.

Останнім часом я люблю згадувати думку Н. Кузнецової про те, що кримінальне право як наука заради науки без її виходу на законодавчу і правозастосовну практику має низький коефіцієнт корисної дії. Монографія Д. Каменського, яка містить значну кількість пропозицій щодо вдосконалення КК України і практики його застосування, має належний коефіцієнт корисної дії. Водночас хотів привернути увагу автора книги до того, що викладені в її додатку пропозиції *de lege ferenda* частково не впливають із міркувань, наведених на сторінках книги, а аргументація на їхню користь інколи видається занадто стислою і дещо поверховою. Щоправда, пан Дмитро, будучи людиною самокритичною і свідомо створюючи ґрунт для конструктивної наукової полеміки, сам відчуває цю обставину, адже позначає проєктовані новели як «заклик до дискусії». Також у післямові варто було чіткіше (рельєфніше) відобразити, яким чином ретельно опрацьований досвід американського законодавця слід брати на озброєння при вдосконаленні національного кримінального законодавства в досліджуваній сфері.

Сподіваюсь на те, що монографія Д. Каменського, будучи якісним ґрунтом для подальших компаративістських досліджень в галузі кримінального права і вагомим внеском у розвиток концептуальних засад кримінального законодавства про відповідальність за економічні злочини, посяде гідне місце у скарбниці вітчизняної юридичної науки. Написавши цей солідний фоліант, його автор продемонстрував не лише свою працездатність, наполегливість і професійність, а й відданість її величності Науці, що у мене особисто викликає велику повагу.

Кримінально-правова протидія створенню фінансових пірамід в Україні: сучасний стан і перспективи вдосконалення²²

Початок 90-х рр. минулого сторіччя ознаменувався кардинальною зміною векторів розвитку вітчизняної економіки, коли на зміну радянській адміністративно-командній системі прийшла ринкова модель. Одним із наслідків такого переходу став активний розвиток ринку цінних паперів, завдяки чому було створено підґрунтя для діяльності нових організаційно-правових форм господарювання, пов'язаних з інвестуванням і залученням капіталу (інвестиційні компанії, довірчі та страхові товариства, кредитні спілки тощо). Однак, сформувавши правові засади для діяльності таких суб'єктів, держава не подбала про належний захист прав споживачів відповідних послуг – інвесторів. Як наслідок, побудовані здебільшого за принципом піраміди, згадані структури, організовуючи залучення коштів фінансово необізнаного населення та випускаючи різноманітні цінні папери та їх сурогати, допускали численні порушення законодавства – здійснювали незареєстрований випуск цінних паперів, подавали до уповноважених органів неправдиві відомості, не використовували залучені кошти як інвестиції тощо, результатом чого стало заподіяння вкладникам величезних майнових і моральних збитків.

Поспішні процеси корпоратизації та акціонування супроводжувалися зловживаннями з боку багатьох довірчих товариств, інвестиційних компаній та інших фінансових посередників, які шляхом створення фінансових пірамід, спекулятивного залучення приватизаційних майнових сертифікатів та інших недобросовісних схем збагачення ошукали мільйони наших співвітчизників [1, с. 21]. Використання в ході масової приватизації в Україні такого платіжного засобу, як приватизаційні папери, запозичення непритаманного вітчизняному законодавству інституту трастів і серйозні вади в його правовому регулюванні зумовили появу нових, раніше невідомих у вітчизняній практиці способів та технологій вчинення фінансового шахрайства, пов'язаного з діяльністю трастових компаній та інших фінансових посередників на ринку корпоративних прав і капіталів.

Так, лише через крах сумнозвісного «МММ», яке діяло на території більшості пострадянських країн у 1992–1994 рр., зоощадження втратили 10–15 млн. людей, а 50 вкладників навіть наклали на себе руки [2]. Загалом протягом 1993–1997 рр. вкладникам найбільших фінансових пірамід, які в той час діяли на території України (ЗАТ «Український будинок Селенга», ТК «Алькор-траст», ДП «Тана-траст», АТ «Ініс-траст», ДП «Гермес-фінанс Україна», ДП «Якір-траст», НПФ «Оберіг», АТ «След-Інвест», ДП «Слід-траст», ПП «Меркурій» і «Саламандра»), було завдано збитків на суму 155,5 млн. грн. (без урахування інфляції), 24,7 млн. дол. США і 354 тис. німецьких марок [3].

Лише після цього держава, переставши виконувати роль «стороннього спостерігача», почала активно втручатись у зазначені процеси. Передусім це виразилось у прийнятті на початку 2000-х рр. низки нормативно-правових актів (включаючи Закон від 12 липня 2001 р. «Про фінансові послуги та державне регулювання фінансових послуг»), які окреслили більш-менш чіткі правові рамки діяльності суб'єктів небанківського фінансового ринку, а також передбачили механізми нагляду за діяльністю відповідних установ та їх відповідальність за порушення приписів регулятивного законодавства. Важливим кроком у напрямі протидії створенню і функціонуванню фінансових пірамід стало, серед іншого, ухвалення 5 квітня 2001 р. чинного Кримінального кодексу України (далі – КК України), яким було передбачено відповідальність за найбільш суспільно небезпечні прояви порушень законодавства у сфері діяльності небанківських фінансових установ (передусім мається на увазі ч. 2 ст. 202, яка первісно мала назву «Порушення порядку зайняття господарською та банківською діяльністю»).

Вжитий державою комплекс заходів і пов'язана з цим активізація діяльності правоохоронних органів дали підстави багатьом фахівцям (у т. ч. одному зі співавторів цієї статті [4, с. 59]) висловити сподівання на те, що нова «пірамідална» хвиля Україну не накрие. Проте, час довів, що цим оптимістичним очікуванням не судилося збутися, і вже з середини 2000-х рр. діяльність фінансових пірамід відроджується з новою силою.

²² Стаття написана у співавторстві з Р.О. Мовчаном і В.Б. Дацюком та опублікована: Юридичний електронний науковий журнал. 2017. № 2. С. 108–127.

Прикро, але бізнес на фінансових пірамідах продовжується і «процвітає». Чого варті лише гучні приклади з фінансовою установою «King's Capital», під час діяльності якої в період з травня 2006 р. по листопад 2008 р. 13 осіб шляхом обману заволоділи коштами майже 3,5 тис. громадян на загальну суму більше 140 млн. грн. [5], а також зі створеною Р. Флетчером компанією «Глобальна система тренінгів», наслідком діяльності якої в 2007–2008 рр. стало ошукування більше 3 тис. громадян на загальну суму близько 60 млн. грн. [6]. А зовсім нещодавно (наприкінці 2016 р.) у вітчизняних ЗМІ з'явилась інформація про затримання трьох організаторів фінансової піраміди ТОВ «Хелікс Кепітал Україна». За попередніми оцінками слідства, від діяльності цієї структури постраждало більше 100 громадян, яким були завдані збитки на суму понад 100 млн. грн. [7; 8].

У зв'язку з тим, що процеси приватизації з використанням приватизаційних майнових сертифікатів завершилися, простежується зниження активності трастів. За даними Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг в Україні (далі – Нацкомфінпослуг (до 23 листопада 2011 р. – Держкомфінпослуг)), станом на 31 грудня 2015 р. було зареєстровано лише два довірчі товариства [9, с. 13]. Але з цього не слід робити поспішні висновки про те, що у зв'язку зі згоранням приватизаційних процесів істотно знизився і ступінь криміногенного потенціалу відносин у сфері довірчої власності. Адже приватизаційні цінні папери – не єдиний предмет договору з надання довірчих послуг; трасти можуть здійснювати представницьку діяльність щодо будь-яких цінних паперів (у т.ч. акцій), коштів і документів, що засвідчують право власності довірителя, й акумулювати значні за розміром пакети акцій, оскільки на них не поширюються обмеження, передбачені для інвестиційних фондів, компаній та інститутів спільного інвестування [10, с. 220].

Враховуючи такі значні капіталооборотні можливості довірчих товариств, електронний бездокументарний облік корпоративних прав і ступінь розвитку сучасних інформаційних технологій, зловживання 90-х років минулого століття за відсутності належного організаційного, функціонального та правового контролю починають отримувати «друге дихання». Зокрема, сьогодні в мережі Інтернет відбувається масова розсилка рекламної кореспонденції (спаму), що містить пропозиції з надання послуг із захисту активів із використанням іноземного елемента (офшорні та оншорні компанії, трасти) [11]. Під приціл спамерів насамперед потрапляють електронні адреси представників малого та середнього бізнесу, які займаються зовнішньоекономічною діяльністю. Таким чином, проблема функціонування трастів сьогодні постає в новому образі вже із залученням іноземного елемента. Тобто якщо в 90-х роках ХХ століття трасти створювалися на території України і тому підпадали під контроль компетентних органів, то сьогодні здійснюються спроби реалізувати шахрайські схеми на міжнародному рівні з-за меж України з перебуванням поза полем зору вітчизняних правоохоронців.

При цьому в Україні на законодавчому рівні забороняються як такі, що вводять в оману, утворення, експлуатація або сприяння розвитку пірамідальних схем, коли споживач сплачує за можливість одержання компенсації за рахунок залучення інших споживачів до такої схеми, а не за рахунок продажу або споживання продукції (п. 7 ч. 3 ст. 19 Закону від 12 травня 1991 р. «Про захист прав споживачів»). Водночас наше законодавство не містить визначення поняття фінансової піраміди, а тому вказане положення закону може застосовуватися судами хіба що при розгляді цивільних справ про визнання недійсними правочинів, вчинених із використанням пірамідальних схем.

У пропонованій увазі читача статті ми спробуємо розібратись: 1) чому в Україні, незважаючи на вказану законодавчу заборону, і досі продовжують створюватись і діяти фінансові піраміди; 2) чому в ситуацію, яка склалась, кримінальний закон «втручається» не надто активно; 3) внесення яких змін він потребує задля поліпшення механізму протидії відповідним зловживанням.

Фінансові піраміди і законодавство про захист прав споживачів. Деякі фахівці пояснюють неможливість застосування норм Закону «Про захист прав споживачів» для припинення діяльності фінансових пірамід двома причинами: 1) громадяни, які вносять у піраміди власні кошти, не вважаються споживачами; 2) піраміди працюють без реєстрації юридичної особи або фізичної особи – підприємця [12].

Із такою аргументацією, однак, варто погодитись лише частково. Зокрема, спираючись на положення Закону «Про захист прав споживачів», можна оспорювати тезу про невизнання спожи-

вачами тих, хто вносить у піраміди свої кошти. Згідно з п. 22 ч. 1 ст. 1 цього Закону споживачем є фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника, а в п. 19 ч. 1 ст. 1 згаданого Закону розкривається поняття «продукція» – це будь-який виріб (товар), роботу чи послуга, що виготовляються, виконуються чи надаються для задоволення суспільних потреб. Як бачимо, продукцією є будь-яка послуга, і жодних приписів (застережень) стосовно того, що сфера дії Закону «Про захист прав споживачів» не розповсюджується на фінансові послуги, у ньому немає. Своєю чергою, в п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», однією з цілей ухвалення якого проголошується захист інтересів споживачів фінансових послуг, такі послуги визначаються як операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

Ураховуючи суть діяльності фінансових пірамід, можемо констатувати, що вони «надають» саме фінансові послуги. А за результатами аналізу наведених правових норм вибудовуємо такий логічний ланцюг: фінансові піраміди пропонують громадянам фінансові послуги; фінансові послуги є продукцією; споживачем є особа, яка придбаває продукцію. На підставі цього робимо проміжний висновок про те, що громадян, які роблять внески у фінансові піраміди, слід вважати споживачами, а тому на них має розповсюджуватись дія Закону «Про захист прав споживачів». При цьому ми погоджуємося з думкою про те, що, враховуючи специфіку фінансових послуг, у законодавстві мало б бути закріплено окреме поняття «споживач фінансових послуг», відсутність якого ускладнює ефективну взаємодію між споживачами фінансових послуг і Нацкомфін-послуг [13, с. 179].

Лише частково можна погодитись і з твердженням про те, що піраміди працюють без реєстрації юридичної особи або фізичної особи – підприємця. Справді, значна кількість сучасних фінансових пірамід (в основному це так звані Інтернет-піраміди, про особливості діяльності яких йтиметься нижче) функціонують без реєстрації, що не дає змоги визнавати їх виконавцями надання фінансових послуг, якими відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону «Про захист прав споживачів» можуть бути визнані лише суб'єкти господарювання. Водночас аналіз судової практики засвідчує, що в багатьох випадках організатори фінансової піраміди забезпечують її функціонування за допомогою офіційно створених суб'єктів господарювання, у т.ч. кредитних спілок.

Так, вироком Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області К. було засуджено за ч. 4 ст. 190 КК України. Серед іншого, у цій кримінальній справі суд встановив, що К., маючи умисел на заволодіння чужим майном, організував злочинну групу з метою створення та реєстрації кредитної спілки з надання різного роду фінансових послуг, включаючи залучення внесків (вкладів) членів кредитної спілки на депозитний рахунок, шляхом підроблення установчих документів кредитної спілки з подальшим веденням діяльності такої спілки з метою залучення депозитних коштів вкладників та їх привласнення [14].

Той факт, що частина кредитних спілок у сьогоdnішній Україні працює за схемою фінансової піраміди, є загальноновизнаним [15; 16; 17; 18]. Так, у Звіті Тимчасової слідчої комісії Верховної Ради України (далі – ВРУ) з питань розслідування обставин та причин сучасного стану в системі кредитної кооперації, затвердженому рішенням цієї Комісії від 22 грудня 2010 р. № 5, вказувалось на необхідність виведення з ринку «фінансових пірамід, що діють під дахом кредитних спілок» [19].

Рідше, але зустрічаються в судовій практиці випадки створення для прикриття діяльності фінансових пірамід приватних підприємств. Наприклад, Жовтневим районним судом м. Запоріжжя встановлено, що 3 травня 2001 р. Т. був зареєстрований приватним підприємцем в Чернігівській РДА Запорізької області і взятий на облік як платник єдиного податку, а 10 січня 2007 р. в Ленінській РДА м. Запоріжжя зареєстровано ПП «Р. та Ч.», в якому Т. виступив як єдиний засновник і директор і в установчих документах якого надання фінансових послуг не фігурувало. У ході ведення господарської діяльності у Т. виник намір на заволодіння чужим майном шляхом обману жителів м. Запоріжжя. З цією метою Т. розмістив оголошення про укладення договорів позики грошових коштів з приватними особами з гарантійними зобов'язаннями про стовідсоткове по-

вернення суми основного боргу і відсотків, використовуючи спеціально створене для цього ПП як гарант. Після залучення максимальної кількості осіб і заволодіння їхніми грошовими коштами з метою приховування своєї незаконної діяльності та уникнення кримінальної відповідальності Т. оголосив про банкрутство очолюваного ним ПП шляхом подання відповідної заяви до Господарського суду Запорізької області. Районний суд розцінив часткову виплату Т. потерпілим відсотків за договорами позики як умисні дії з метою підтримання фінансової піраміди, що в сукупності з іншими з'ясованими обставинами стало підставою для визнання Т. винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 4 ст. 190 КК України [20].

Зазначимо, що фінансові піраміди можуть діяти під прикриттям і таких фінансових установ, як страхові компанії, довірчі товариства, інвестиційні фонди, а також інших організацій – клубів «за інтересами», релігійних або благодійних організацій тощо.

Проте, навіть у випадку належної реєстрації відповідного суб'єкта споживачам його фінансових послуг навряд чи варто розраховувати на захист своїх прав за допомогою положень Закону «Про захист прав споживачів». Річ у тім, що, забороняючи використання пірамідальних схем, цей Закон не містить більш-менш дієвих механізмів захисту прав споживачів фінансових послуг від такого виду нечесного підприємництва, крім: 1) можливості визнання відповідних правочинів недійсними (абз. 1 ч. 6 ст. 19), що, як засвідчує аналіз судової практики, лише в поодиноких випадках сприяє поверненню внесків ошуканих інвесторів; 2) загальної декларативної вказівки на те, що суб'єкти господарювання, їх працівники несуть відповідальність за нечесну підприємницьку практику згідно із законодавством (абз. 2 ч. 6 ст. 19).

До слова, та обставина, що пірамідальні структури часто провадять свою діяльність під виглядом легальних структур – інвестиційних компаній, довірчих товариств, кредитних спілок тощо, значно ускладнює оцінку дій їх організаторів і функціонерів як недобросовісної підприємницької практики. Крім того, сучасні «мавроді» нерідко включають у пірамідальні схеми товари або послуги (як правило, це біодобавки, косметика, інші товари широкого вжитку, послуги рекрутингових агентств), що дозволяє їм створювати вигляд легальної підприємницької діяльності (нібито хтось щось виробляє і продає), реєструватися у встановленому законом порядку, укладати зі своїми клієнтами/працівниками/розповсюджувачами договори і навіть сплачувати податки [21]. Однак у більшості випадків чи не єдиними покупцями «продукції» таких компаній є самі ж учасники піраміди, для яких внеском у таку піраміду є здійснення відповідної покупки.

Сьогоднішня практика кваліфікації дій організаторів фінансових пірамід. У контексті сказаного (за продемонстрованої нездатності забезпечити ефективний захист прав споживачів фінансових послуг від діяльності фінансових пірамід за допомогою положень Закону «Про захист прав споживачів») у нас виникло питання, яка ж кримінально-правова оцінка повинна даватись подібним різновидам нечесного підприємництва.

Відповідаючи на нього, згадаємо підготовлене ще в 1999 р. Верховним Судом України (далі – ВСУ) Узагальнення судової практики в кримінальних справах про злочини посадових осіб довірчих, страхових товариств та інших небанківських структур, які залучали кошти населення. Упорядники цього документа (О.С. Паневін, П.П. Андрушко) за ст. 143 КК УРСР 1960 р. як шахрайство пропонували кваліфікувати дії посадових осіб, засновників, учасників підприємницьких структур, коли умисел винних був направлений на залучення коштів громадян з метою їх привласнення, в т. ч. у випадках, коли вони діяли від імені підприємницької структури і прикривали свою злочинну діяльність оформленням відповідних документів (договорів), видачею корінців прибуткових ордерів чи квитанцій на одержання коштів тощо. Відзначалось також, що особа, яка перебуває в трудових відносинах із підприємницькою структурою і за своїми функціональними обов'язками зобов'язана здійснювати операції із залученими коштами чи контроль за такими операціями, у разі викрадення нею одержаних від громадян коштів підлягає відповідальності залежно від суми викрадених коштів за ст. 84 або ст. 86-1 КК УРСР 1960 р. як за розкрадання колективного майна шляхом привласнення, розтрати або зловживання посадовим становищем [22]. Вироблені майже 20 років тому підходи щодо кваліфікації аналізованих дій сприймаються і сучасною правозастосовною практикою.

Так, Білгород-Дністровським міськрайонним судом Одеської області встановлено, що в період з червня по серпень 2012 року Н., достовірно знаючи, що всеукраїнська громадська організація

«Ми маємо мрії» не зареєстрована в установленому законом порядку та не має відповідних ліцензій на надання фінансових послуг, через мешканців м. Білгород-Дністровський і ЗМІ розповсюджувала відомості про те, що ця організація приймає вклади від населення з нарахуванням із подальшою виплатою відсотків закладами, або вклади в пірамідальні схеми у розмірі 4 тис. грн. з подальшою виплатою 40 тис. грн. чи можливістю замовлення автомобіля за вказану суму. При цьому Н., діючи умисно, не маючи документів, які б дозволяли займатися вказаною діяльністю, в червні 2012 р. отримала від потерпілої Ч. грошові кошти в сумі 16 тис. грн., запевняючи останню, що через певний час поверне їй вклад із нарахованими відсотками. Заволодівши грошима З., Н. розпорядилася ними на власний розсуд, чим спричинила потерпілій матеріальні збитки на вказану суму. З урахуванням сказаного та інших подібних епізодів дії Н. суд кваліфікував за ч. 3 ст. 190 КК України [23].

Подібним чином Хмельницький міськрайонний суд Вінницької області кваліфікував дії Ч., яка в 2012 р. отримувала внески громадян для вкладання їх у фінансову піраміду «МММ-2011». Зокрема, судом було встановлено, що в січні 2012 р. у м. Хмельник Ч., зловживаючи довірою Р., що виразилось в обіцянці вкладення її коштів у фінансову структуру та отримання відповідних дивідендів, заволоділа коштами потерпілої у сумі 5 тис. грн. Крім того, в березні 2012 р. Ч., так само зловживаючи довірою В., заволоділа коштами потерпілої в сумі 30 тис. грн. Ч. було визнано винуватою у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 190 КК України [24].

Стосовно організаторів однієї з найбільш масштабних фінансових пірамід, які діяли в Україні останнім часом, – згаданого вище ТОВ «Хелікс Кепітал Україна» – слідчими було відкрито кримінальне провадження за ч. 4 ст. 190 КК України (шахрайство, вчинене в особливо великих розмірах) [7]. До речі, у Нацкомфінпослуг компанія ТОВ «Хелікс Кепітал Україна» не була зареєстрована як фінансова установа, що може залучати інвестиційні кошти клієнтів [25].

При цьому слід пам'ятати, що для кваліфікації привласнення організаторами фінансових пірамід коштів вкладників важливе значення має момент виникнення в суб'єкта умислу на заволодіння коштами. У кримінальному праві усталеним є положення про те, що отримання майна з умовою виконання зобов'язання може бути кваліфіковане як шахрайство лише в тому разі, коли винна особа ще в момент заволодіння цим майном мала на меті його привласнити, а зобов'язання – не виконувати (абз. 1 п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності»). Вважається, що у подібних випадках винна особа укладає той чи інший цивільно-правовий договір (кредитний, купівлі-продажу, оренди, комісії, довічного утримання тощо) для того, щоб приховати справжній характер своїх дій, спрямованих на незаконне і безоплатне заволодіння чужим майном. Тобто має місце обман у намірах – обман щодо тих цілей, на які планується використати майно, отримане на підставі цивільно-правового договору. Наявність формальних (навіть належним чином оформлених) цивільно-правових або господарсько-правових відносин, за допомогою яких суб'єкт прагне завуалювати свій злочинний умисел, за наявності підстав не повинна бути перешкодою для оцінки скоєного як злочину, передбаченого ст. 190 КК України. Умисел заволодіти майном у шахрая виникає до моменту передачі йому майна, що не характерно для привласнення і розтрати. У тих випадках, коли буде доведено, що умисел на заволодіння коштами, переданими на підставі відповідних договорів, в організаторів фінансової пірамід виник вже після передачі внесків, відповідні діяння мають кваліфікуватися не за ст. 190, а за ст. 191 КК України.

Як вже відзначалось, на початкових етапах діяльності фінансової піраміді злочинці нерідко створюють різноманітні суб'єкти господарювання або набувають права на управління ними, при цьому використовуючи фіктивні суб'єкти господарювання, зареєстровані на підставних осіб, які втратили свої паспорти, перебувають у місцях позбавлення волі, душевнохворих або таких, які виїхали на постійне місце проживання за кордон. Метою таких дій є: використання організаційно-правового статусу суб'єкта господарювання для імітації легальної фінансово-господарської діяльності; легалізація злочинної групи в ринковому середовищі певного регіону (країни, міста); можливість доступу до господарських і фінансових інструментів (відкриття банківських рахунків, укладання господарських угод, оренда офісних приміщень тощо) [26, с. 45–46]. У цих випадках дії винних необхідно додатково кваліфікувати за ст. 205 КК України (незаконна діяльність, прикрити яку прагнуть особи, винні у фіктивному підприємстві, може полягати, серед

іншого, в залученні коштів фізичних та (або) юридичних осіб з їх подальшим використанням у власних інтересах), а за наявності підстав – за іншими нормами КК України.

Таким чином, складається враження, що на практиці не виникає особливих проблем із кримінально-правовою оцінкою дій організаторів фінансових пірамід (зокрема тих, які залучають кошти населення з метою їх подальшого привласнення). Але чи дозволяє це стверджувати, що в Україні на сьогодні існує належний кримінально-правовий механізм захисту прав споживачів фінансових послуг? Переконані в тому, що ні, і ось чому.

Проблеми, пов'язані з кримінально-правовою оцінкою дій організаторів фінансових пірамід, і можливі шляхи їх розв'язання. Економісти звертають увагу на те, що визначальною характеристикою фінансової піраміди є циклічний характер її існування [27, с. 106–107; 28, с. 531–554]. При цьому відповідний цикл охоплює два типових етапи – розвиток фінансової піраміди (проміжний етап) та її крах (кінцевий етап). Хоч останній може бути невідомий наперед, його настання детерміноване природою фінансової піраміди, об'єктивною обмеженістю кола втягнутих у неї осіб, що передбачає наявність певної кількості осіб, які перебувають на нижніх щаблях піраміди і неминуче зазнають майнових збитків у вигляді як прямої дійсної шкоди, так і втраченої вигоди. Саме ця ознака, як і те, що в системі фінансової піраміди відбувається отримання доходів певними особами без створення доданої вартості, відрізняє діяльність фінансових пірамід від діяльності законослухняних підприємств, банків, пенсійних фондів тощо, ризик дефолту яких також існує, але фінансовий крах не детермінований [27, с. 106–107; 29, с. 374–375; 30, с. 168; 31; 32; 33, с. 374]. Виявляється, наприклад, що з одинадцяти найвідоміших фінансових пірамід 1990–2010 рр. три проіснувало понад 10 років, п'ять – понад 3 роки; середній період життя фінансової піраміди в Україні становить 1–2 роки [34].

Постає питання: на якому етапі діяльності фінансової піраміди у правоохоронних органів з'являється можливість встановлення умислу організаторів відповідних структур на привласнення грошових коштів вкладників? Мусимо визнати (і цей висновок узгоджується з викладеними вище судовими рішеннями), що на етапі розвитку фінансової піраміди такий умисел довести фактично неможливо, у зв'язку з чим дії її організаторів не можуть кваліфікуватись як замах чи навіть як готування до шахрайства (не кажучи вже про привласнення або розтрату). Така можливість з'являється лише на фінальному етапі діяльності фінансових пірамід – на етапі краху, коли в компанії, що не інвестувала зібрані кошти, не залишається грошей ні на виплату дивідендів, ні на повернення внесків, що і стає приводом для звернення вкладників за допомогою до правоохоронних органів. При цьому, як слушно зазначається в літературі, на фінальному етапі діяльності піраміди її організатори, за загальним правилом, зникають чи констатують фінансову неспроможність, а тому інвестори залишаються або з нічим, або зі знеціненими фінансовими інструментами, або з непотрібним товаром [28, с. 534; 35, с. 172–173].

Показовим у вказаному аспекті є такий випадок. У відповідь на претензії ошуканих інвесторів, які вклали в «елітний» Миколаївський бізнес-клуб по 2 тис. дол. США, організатори цієї піраміди заявили, що на внесені в гроші вкладникам надавався товар. Під останнім малися на увазі дисконтні картки, які давали їхнім власникам знижку на певні товари та послуги – щось на зразок квитків у бізнес-клас на міжнародних авіалініях чи знижок у столичному нічному клубі, де завдяки картці власник може випити чашку кави, скажімо, за 40 грн., а не за 60 грн. При цьому дисконтні картки є справжніми, і за ними дійсно можна було отримати знижку [36].

Незважаючи на викладене вище, деякі експерти стверджують, що в Україні існують достатні законодавчі (зокрема, кримінально-правові) можливості для боротьби з фінансовими пірамідами. Так, свого часу колишній міністр економіки України В.І. Суслів заявляв, що ефективну кримінально-правову протидію діяльності фінансових пірамід мала б забезпечувати «наявна у КК України стаття за фінансове шахрайство» [37]. Але з таким твердженням погодитись складно.

По-перше, ні в чинному на сьогодні, ні в діючому на момент згаданого висловлювання (2013 р.) кримінальному законі немає і не було окремої норми про «фінансове шахрайство». Натомість у КК України є ст. 222 «Шахрайство з фінансовими ресурсами», яка не стосується досліджуваної проблематики, і ст. 190 «Шахрайство», яка, як вже зазначалось, може бути застосована лише згодом – на етапі краху фінансової піраміди та неповернення вкладених у неї внесків. По-друге, навіть за умови існування гіпотетичної і присвяченої фінансовому шахрайству кримінально-пра-

вової заборони для її застосування потрібно доводити наявність умислу організаторів фінансових пірамід на привласнення коштів вкладників у майбутньому. І це при тому, що будівництво нових пірамідальних структур ведеться з урахуванням попередніх помилок і міжнародного досвіду таким чином, щоб майбутнім клієнтам було складно довести в суді злий умисел з боку їх організаторів [38].

Фактично єдине, що можна інкримінувати організаторам фінансових пірамід до моменту настання їхнього краху, – це ст. 166-8 КУпАП «Порушення порядку зайняття діяльністю з надання фінансових послуг» (вказане діяння з «легкої руки» законодавця було декриміналізовано в 2011 р.).

Таким чином, на сьогодні в Україні склалась парадоксальна ситуація, коли осіб, котрі створюють фінансові піраміди, тобто вчиняють дії, які а ріогі рано чи пізно закінчуються неповерненням грошових коштів і завданням майнової шкоди (і не лише її) вкладникам, проблематично притягнути до кримінальної відповідальності до настання краху піраміди. З урахуванням, зокрема, того, що у справах подібної категорії на цьому завершальному етапі вдається відшкодувати не більше чверті збитків [39] (інколи наводиться і менший показник – 10–15 % [40]), мусимо констатувати, що чинний кримінальний закон нездатний виконувати одне зі своїх основних завдань, задекларованих у ч. 1 ст. 1 КК України, – забезпечити охорону прав людини і громадянина (у нашому випадку – споживачів фінансових послуг) від такого різновиду суспільно небезпечної поведінки, як організація фінансових пірамід.

Для виходу з цієї сумної ситуації не потрібно «винаходити велосипед», а слід реалізувати ті пункти законопроектної роботи, які були визначені при укладенні Коаліційної угоди, коли одним із пріоритетних напрямів реформування фінансового сектору визнавалась необхідність запровадження ефективних механізмів запобігання створенню та діяльності фінансових пірамід (п. 1.5 розділу X «Реформа фінансового сектору» Коаліційної угоди) [41]. У Плані законодавчого забезпечення реформ в Україні, схваленому постановою ВРУ від 4 червня 2015 р., було передбачено, серед іншого, розроблення і прийняття закону про заборону фінансових пірамід в Україні і встановлення кримінальної відповідальності за організацію або сприяння діяльності фінансових пірамід.

Звичайно, для створення таких механізмів ВРУ потрібно здійснити кваліфіковану нормотворчу діяльність, потенційні результати якої приблизно окреслені в Комплексній програмі розвитку фінансового сектору України до 2020 р., затвердженій постановою Правління НБУ від 18 травня 2015 р. № 391. У цьому документі можливість посилення захисту прав споживачів фінансових послуг та інвесторів пов'язується з необхідністю: 1) внесення змін до низки нормативно-правових актів – законів «Про захист прав споживачів», «Про споживче кредитування», «Про інститути спільного інвестування» тощо; 2) ухвалення спеціального Закону «Про заборону фінансових пірамід в Україні», покликаною створити нові інструменти захисту прав споживачів та інвесторів фінансового сектору (за задумом авторів Програми, такий Закон мав бути прийнятий ще в 2015 р.); 3) внесення таких змін до КК України, ухвалення яких змогло б забезпечити підвищення ефективності протидії відповідним зловживанням у фінансовому секторі.

Закономірно постає питання про формат змін, вказаних у п. 3. Ураховуючи очевидну суспільну небезпеку діяльності організаторів фінансових пірамід, перманентно направленої на заподіяння значних збитків невизначеному колу осіб, вважаємо, що злочинним слід визнавати сам факт створення фінансової піраміди. Цей крок сприяв би усуненню існуючої законодавчої прогалини, утвореної внаслідок помилкової декриміналізації порушення порядку зайняття діяльністю з надання фінансових послуг, і дозволив би правоохоронним органам давати кримінально-правову оцінку поведінці організаторів фінансових пірамід, не очікуючи «краху» останніх. Постають, щоправда, набагато складніші питання – про зміст відповідної кримінально-правової заборони та про її місцезнаходження в системі Особливої частини КК України.

Відповідаючи на ці питання, перш за все, маємо відзначити, що в Україні вже не один рік лунають подібні до обстоюваного нами заклики до криміналізації такого діяння, як створення фінансової піраміди (надалі для уникнення повторів стосовно фінансових пірамід будемо паралельно вживати як синонімічні терміни «створення» та «організація»). Розглянемо, яким чином питання

оформлення кримінально-правової заборони щодо організації фінансових пірамід вирішувалось авторами відповідних законодавчих ініціатив.

Аналіз здобутків законопроектної роботи. Ще в 2006 р., тобто до виключення з КК України ст. 202 про відповідальність за порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг, у ВРУ був зареєстрований законопроект № 2540 «Про внесення доповнень до КК України щодо встановлення відповідальності за організацію та проведення незаконних лотерей, розіграшів та інших азартних ігор та створення фінансових пірамід» (далі – законопроект № 2540). Одним із наслідків його ухвалення мало стати доповнення КК України статтею 190-1 «Організація ігор по ланцюгу – фінансових пірамід», однак 21 березня 2007 р. згаданий проект було відкликано. У висновку Головного науково-експертного управління (далі – ГНЕУ) Апарату ВРУ на законопроект № 2540 стверджувалось, зокрема, що дії, відповідальність за вчинення яких пропонувалось встановити у ст. 190-1, можуть кваліфікуватись за ст. 190 КК України як шахрайство [42, с. 92–93].

Із часом діяльність фінансових пірамід еволюціонувала, набувши нових, більш небезпечних і витончених форм, пов'язаних передусім із бурхливим розвитком телекомунікаційних технологій, використання яких ще більше ускладнило можливість реалізації кримінальної відповідальності стосовно осіб, які організовували діяльність відповідних структур. На зміну існуючим у 1990-х та початку 2000-х рр. формам фінансових пірамід, що здебільшого діяли за «схемою Понці», в яких люди особисто приносили та передавали з рук в руки грошові кошти і підписували письмові договори, прийшли «Інтернет-піраміди», які дозволяють охопити велику кількість користувачів мережі за відсутності психологічного контакту з ними, діють анонімно, швидко розповсюджують інформацію і для участі в яких найчастіше необхідно просто переказати гроші на рахунок представника без жодних договорів [43; 44, с. 41]. При цьому такі піраміди існували (існують) без «прикриття» юридичної особи (фізичної особи – підприємця), а тому їхня діяльність знаходиться поза сферою застосування Закону «Про захист прав споживачів». Реакцією депутатського корпусу на ці тренди стало розроблення протягом 2011 р. одразу двох окремих законопроектів, які переслідували одну мету, – формування такого правового простору, в якому не змогли б створюватись та функціонувати новітні фінансові піраміди.

29 вересня 2011 р. народні депутати України О.Б. Фельдман та О.А. Гейман внесли на розгляд ВРУ законопроект № 9232 «Про внесення змін до Закону України «Про телекомунікації» (щодо унеможливлення діяльності на території України віртуальних фінансових пірамід)» (далі – законопроект № 9232). Метою законопроекту проголошувалась протидія «Інтернет-пірамідам». Обґрунтовуючи необхідність ухвалення законопроекту, його розробники посилались на відновлення діяльності на території України найвідомішої фінансової піраміди, що діяла на території колишнього СРСР, – «МММ».

Нагадаємо, що, отримавши в 2011 р. нову назву («МММ-2011»), ця організація пропонувала вкладникам придбати віртуальну валюту МАВРО та розмістити її на депозит; обмінний курс купівлі та продажу валюти подавався на сайті системи і змінювався щовівторка та четверга. Продаж цієї валюти здійснювався спеціально підготовленими представниками піраміди. Як відзначали фахівці, по суті кожен з учасників «МММ-2011» ставав співучасником злочину, а от сам злочин довести було досить складно через неможливість застосування норми КК про шахрайство [43].

До речі, у згаданому вище рішенні Хмельницького міськрайонного суду у Вінницькій області у справі Ч., яка обвинувачувалась у сприянні діяльності фінансової піраміди «МММ», описувалась подібна ситуація. Суд встановив, що Ч. не лише агітувала інших осіб щодо вигідності вкладення коштів у компанію «МММ», а й сама була учасником відповідної фінансової піраміди та, як і інші особи, вкладала свої грошові кошти з метою отримання дивідендів. Зважаючи на інші обставини справи (зокрема, на те, що потерпілі передавали кошти безпосередньо Ч., а не перераховували їх до відповідної фінансової структури), Ч. все ж була засуджена за ч. 2 ст. 190 КК України [24].

Не дивлячись на наявність подібних судових рішень, у пояснювальній записці до законопроекту № 9232 загалом справедливо вказувалось на нездатність правоохоронних органів припинити діяльність і, тим більше, запобігти виникненню подібних фінансових пірамід, які функціонують без створення юридичної особи і навіть не знаходяться на території України. Саме через це автори законопроекту наполягали на внесенні змін не до КК України, а до Закону «Про телекомунікації».

Зокрема, ч. 1 його ст. 39 пропонувалося доповнити новим п. 18-1, який мав зобов'язати операторів телекомунікацій на підставі рішення суду обмежувати доступ своїх абонентів до ресурсів, через які здійснюється діяльність з надання фінансових послуг без ліцензії. На думку розробників законопроекту, лише такі дії могли б забезпечити унеможливлення ошукування громадян України через фінансові піраміди, що діють через Інтернет-ресурси.

Однак парламентські експерти можливість протидії фінансовим пірамідам за допомогою новел, про які йшлося у законопроекті № 9232, оцінили критично. Серед іншого, вказувалося на те, що реалізувати на практиці відповідну ініціативу навряд чи можливо з технічних причин, адже доступ до ресурсу, який знаходиться в мережі Інтернет (попри блокування доступу до нього національними операторами та провайдерами телекомунікацій), буде можливий із застосуванням проксі-серверів – служби, яка дозволяє анонімно переглядати інтернет-контент. Зазначалось також, що власник забороненого контенту має можливість створити будь-яку кількість аналогічних («дзеркальних») ресурсів за іншими доменними адресами або в іншому домені із використанням послуги хостингу на території будь-якої держави. З подібних мотивів скептично оцінили розглядувану законодавчу ініціативу й інші фахівці: «У названому законопроекті немає сенсу тому, що мова повинна йти не про те, щоб закрити ці Інтернет-ресурси, бо це лише один з кроків. Закрили одне, виникне інше, люди знайдуться, організації знайдуть інші шляхи, яким чином притягнути людей... головною передумовою безперешкодної діяльності фінансових пірамід в Україні була і є «відсутність норми, яка б забороняла в Україні діяльність організації, яка надає фінансові послуги без ліцензії» [46]. Врешті-решт народні депутати України, сприйнявши рекомендації фахівців, відхилили законопроект № 9232.

17 листопада 2011 р. до ВРУ надійшов законопроект № 9476 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впровадження електронних грошей та запобігання створенню фінансових пірамід» (далі – законопроект № 9476). При цьому, декларуючи фактично ті ж цілі, які проголошувалися й авторами попереднього документа, розробник законопроекту № 9476 (народний депутат України С.А. Терьохін) запропонував принципово інші механізми їх досягнення. Вирішення проблеми запобігання створенню фінансових пірамід у віртуальному просторі вбачалось, перш за все, у врегулюванні відносин із використанням електронних грошей. Задля цього ініціатор законопроекту пропонував внесення низки змін до законів України – «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання та валютного контролю» тощо. На відміну від розробників законопроекту № 9232, С.А. Терьохін вважав, що створення ефективного механізму протидії діяльності фінансових пірамід вимагає внесення певних змін і до КК України. Зокрема, у диспозиціях статей 190 і 222 пропонувалося додати слова «у тому числі шляхом створення фінансової піраміди».

Проте, і цей законопроект не знайшов підтримки з боку парламентських експертів. У висновку ГНЕУ Апарату ВРУ на нього відзначалось, що регулювання на рівні закону діяльності щодо електронних грошей (е-грошей) та запобігання створенню фінансових пірамід є двома різними питаннями, врегулювання яких в одному законі недоцільно. Крім того, констатувалось, що якщо правове регулювання застосування е-грошей у законопроекті визначено більш докладно, то питання запобігання створенню фінансових пірамід – поверхово. Щодо ініційованих змін до КК України, то експерти звертали увагу на те, що в тексті законопроекту пропонувалося внесення змін до ст. 222 КК України «Шахрайство з фінансовими ресурсами», хоч, як це впливає з порівняльної таблиці до законопроекту, С.А. Терьохін виступав за зміну ст. 222-1 КК України «Маніпулювання на фондовому ринку». У підсумку ВРУ, сприйнявши рекомендації парламентських експертів і Комітету ВРУ з питань фінансів, банківської діяльності, податкової та митної політики, які зробили висновок про те, що проект потребує техніко-юридичного доопрацювання і, крім того, відповідних ґрунтовних висновків НБУ та КМУ, направила законопроект на повторне перше читання і для доопрацювання.

24 грудня 2012 р. до ВРУ надійшов доопрацьований законопроект № 1159, який був поданий С.А. Терьохіним і мав аналогічну законопроекту № 9476 назву. Про рівень проведених «доопрацювань» красномовно свідчив той факт, що новий законопроект фактично дублював положення свого попередника і так само містив визначення «електронних грошей», «емітента е-грошей»,

«емісії е-грошей» тощо, хоч на момент його подання обіг електронних платіжних засобів вже був законодавчо врегульований (зокрема, удосконаленим Законом «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні»). Враховуючи те, що автор законопроекту не врахував і жодних інших зауважень (зокрема, щодо згаданих розбіжностей між текстом законопроекту і підготовленою порівняльною таблицею змін до КК України), розглядуваний законопроект був остаточно відхилений.

2 квітня 2013 р. на розгляд ВРУ вноситься підготовлений Нацкомфінпослуг законопроект № 2700 «Про заборону фінансових пірамід в Україні» (далі – законопроект № 2700), який є останньою на момент написання цієї статті спробою законодавчої заборони фінансових пірамід. Автори законопроекту також апелювали до того, що Закон «Про захист прав споживачів» є нездатним протидіяти діяльності фінансових пірамід, оскільки, по-перше, на практиці діяльність фінансових пірамід здійснюється без реєстрації, і, по-друге, фізичних осіб, які вносять свої кошти до фінансової піраміди, не можна вважати споживачами у тому значенні, яке використовується в Законі «Про захист прав споживачів». На думку розробників законопроекту № 2700, ефективній протидії діяльності фінансових пірамід мало б сприяти одночасне 1) прийняття спеціального Закону «Про заборону фінансових пірамід в Україні», в якому буде чітко визначено, які операції з фінансовими активами слід розцінювати як «пірамідальні», а які – ні; 2) внесення змін до Закону «Про захист прав споживачів»; 3) доповнення КК України статтею 190-1 «Фінансова піраміда», ч. 1 якої передбачатиме відповідальність за одне з трьох діянь – умисне створення умов для фінансової піраміди, пропонування участі в ній або залучення (отримання) фінансових активів за допомогою фінансової піраміди. Однак як парламентські експерти (висновок ГНЕУ Апарату ВРУ від 11 червня 2013 р.), так і інші фахівці висловили низку обґрунтованих, на наш погляд, зауважень стосовно проєктованої ст. 190-1 КК України.

По-перше, констатувалась некоректність назви цієї статті – «Фінансова піраміда», яка явно не відповідає стилю КК України. В останньому назва статті відображає (має відображати) саме діяння, а не обставину (факт), що є його наслідком чи іншою характеристикою. Справді, якщо прийняти логіку авторів законопроекту № 2700, то в КК України мали б бути статті з назвами на кшталт «Гральний бізнес», «Підакцизні товари», «Порнографічні предмети», «Місця розпусти» тощо.

По-друге, вказувалось на незрозумілість формулювання «створення умов для фінансової піраміди», адже умовами для її існування фактично є лише наявність відкритих поточних рахунків фізичних осіб, а звідси дії кожного банку можуть розцінюватись як такі, що створюють умови для існування піраміди, а це є неприйнятним.

По-третє, висловлювалися сумніви щодо того: 1) чи має таке діяння, як «пропонування участі у фінансовій піраміді», той рівень суспільної небезпеки, який є достатнім для визнання його злочинним. Зокрема, відзначалось, що за вказаного формулювання як злочин можна розцінювати навіть дії чоловіка, який на кухні за чашкою кави пропонує дружині вкласти кошти до такої структури; 2) доцільності криміналізації «отримання фінансових активів за допомогою фінансової піраміди», адже особи-вкладники не лише залучають, а й отримують кошти від фінансових пірамід [46].

Крім того, внесення пропонованих змін до ст. 19 Закону «Про захист прав споживачів» суперечило змісту пояснювальної записки до законопроекту № 2700, оскільки в ній стверджувалось, що норми Закону «Про захист прав споживачів» не можуть бути застосовані до фінансових пірамід через те, що їх організаторами та учасниками є суб'єкти, на яких не поширюється дія вказаного Закону.

Про співвідношення дій з організації фінансової піраміди та шахрайства. Проаналізувавши згадані законопроекти через призму вирішуваних у нашій статті кримінально-правових питань, ми звернули увагу на ту обставину, що, пропонуючи криміналізувати організацію фінансових пірамід, автори законодавчих ініціатив були однастайні в оцінці такого діяння як злочину проти власності – своєрідного різновиду шахрайства. Вочевидь, саме цим слід пояснити пропозиції встановити кримінальну відповідальність за зазначене діяння або в ст. 190-1 (законопроекти № 2540 та № 2700), тобто одразу після ст. 190 КК України «Шахрайство», або безпосередньо у ст. 190 КК України (законопроект № 9476). Погодитись з такими пропозиціями складно.

По-перше, якщо розцінювати створення фінансової піраміди як різновид шахрайства (розроблений С.А. Терьохіним законопроект № 9476), то який у цьому разі сенс в пропонуваному уточненні ст. 190 КК України? Насправді ж створюється враження, що, розуміючи принципову відмінність між шахрайством і створенням фінансової піраміди, С.А. Терьохін пропонує доповнити ст. 190 КК України формулюванням «у тому числі шляхом створення фінансової піраміди» лише через те, що не знайшов інших прийнятних варіантів криміналізації аналізованого посягання.

По-друге (і це головне), достатніх підстав вважати створення фінансової піраміди різновидом шахрайства немає. З цього приводу дослідники резонно відзначають: «хоча з об'єктивної сторони склад створення фінансових пірамід дуже нагадує склад шахрайства, однак за суттю це зовсім різні склади, оскільки при створенні фінансових пірамід відсутній обман чи зловживання довірою з боку їх організаторів, що є обов'язковою ознакою складу шахрайства» (Н.О. Петричко) [47, с. 183]; «створення фінансової піраміди відноситься до цілої низки тих діянь, що не пов'язані із заволодінням чужим майном (тобто не є злочинами проти власності), але механізм яких становлять прийоми обману» (С.М. Князєв) [48].

При цьому не слід забувати і про те, що прийняттю внесків у фінансову піраміду може передувати оформлення попередження інвесторів про можливі ризики участі в такій діяльності. Зокрема, подібним прийомом скористались організатори російського фонду «Меркурій», який у 2013–2014 рр. функціонував і на території нашої країни. У п. 17 Положення про роботу цього фонду зазначалося таке. Кожен з учасників програми, приєднуючись до програми і здійснюючи внесок, розуміє і погоджується з тим, що: виплати, передбачені п. 9 цього Положення, здійснюються виключно за рахунок грошових коштів інших учасників; у разі відсутності грошових коштів виплати будуть припинені на невизначений термін [49].

З розглядуваного питання І.А. Клепицький слушно відзначає, що якщо фінансова піраміда організована «сумлінно», а її організатори мають намір по можливості виконувати зобов'язання, то вчинене не утворює складу злочину «шахрайство». У подібних випадках потенційних потерпілих рухає не обман, а бажання збагатіти за рахунок інших; при цьому вони чудово розуміють ризикованість подібної інвестиції, яка, щоправда, компенсується очікуваними надприбутками [35, с. 175–176].

Колишній засновник «МММ» Сергій Мавроді, вийшовши на волю після відбування покарання за шахрайство в особливо великих розмірах, створив на теренах Росії, України та Білорусі нову фінансову піраміду «МММ-2011», згодом реорганізовану в «МММ-2012». При цьому Мавроді з самого початку попереджав, що: «МММ-2011» є фінансовою пірамідою, яка не займається підприємницькою діяльністю та операціями з цінними паперами, не має стосунків із професійними учасниками фондового ринку; виплата відсотків за внесками буде здійснюватися за рахунок припливу нових клієнтів; нікому не гарантується збереження грошей. На думку окремих правоохоронців, цією заявою Мавроді фактично убезпечив себе від притягнення до кримінальної відповідальності за шахрайство [50].

Справді, які б зміни не вносились до ст. 190 КК України, допоки в ній фігуруватиме вказівка на обман чи зловживання довірою як на обов'язкові способи вчинення передбаченого цією статтею злочину, підстав кваліфікувати дії організаторів вказаних «просунутих» утворень як шахрайство не буде. Обов'язковою ознакою шахрайства, як відомо, є добровільність передачі майна чи права на нього; щоправда, така добровільність має умовний (уявний) характер, адже насправді дії відповідних осіб щодо передачі майна (права на нього) обумовлені тим, що вони введені в оману. Для інкримінування ст. 190 КК України необхідно встановити, що в конкретній ситуації потерпілий не усвідомлював факту застосування щодо нього обману (зловживання довірою). Якщо ж особа усвідомлює факт вчинення щодо неї обманних дій, але, не дивлячись на це і розраховуючи отримати майнову вигоду, бере участь у певній операції (зокрема, ризикуючи і розраховуючи своєчасно вийти з гри, вкладає гроші у фінансову піраміду), то склад злочину «шахрайство» відсутній. У такому разі характерний для цього злочину проти власності дефект волевиявлення відсутній, у зв'язку з чим ми не погоджуємось з думкою О.І. Бойцова відносити до потерпілих від шахрайства і тих осіб, які, не маючи сумнівів щодо справжніх цілей і механізмів діяльності фінансової піраміди, свідомо йшли на ризик для того, щоб заробити, але внаслідок неправильних розрахунків зазнали невдачі [33, с. 375–376].

Із наведених міркувань ми також не можемо погодитись із: 1) позицією фахівців ГНЕУ Апарату ВРУ, які у висновку на законопроект № 2700 (як і висновку на законопроект № 2540) стверджують, що залучення (отримання) фінансових активів за допомогою фінансової піраміди підпадає під ознаки складу такого злочину, як шахрайство (ст. 190 КК України); 2) точкою зору окремих авторів, які беззастережно називають фінансові піраміди способом (прикладом, різновидом) шахрайства, за якого має місце обман щодо справжніх намірів (обіцянка виплати високих дивідендів за розміщені гроші) [26, с. 34; 51, с. 268; 52, с. 361; 53, с. 35; 54, с. 47–50]. Натомість має рацію один із вітчизняних адвокатів, який, з огляду на відкриті попередження організаторів сучасних фінансових пірамід про те, що останні можуть у будь-який момент «завалитись», пише про практичну неможливість доведення в діях цих організаторів умислу, спрямованого на привласнення коштів, та обману [40].

Разом з тим у судовій практиці зустрічаються непоодинокі випадки, коли дії зі створення фінансових пірамід кваліфікуються саме як шахрайство. Як відповідний приклад Н.О. Петричко наводить вирок Апеляційного суду м. Києва від 9 серпня 2005 р., на підставі якого Т., Т-а, В., П. та О. засуджено за вчинення злочинів, передбачених ч. 1 ст. 255 і ч. 4 ст. 190 КК України. Ці особи організували фінансову піраміду («Фонд Київ»), яка мала всі ознаки, властиві таким структурам, зокрема, здійснювала залучення великої кількості учасників (при цьому кожний учасник організації отримував прибутки залежно від кількості залучених ним учасників). В ієрархічній структурі злочинної організації керівник займав посаду маркетинг-директора, здійснюючи загальне керівництво, проведення публічних виступів за спеціальною програмою, використовуючи методи психологічного впливу на поведінку членів фонду. Заступник маркетинг-директора відповідав за дисципліну серед членів злочинної організації, маркетинг-менеджери здійснювали безпосереднє збирання грошей, обіцяючи членам фонду швидке збагачення. Єдиним способом повернення внесеної суми та отримання можливого прибутку було залучення інших громадян і вступ їх до організації. За кожного з двох залучених членів фонду особа, котра їх залучила до участі в організації, отримувала винагороду в розмірі 400 дол. США, за третього учасника – 1 тис. дол. США. Менеджер структури отримував 2 тис. дол. США за кожного члена структури. За період своєї злочинної діяльності вказані особи заволоділи грошовими коштами 295 осіб на суму 2 272 976 грн. 7 коп.

Оцінюючи цей вирок, Н.О. Петричко звертає увагу на такі обставини: 1) згаданий благодійний фонд був створений у встановленому законом порядку; 2) всі члени були ознайомлені з правилами участі в організації та погоджувалися на участь за цими правилами, відповідно до яких кожний член фонду отримував частину від внесеної ставки новим учасником, якого він привів; 3) з учасниками благодійної організації підписувались договори, де були обумовлені всі істотні умови участі; 4) учасникам виплачувались відсотки, якщо залучений ними новий член сплачував вступні внески, тобто керівники виконували взяті на себе зобов'язання. Таким чином, рядові учасники організації не отримали очікуваного прибутку не внаслідок повідомлення їм недостовірної інформації або іншого обману, а внаслідок того, що вони не змогли залучити до організації необхідну кількість членів, що було б підставою для повернення їм власних внесків та отримання прибутків. Н.О. Петричко наголошує на тому, що в цьому разі в діях організаторів: по-перше, відсутній обман чи зловживання довірою, що є обов'язковою ознакою складу злочину «шахрайство»; по-друге, відсутній причинно-наслідковий зв'язок між обманом чи зловживанням довірою та заподіяною шкодою, оскільки особи втратили належні їм гроші внаслідок не обману, а невиконання умов договору; по-третє, отримання майна під умовою виконання якого-небудь зобов'язання може кваліфікуватись як шахрайство лише в тому разі, коли винна особа ще в момент заволодіння цим майном мала мету його присвоїти, а зобов'язання – не виконувати. В аналізованій ситуації організатори фінансової піраміди не мали на меті присвоїти внесені платежі, що підтверджувалось тим, що певна частина зобов'язань була виконана, оскільки деякі з учасників повернули зроблені членські внески і навіть отримали прибутки. За таких обставин слід погодитись з висновком Н.О. Петричко про необґрунтованість кваліфікації дій підсудних за ст. 190 КК України [47, с. 156–157].

У розглядуваному контексті варто згадати і зауваження фахівців стосовно того, що не завжди організаторами фінансової піраміди виступають несумлінні особи. Так, О.М. Підхонний зазначає, що нерідко фінансова піраміда – це незапланована ситуація, яка виникає у зв'язку із залученням

грошових коштів у певний інвестиційний проект, коли його поточна прибутковість виявляється нижчою за ставку залучення ресурсів, і тоді частина виплат за внесками здійснюється не з доходів від проекту, а за рахунок вкладень нових учасників. Більше того: навіть деякі державні фінансові схеми також мають ознаки пірамід [27, с. 103]. У схожому руслі розмірковує Є.А. Бобров, на думку якого, починаючи довгостроковий проект, його ініціатор може помилятися в прогнозах, і тоді фінансова піраміда – це наслідок проектної помилки. Прагнучи скорегувати цю помилку і продовжити життя проекту, його власник звертається за додатковим кредитуванням, розраховуючи на поліпшення справ у майбутньому. Проте, більшість зібраних коштів спрямовується на виплати за зобов'язаннями проекту перед ранніми інвесторами [55, с. 103–104]. «... принцип «піраміди» в економічній доктрині є цілком правомірним варіантом організації фінансово-господарської діяльності. Класичними пірамідами є банк, інвестиційний фонд, кредитна спілка, проект мережевого маркетингу та ін. В основі «легальної» піраміди є кошти, залучені від вкладників, для використання у високодоходному бізнесі» [26, с. 32].

Таким чином, ототожнювати створення фінансової піраміди з шахрайством підстав немає. Якби парламентські експерти та деякі інші фахівці мали рацію, то не було б потреби вносити зміни до кримінального закону, адже дії з організації фінансової піраміди могли кваліфікуватись за ст. 190 КК України. Однак, з огляду на необхідність доведення обману або зловживання довірою для інкримінування цієї кримінально-правової заборони, вказана можливість на сьогодні відсутня (або принаймні серйозно ускладнена), чим і зумовлена необхідність криміналізації такого діяння, як організація фінансової піраміди.

Із з'ясуванням співвідношення організації фінансової піраміди і шахрайства, крім усього іншого, впливає некоректність втіленого у ч. 3 ст. 19 Закону «Про захист прав споживачів» підходу, відповідно до якого утворення, експлуатація або сприяння розвитку пірамідальних схем визнаються пов'язаними із введенням в оману різновидами нечесної підприємницької діяльності.

До речі, відсутність у діях творців новітніх фінансових пірамід ознак обману або зловживання довірою є обставиною, через яку частина науковців не сприймає ідею запровадження кримінальної відповідальності за створення фінансових пірамід. Мовляв, якщо немає обману, а вкладники добровільно погоджуються на «правила гри», у якій є висока ймовірність програти, то навіть когось притягувати до кримінальної відповідальності?

З такою позицією ми не погоджуємось, адже соціальна правова держава, якою себе проголосила Україна в ст. 1 Конституції, не може заплушувати очі та по суті узаконювати недобросовісні схеми збагачення в особливо великих розмірах за рахунок пересічних громадян. При бажанні вітчизняному законодавцю можна закинути непослідовність у розв'язанні подібних кримінально-правових проблем – відсутність кримінальної відповідальності за створення фінансової піраміди за наявної криміналізації зайняття гральним бізнесом (ст. 203-2 КК України), де також присутня добровільна згода людини на більш, ніж можливий програш. Чому ж подібна за своєю соціальною природою поведінка може мати наслідком кримінальну відповідальність, а створення фінансових пірамід – ні?

Створення фінансової піраміди – посягання на власність чи господарський делікт?

Погоджуючись з Н.О. Петричко у тому, що створення фінансових пірамід, хоч дуже нагадує за своїми ознаками шахрайство, однак таким насправді не є, водночас не можемо повністю підтримати такі висловлювання згаданої дослідниці: «... кожна наступна особа, яка залучається до фінансової піраміди, усвідомлює, що бере участь у фінансовій піраміді, розуміє, що наражається на небезпеку фінансових втрат, може передбачити чи прорахувати відповідні ризики тощо. Іншими словами: відсутній обман або зловживання довірою з боку винної особи щодо заволодіння чужим майном чи права на нього, однак ризик втрати грошових внесків реально існує (і він коли-небудь обов'язково станеться), і організатор фінансової піраміди, і кожний наступний учасник знає про це. Якщо такого роду знання (усвідомлення) відсутні, то наявне звичайне шахрайство» [47, с. 155–156].

Виходить, що авторка взаємовиключає такі діяння, як «шахрайство» (присутнє у випадках неусвідомлення вкладниками небезпеки втрати своїх коштів) і «створення фінансової піраміди» (має місце при такому усвідомленні). Підтвердженням сказаному слугує висловлювання Н.О. Пе-

тричко про те, що при створенні фінансової піраміди в діях винних мають бути відсутні ознаки шахрайства; інакше вчинене кваліфікуватиметься за ст. 190 КК України [47, с. 184].

На нашу думку, організацію фінансової піраміди слід констатувати (і у випадку криміналізації цього діяння – кваліфікувати за відповідною нормою КК України) незалежно від того, чи усвідомлюють інвестори можливість втрати зроблених ними вкладів. При цьому, якщо буде встановлено, що при залученні відповідних вкладів з боку організаторів піраміди все ж мав місце обман (наприклад, вони обіцяли вкладникам інвестувати грошові кошти у виробництво, не маючи насправді такого наміру), то дії винних слід додатково кваліфікувати за ст. 190 КК України.

З огляду на можливість такого варіанту кримінально-правової оцінки дій фундаторів фінансових пірамід (кваліфікація за сукупністю злочинів), слід критично оцінити пропозицію авторів навчального посібника «Розслідування шахрайств, учинених способом фінансової піраміди» щодо включення в статтю КК України про відповідальність за організацію фінансової піраміди негативного застереження «у разі відсутності ознак заволодіння чужим майном» [26, с. 44–45].

Відзначимо і те, що, хоч Н.О. Петричко вказує на різницю між шахрайством і створенням фінансових пірамід, кримінальну відповідальність за останнє вона (як і автори більшості розглянутих законопроектів) пропонує передбачити у ст. 190-1 КК України. Обґрунтовуючи свою позицію щодо об'єкта цього посягання, дослідниця пише: «Ті, хто створює фінансові піраміди, на відміну від тих, хто вчиняє шахрайство, не мають на меті одразу обернути на свою користь внесені платежі, оскільки це не зовсім вписується у принцип функціонування фінансових пірамід: гроші можуть і повинні бути вкладені у різні бізнесові проекти повністю чи частково, а якщо не вкладені, то частка з них іде на користь засновника, частка – іншій після нього за ієрархією особи і т. д. Головним є те, щоб всі учасники фінансових пірамід усвідомлювали, що є ризик припинення існування такої піраміди та ризик заподіяння майнової шкоди кожному її наступному члену (при цьому чим далі рядовий учасник перебуває від засновника, тим більше в нього ризик зазнати повний матеріальний крах), хоча при цьому вони прагнуть якомога довше та більше отримувати відповідні дивіденди від залучення інших осіб. Ось чому пропонування нами злочин має посягати передусім на суспільні відносини власності» [47, с. 183]. Щоправда, розмірковуючи над відмінністю між створенням фінансової піраміди і шахрайством, авторка відзначає і таке: «При створенні фінансових пірамід відсутній обман чи зловживання довірою з боку їх організаторів, що є обов'язковою ознакою складу шахрайства, а майнова шкода для учасників таких пірамід настає внаслідок невідповідного виконання зобов'язань» [47, с. 183].

Як бачимо, Н.О. Петричко фактично визнає, що в результаті діяльності фінансової піраміди шкода настає внаслідок невиконання зобов'язань, що, на нашу думку, засвідчує «господарський» характер відповідного делікту. Сприйняття ж логіки міркувань Н.О. Петричко (згідно з якою діяння, що спричиняють шкоду громадянам внаслідок невиконання зобов'язань, слід розміщувати серед злочинів проти власності) призведе до визнання необхідності серйозного реформування системи Особливої частини КК України. Адже за такого підходу ми будемо вимушені констатувати, що в розділі VI Особливої частини «Злочини проти власності», а не в розділі VII Особливої частини «Злочини у сфері господарської діяльності» мають розміщуватись норми, які передбачають відповідальність за інші (подібні за змістом до створення фінансової піраміди) діяння, які по суті можна розглядати як різновиди шахрайства в широкому розумінні цього поняття. Йдеться про склади «доведення до банкрутства» (ст. 219 КК України), «доведення банку до неплатоспроможності» (ст. 218-1 КК України), «маніпулювання на фондовому ринку» (ст. 222-1 КК України) тощо. Сумнівність такого кроку виглядає очевидною.

Функціонування фінансових пірамід має багато спільних рис з азартними іграми: 1) у людей, які беруть участь у цих видах діяльності, є можливість отримати виграш (при створенні фінансової піраміди як «виграш» виступають шалені проценти); 2) разом з тим можливість отримати такий виграш порівняно з можливістю втратити ставку (вклад) є мізерною; 3) громадяни втрачають свої кошти не через обман, а через те, що сам характер відповідних видів діяльності направлений на залучення від гравців (вкладників) набагато більших сум ставок (внесків), ніж можливо повернути. При цьому, як і при створенні фінансових пірамід, при проведенні азартних ігор також можливе застосування обману, у зв'язку з чим за наявності підстав дії винних осіб мають кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених статтями 190 і 203-2 КК України. Подібним

чином розмірковує і Н.О. Петричко: «... сам механізм творення і функціонування фінансових пірамід – це постійний ризик, азарт, гра, саме тому це діяння асоціюється з незаконними азартними іграми» [47, с. 184].

Закономірно постає, скоріше за все, риторичне питання: у чому ж полягає принципова відмінність між вказаними діяннями, яка дозволяє Н.О. Петричко зробити висновок про те, що створення фінансових пірамід порушує відносини власності в той час, як незаконна організація або проведення азартних ігор, лотерей чи розіграшів – відносини у сфері господарської діяльності? До речі, в австрійському кримінальному законодавстві, на яке неодноразово посилається згадана дослідниця, кримінально-правові заборони про «азартні ігри» та «ігри по ланцюгу та будівництво фінансових пірамід» розміщені в одному розділі і послідовно розташовуються одна за одною (§ 168 і § 168-а КК Австрії, відповідно) [56].

Позицію Н.О. Петричко (як і розробників згаданих вище законопроектів) щодо спрямованості аналізованого діяння не розділяють й інші науковці.

Так, Л.В. Павлик, визнаючи створення фінансових пірамід суспільно небезпечним діянням, відносить це посягання, що, на її переконання, претендує на визнання кримінально-протиправним, до злочинів у сфері економіки [57, с. 22–23]. Автори навчального посібника «Розслідування шахрайств, учинених способом фінансової піраміди», підготовленого фахівцями НАВС, виступають з аналогічною пропозицією розмістити норму про організацію фінансових пірамід у розділі VII Особливої частини КК України «Злочини у сфері господарської діяльності» [26, с. 44–45]. Принагідно зауважимо, що автори цього посібника, як і Н.О. Петричко, пропонують встановити кримінальну відповідальність за створення фінансових пірамід, хоча і в назві, і в тексті відповідної заборони (звичайно, за умови включення її до КК України) має фігурувати створення фінансової піраміди; у протилежному випадку, виходячи з буквального тлумачення кримінального закону, злочином не визнаватиметься створення однієї фінансової піраміди.

Г.М. Чернишов виступає за доповнення розділу VII Особливої частини КК України не нормою про організацію фінансової піраміди, а статтею під назвою «Шахрайство при здійсненні інвестиційної діяльності». Цією заборонаю мала б регламентуватись кримінальна відповідальність за заволодіння чужим майном або придбання права на майно, що вкладається як інвестиція, шляхом обману чи зловживання довірою інвесторів [58, с. 15–16]. Викладену пропозицію ми підтримати не можемо.

Текст диспозиції ч. 1 (як і назви) пропонованої кримінально-правової новели однозначно вказує на те, що фактично пропозиція Г.М. Чернишова зводиться до доповнення КК України черговою спеціальною нормою про один із численних різновидів шахрайства – шахрайства при здійсненні інвестиційної діяльності. На думку правника, доцільність цього кроку пояснюється необхідністю додаткового захисту інвестиційних відносин у будівництві та в інших сферах, а також потерпілих від цих злочинів [58, с. 13]. Однак у такому разі науковець має відповісти щонайменше на такі запитання:

1) якщо йдеться про звичайне шахрайство (так би мовити, класичний злочин проти власності), то чому проектувану норму пропонується розмістити серед кримінально караних деліктів у сфері господарської діяльності?

2) яким чином ініційована автором заборона «забезпечить додатковий захист інвестиційних відносин у будівництві та в інших сферах, а також потерпілих від цих злочинів» порівняно з чинною редакцією ст. 190 України? Тим більше, що в тексті пропонованої Г.М. Чернишовим заборони відсутня вказівка на санкції;

3) чому відповідальність саме за вказаний різновид шахрайства (при здійсненні інвестиційної діяльності) має передбачатись у спеціальній нормі? Адже суспільна небезпека шахрайства визначається не тією сферою, в якій воно вчиняється, а насамперед сумою завданих збитків (до такого висновку нас спонукає чинна редакція ст. 190 КК України і, зокрема, кваліфікуючі ознаки, використані для диференціації кримінальної відповідальності за це посягання).

З'ясовуючи антисуспільну спрямованість такого діяння, як створення фінансової піраміди, слід зазначити, що у згаданій вище Комплексній програмі розвитку фінансового сектору України до 2020 р. вказана спрямованість визначається, так би мовити, у господарсько-правовій пло-

щині. У цьому документі наголошується на тому, що діяльність фінансових пірамід є проблемою фінансового сектору і виступає одним із факторів, які стримують розвиток ринку фінансових послуг і призводить до поглиблення кризи недовіри до фінансового сектору загалом. У тому, що фінансові піраміди, у т.ч. ті з них, що діють у мережі Інтернет, підривають фінансову і банківську стабільність держави, не сумнівається О.А. Музика-Стефанчук [59].

Один з аспектів негативного впливу діяльності фінансових пірамід справедливо вбачається фахівцями в посяганні на інвестиційні відносини при тому, що інвестиції – важливий компонент ринкової економіки. Йдеться, зокрема, про те, що фінансові піраміди ускладнюють банкам виконувати їхню базову функцію – фінансово підживлювати економіку: «Що більше людей інвестують у піраміди, то менше грошей іде у реальний сектор. Тобто гроші не виконують суспільно-корисної дії» [60]. У подібному руслі висловлюється І.А. Клепицький, на думку якого організація фінансових пірамід підриває довіру до фондового ринку, вражає суспільні економічні інтереси, оскільки позбавляє національну економіку важливого інвестиційного джерела – накопичень широких верств населення [35, с. 173, 198, 217]. Як бачимо, і вказаний аспект шкідливості функціонування фінансових пірамід лежить не стільки в майновій, скільки в економічній площині.

З'ясувавши антисуспільну спрямованість такого посягання, як створення фінансової піраміди, слід вирішити й інші, більш складні і водночас взаємопов'язані питання: 1) потрібна загальна норма (на кшталт існуючої раніше ч. 2 ст. 202 КК України) чи спеціальна стаття, присвячена фінансовим пірамідам; 2) який спосіб має бути використаний законодавцем при конструюванні відповідної кримінально-правової заборони – абстрактний (за якого зміст норми розкривається загальними, абстрактними, не індивідуалізованими поняттями через родові особливості) або казуальний (за якого зміст норми розкривається індивідуалізованими поняттями через певні факти, конкретні випадки (казуси), ознаки тощо з широким застосуванням прийому переліків)?

Зарубіжний досвід кримінально-правової протидії функціонуванню фінансових пірамід. Вирішуючи поставлені питання, вважаємо за доречне звернутись до вивчення відповідного іноземного досвіду, адже проблема функціонування фінансових пірамід «знайома» не лише Україні. Більше того: у деяких країнах крах неконтрольованих інвестиційних схем призводив до негативних макроекономічних ефектів. Так, серйозні потрясіння спіткали наприкінці 1990-х рр. Албанію. Після краху інвестиційних схем, розроблених компаніями VEFA, Gjallica та Kamberi, внаслідок чого постраждала половина населення (обсяг інвестицій у компанію склав 79% ВВП країни), у вуличних заворушеннях загинуло близько 2 тис. осіб, уряд змушений був піти у відставку, а країна на деякий час поринула в анархію. У Колумбії в 2008 р. громадяни через руйнування фінансових пірамід втратили близько 1 млрд. дол. США заощаджень, що призвело до протестів і безладу в 13 найбільших містах [55, с. 103–104]. Найбільші банки Європи та Азії і досі підраховують збитки, яких вони зазнали, вклавши величезні гроші в компанію «Медофф секьюритис», створену відомим американським бізнесменом Бернардом Медоффом. Цю людину з бездоганною репутацією в ділових колах арештувало ФБР за звинуваченням у шахрайстві. Він зізнався в тому, що вся діяльність його фірми була одним «великим обманом». Втрати інвесторів становили не менше як 50 млрд. дол. США. Це робить аферу Медоффа найбільшою в історії людства. Медофф заявив, що створив звичайну фінансову піраміду, в якій ті, хто вклав гроші першими, одержували доходи за рахунок надходжень від більш пізніх вкладників [26, с. 42].

Якщо ж звернутись до витоків досліджуваного явища, то варто нагадати, що однією з перших таких афер була «тюльпанна лихоманка» XVII ст., коли на голландських біржах оберталися нічим не підкріплені боргові зобов'язання на продаж такої кількості тюльпанів, яку за кілька десятиліть не спроможні були виростити всі квіткові господарства Європи. Після того, як штучно завищена вартість тюльпанів різко знецінилася (подекуди у 1000 разів – із 5 тисяч до 5 гульденів), тисячі людей були розорені, а суди перевантажені численними позовами до замовників, які відмовлялися сплатити постачальникам за контрактами [3].

Першим прототипом класичної фінансової піраміди став «Земельний банк», заснований Джоном Ло у Франції у 1716 р. За підтримки герцога Орлеанського (регента при малолітньому спадкоємцеві престолу Людовіку XV) банк став головною фінансовою установою країни, а завдяки витонченим прийомам реклами, зокрема, добре оплаченим газетним публікаціям, протягом року вартість акцій новоствореного банку зросла втричі. В підсумку в 1720 р. протягом двох тижнів

нічим не забезпечену фінансову «імперію» Джона Ло було зруйновано, а більшість вкладників збанкрутіла [61, с. 52–60].

Найвідомішим фінансовим скандалом XIX ст., пов'язаним із діяльністю корпорацій, стало банкрутство у 1889 р. акціонерної компанії, заснованої французьким підприємцем Фердинандом де Лессепсом для будівництва Панамського каналу. В результаті постраждало близько 700 тис. фізичних осіб, що володіли цінними паперами корпорації. В ході розслідування було встановлено відсутність прямого розкрадання, однак були виявлені численні факти марнотратства та некомпетентності керівництва корпорації, а також факти корупції у вищих ешелонах влади Франції, яка по суті вступила у змову з Лессепсом, дозволивши йому проводити додаткову емісію цінних паперів корпорації для покриття збитків, хоча підприємство на той час вже фактично було банкрутом. Протягом тривалого часу підкуплені французькі чиновники та журналісти приховували від громадськості реальну інформацію про скрутний фінансовий стан компанії [63].

У 1919 р. американський фінансист італійського походження Чарльз Понці заснував інвестиційну фірму в м. Бостоні (США) і став рекламувати її можливості принести будь-якій людині 50 % прибутку на вкладений капітал за 45 днів або подвоїти гроші вкладника за шість місяців. На практиці схема полягала в тому, що інвестори, які заклали основу фінансової піраміди, отримували свої дивіденди за рахунок внесків наступних (нових) акціонерів. Протягом півроку діяльності шахраю вдалося переконати близько 20 тис. вкладників, які довірили йому понад 10 млн. дол. США. Велику піраміду було зруйновано в 1920 р. після того, як у місцевій газеті з'явилася стаття, що викривала шахрайську схему, і тисячі вкладників кинулися забирати свої гроші. Згодом цей спосіб шахрайства назвали на «честь» його творця «схемою Понці» [63, с. 174–176].

Діяльність фінансових пірамід заборонена та, як правило, є кримінально караною в багатьох країнах світу, в т. ч. майже у всіх країнах ЄС [64; 65].

При цьому серед країн, які представляють «західну» гілку романо-германської кримінально-правової системи, лише австрійське кримінальне законодавство може «похизуватися» наявністю спеціальної норми про будівництво фінансових пірамід. Зокрема, у § 168а КК Австрійської Республіки передбачено відповідальність за: 1) започаткування або організацію; 2) сприяння вступу нових членів через організацію зборів, поширення проспектів або іншим способом; 3) іншим чином у виді промислу сприяння розповсюдженню системи, пов'язаної з очікуванням прибутку, учасники якої сподіваються отримати майнову вигоду тільки в тому випадку, якщо ця чи залежна від неї система за таких умов призведе до участі в ній інших осіб, та для отримання ними майнової вигоди, яка повністю або частково залежить від змінюваної за конкретних умов поведінки учасників, які вступають (ігри по ланцюгу та будівництво фінансових пірамід). Кваліфікуючими ознаками злочину визнається спричинення тяжкої шкоди великій кількості людей (ч. 2 § 168а) [56].

За шахрайство при капіталовкладенні передбачено відповідальність у ст. 264а КК ФРН [66]. Однак, на відміну від австрійського, німецький законодавець визнав злочинним лише таке залучення вкладів, яке супроводжується наданням великому колу осіб неправильних відомостей про вигідність вкладів і замовчуванням про невігідні факти вкладення чи інші обставини, які мають значення для ухвалення рішення про такі вклади.

У США різновидом шахрайського посягання на власність є одержання майна під хибним приводом. Хибним вважається умисне подання фактів щодо минулих подій чи сьогодення (але не майбутнього), які впливають на помилкове сприйняття чи неправильне розуміння потерпілим ситуації щодо стану речей і предметів. Одним із найпоширеніших способів шахрайства у США є згадана «схема Понці» – створення фінансової піраміди, коли вкладників заманюють обіцянками великих прибутків шляхом придбання частки участі в піраміді. Визначення фінансової піраміди міститься в рішенні одного з федеральних судів США, згідно з яким ознаками фінансової піраміди є: відсутність у компанії товару, що має сталий попит; високий стартовий внесок; відсутність гарантії повернення цього внеску, якщо дистриб'ютор вирішить припинити співробітництво з компанією [26, с. 41–42].

Заслуговує на увагу і китайський досвід кримінально-правової охорони прав споживачів фінансових послуг. Зокрема, імпонує те, що китайський законодавець не намагається перераху-

вати в диспозиції відповідної заборони (ст. 176 КК КНР) всі способи протиправного залучення вкладів населення, а замість цього обмежується вказівкою на те, що злочинним визнається будь-яке незаконне залучення вкладів чи їхнє нецільове використання з порушенням фінансової дисципліни. Варто відзначити, що до числа кримінально караних віднесені всі вказані діяння незалежно від суми залучених коштів; вчинення ж відповідних діянь у великих розмірах визнається кваліфікуючою ознакою [67].

Законодавці більшості пострадянських країн не сприйняли ідею виділення окремої кримінально-правової норми, присвяченої фінансовим пірамідам, віддавши перевагу загальній забороні щодо незаконного підприємництва (ст. 192 КК Азербайджанської Республіки, ст. 188 КК Республіки Вірменія, ст. 192 КК Грузії, ст. 180 КК Киргизької Республіки, ст. 188 Республіки Узбекистан) [68; 69; 70; 71; 72], якою передбачається відповідальність за здійснення підприємницької діяльності без реєстрації або без спеціального дозволу (ліцензії) у випадках, коли такий дозвіл (ліцензія) є обов'язковим. При цьому в деяких державах злочинним визнається і зайняття забороненою підприємницькою діяльністю (ст. 372 Пенітенціарного кодексу Естонської Республіки, статті 207, 208 КК Латвійської Республіки, ст. 202 КК Литовської Республіки, ст. 259 КК Республіки Таджикистан) [73; 74; 75; 76].

Є підстави вважати, що концептуальна подібність обраних парламентаріями названих країн підходів пояснюється значним впливом на нове кримінальне законодавство пострадянських країн Модельного Кримінального кодексу для країн СНД, схваленого Міжпарламентською асамблеєю держав – членів СНД 17 лютого 1996 р., який став взірцем для багатьох нових кодексів республік колишнього СРСР [77, с. 37]. Розробниками вказаного рекомендаційного документа пропонувалося передбачити відповідальність за незаконне підприємництво (здійснення підприємницької діяльності без реєстрації або без спеціального дозволу (ліцензії) у випадках, коли такий дозвіл (ліцензія) є обов'язковим) (ст. 255), і незаконну банківську діяльність (здійснення банківської діяльності (банківських операцій) без реєстрації або без спеціального дозволу (ліцензії) у випадках, коли такий дозвіл (ліцензія) є обов'язковим) (ст. 256). Цими нормами, вочевидь, і мали б охоплюватися дії з організації фінансових пірамід.

Молдовський законодавець для створення більш дієвого механізму кримінально-правової охорони прав споживачів фінансових послуг виокремив (поряд із загальною нормою про незаконне зайняття підприємницькою діяльністю) багато в чому подібну до редакції ч. 2 ст. 202 КК України статтю, в якій передбачив відповідальність за незаконне зайняття фінансовою діяльністю (статті 241, 241-1 КК Республіки Молдова) [78].

Якщо у ст. 241-1 цього Кодексу передбачено відповідальність за будь-яке незаконне зайняття фінансовою діяльністю, то в ч. 2 ст. 233 КК Республіки Білорусь «Незаконна підприємницька діяльність» – лише за один з її різновидів – незаконну або заборонену підприємницьку діяльність, яка супроводжувалась залученням грошових коштів, електронних грошей чи іншого майна громадян, якщо виплата доходів чи повернення грошових коштів, електронних грошей чи іншого майна громадян здійснювалася повністю чи частково за рахунок залучених грошових коштів, електронних грошей чи іншого майна громадян [79]. Як бачимо, фактично мова йде про незаконну підприємницьку діяльність, що здійснюється за допомогою (у формі) організації фінансової піраміди.

Схожі за змістом діяння забороняються доповненою в 2016 р. статтею 172-2 КК РФ, якою передбачається відповідальність за організацію діяльності щодо залучення грошових коштів та (або) іншого майна фізичних осіб та (або) юридичних осіб у великому розмірі, при якій виплата прибутку та (або) надання іншої користі особам, грошові кошти та (або) інше майно яких були залучені раніше, здійснюється за рахунок залучених грошових коштів та (або) іншого майна інших фізичних осіб та (або) юридичних осіб. На відміну від білоруського, російський законодавець визнав злочинним лише такий різновид цієї діяльності, якому притаманна ще одна визначальна риса – відсутність інвестиційної та (або) іншої законної підприємницької чи іншої діяльності, пов'язаної з використанням залучених грошових коштів та (або) іншого майна, в обсягах, що є зіставними з обсягами залучених грошових коштів та (або) іншого майна [80]. Перевагою ст. 172-2 КК РФ порівняно з ч. 2 ст. 233 КК Республіки Білорусь є і те, що в ній виправдано йдеться про залучення коштів не громадян, а будь-яких фізичних та (або) юридичних осіб.

Єдиною на пострадянському просторі країною, в КК якої присутня норма, де безпосередньо вживається формулювання «фінансова піраміда», є Республіка Казахстан (ст. 217). У цій статті передбачено відповідальність за створення та керівництво фінансовою (інвестиційною) пірамідою, тобто за організацію діяльності щодо отримання прибутку (майнової вигоди) від залучення коштів або іншого майна або права на нього фізичних та (або) юридичних осіб без використання залучених коштів на підприємницьку діяльність, що забезпечує прийняті зобов'язання, шляхом перерозподілу таких активів і збагачення одних учасників за рахунок вкладів інших, а також за керівництво фінансовою (інвестиційною) пірамідою або її структурними підрозділами [81].

Очевидно, що саме це визначення фінансової піраміди є підстави вважати найбільш вдалим, адже в ньому, по-перше, вказується на залучення не лише коштів або іншого майна (як у ст. 172-2 КК РФ), а і прав на нього; по-друге, кримінально карані визначаються не тільки організація, а і керівництво такою компанією або її структурними підрозділами; по-третє, відсутня вказівка на таке наявне в 172-2 КК РФ оцінне поняття, як зіставний обсяг. Позитивно слід розцінювати і те, що в примітці ст. 217 КК Казахстану передбачено можливість звільнення від кримінальної відповідальності особи (крім організатора фінансової (інвестиційної) піраміди), яка добровільно заявила про сприяння створенню фінансової (інвестиційної) піраміди чи керівництво нею або її структурними підрозділами, а також активно сприяє розкриттю чи припиненню її діяльності.

Таким чином, незважаючи на те, що в кримінальному законодавстві деяких пострадянських держав (Білорусь, Казахстан, РФ) містяться спеціальні норми про будівництво фінансових пірамід (незаконне залучення вкладів населення), можна констатувати, що зарубіжні законодавці віддають перевагу загальним (абстрактним) нормам, присвяченим відповідальності за будь-яку незаконну підприємницьку діяльність. Крім цього, місце розташування відповідних заборон в особливих частинах кримінальних законів (глава 25 «Злочини проти порядку здійснення економічної діяльності» КК Республіки Білорусь, глава 8 «Кримінальні правопорушення у сфері економічної діяльності» КК Республіки Казахстан, глава 3 «Злочини, пов'язані з порушенням порядків соціалістичного ринку» КК КНР, глава 22 «Злочини у сфері економічної діяльності» КК РФ) засвідчує однотайність в оцінці досліджуваного діяння як посягання на господарську діяльність, а не на власність.

Щодо § 168а КК Австрії, то він розташований у розділі 6 Особливої частини, який має назву «Злочинні діяння проти чужого майна» та в якому одночасно зосереджені норми і про «традиційні» злочини проти власності (крадіжка, вимагання, шахрайство тощо), і про кримінально карані делікти у сфері господарської діяльності (відмивання грошей, надання переваг кредиту, фіктивна неплатоспроможність, спричинення шкоди чужому кредиту тощо). При цьому згадана норма розташована після статей, присвячених фактично господарським злочинам, що дає підстави припустити, що й австрійський законодавець визнає відповідне діяння посяганням на господарську діяльність, а не на власність.

Проблеми конструювання кримінально-правової заборони щодо створення фінансових пірамід. Останніми роками (фактично останнє десятиріччя) вітчизняний законодавець надає перевагу спеціальним, викладеним здебільшого казуїстично кримінально-правовим нормам. В одній зі своїх попередніх публікацій ми вже звертали увагу на те, що зазначена тенденція, характерна для Особливої частини КК України загалом, чи не найбільшою мірою стосується правотворчості в частині оновлення законодавства про відповідальність за господарські злочини [82, с. 215–263]. Як наслідок, замість характерних для первинної редакції КК України загальних, викладених абстрактно норм (ст. 202 «Порушення порядку зайняття господарською та банківською діяльністю», ст. 203 «Зайняття забороненими видами господарської діяльності», статті про злочини, які порушують установлений порядок виконання господарських зобов'язань (218–222) тощо) сьогодні розділ VII Особливої частини КК України буквально перенасичений казуїстичними заборонами, якими в переважній більшості передбачається відповідальність або за окремі різновиди діянь, які раніше охоплювалися зазначеними загальними нормами, виключеними внаслідок ухвалення Закону від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності», або за діяння, які фактично є різновидами злочинів, передбачених статтями 358, 364, 367 КК України (зокрема, статті 203-2, 205-1, 218-1, 220-1, 220-2, 223-1, 223-2 КК України).

Характерно й те, що, крім хіба що ст. 203-2 КК України, випадки застосування вказаних кримінально-правових норм є поодинокими.

Тому не слід дивуватись тій обставині, що автори майже всіх згаданих законопроектів виступили за доповнення КК України спеціальною нормою, присвяченою організації фінансових пірамід. Нагадаємо, що з аналогічними пропозиціями виступили і вітчизняні науковці, котрі досліджували проблематику кримінально-правової протидії діяльності фінансових пірамід (Н.О. Петричко, С.С. Чернявський та ін.). Проте, чи є виправданим подібний прийом викладення кримінально-правової заборони у цьому разі?

Розмірковуючи над доцільністю використання тих чи інших прийомів викладення тексту кримінального закону, К.К. Панько відзначає, що це питання, в першу чергу, залежить від ступеня мінливості і рухомості суспільних відносин. Стабільним правовідносинам більше відповідають конкретні диспозиції, переважання норм, які конкретизують і деталізують, в описанні яких поряд з окремими родовими ознаками складу злочину містяться ознаки одиничного злочину, які чим-небудь відрізняються від цього виду злочину; натомість нестабільні, часто змінювані правовідносини вимагають узагальнених (абстрактних) формулювань. Крім того, застосування казуального способу викладення кримінально-правової норми не рекомендується в тих випадках, коли законодавець не має впевненості в тому, що перелік діянь охоплює всі можливі випадки, а також тоді, коли обраний спосіб призведе до значного збільшення обсягу нормативного акту [83, с. 127–128; 84, с. 298].

Очевидно, що наведення визначення поняття фінансової піраміди безпосередньо в КК України призведе до збільшення його обсягу. Водночас схилиємось до думки про те, що місце такого визначення (якщо воно буде врешті-решт сформульоване) – не в кримінальному, а в регулятивному законодавстві (на нашу думку, це міг би бути Закон «Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг», що дозволило б, крім усього іншого, уникнути множинності законів з одних і тих самих питань). Практика вітчизняної законотворчості чітко демонструє труднощі, пов'язані з формулюванням відповідної дефініції, й опікуватись цією проблемою насамперед повинні явно не криміналісти. Роль останніх у відмежуванні фінансових пірамід від, скажімо, таких правомірних форм діяльності, як кредитні спілки, страхові компанії чи багаторівневий мережевий маркетинг, була і буде другорядною. Разом з тим зрозуміло, що вказаний аспект є найменш значущим при оцінці доцільності обрання того чи іншого способу викладення відповідної кримінально-правової заборони. Тому будемо виходити з того, що казуальний спосіб викладення норми про кримінальну відповідальність за організацію фінансової піраміди можна рекомендувати лише за умови позитивної відповіді на два основні питання/критерії.

1. Чи є стабільними відносини у сфері діяльності фінансових пірамід?

Негативна відповідь на поставлене питання сумнівів не викликає. Вище вже відзначалось, що за останні 20–25 років форми діяльності фінансових пірамід постійно еволюціонували, вдосконалювались, на що, зокрема, звертали увагу і розробники законопроектів № 9232 і № 9476. Видається, що з урахуванням бурхливого розвитку телекомунікаційних технологій та неабиякої «винахідливості» організаторів відповідних структур форми діяльності останніх будуть неминуче змінюватись і надалі. Отже, з огляду на нестабільність відносин у сфері діяльності фінансових пірамід, при формулюванні відповідної норми КК України доцільно конструювати не казуїстичну норму, яка може швидко застаріти, а абстрактну норму, яка, за влучним висловлюванням К.К. Панька, матиме здатність до адаптації за рахунок своєї узагальненості, аморфності [83, с. 127].

2. Чи може законодавець бути впевненим у тому, що відповідною нормою охоплюватимуться всі випадки, які, за його задумом, мають визнаватися злочинними?

Відповідь на поставлене питання, яке тісно пов'язане з попереднім, багато в чому лежить у площині з'ясування того, чи можна сформулювати таке нормативне визначення поняття «фінансова піраміда», яке дозволить охопити всі різновиди відповідної суспільно небезпечної поведінки. Незважаючи на різноманіття поглядів щодо ознак фінансових пірамід, фахівці зазвичай сходяться на тому, що типовими (визначальними) рисами, які свідчать про те, що організація або група фізичних осіб є фінансовою пірамідою, виступають такі ознаки: виплата грошових коштів

учасникам із грошових коштів, внесених іншими вкладниками; відсутність ліцензії на здійснення діяльності із залучення грошових коштів; обіцянка високої прибутковості, що в кілька разів перевищує ринковий рівень; гарантування дохідності (що заборонено на ринку цінних паперів); масована реклама в ЗМІ, мережі Інтернет з обіцянкою високої прибутковості; відсутність будь-якої інформації про фінансовий стан організації; відсутність власних основних засобів, інших вартісних активів; відсутність точного визначення діяльності організації; анонімність організаторів і координаторів; використання специфічних термінів, які можуть бути незрозумілими для непрофесіоналів [55, с. 104; 85].

На думку С.С. Чернявського, про протиправну діяльність фінансової піраміди можуть також свідчити: використання кількох компаній, які приховують фінансову піраміду, кількарізова їх реорганізація, зміна організаційно-правових форм, юридичної адреси, офшорна реєстрація компаній; створення переконливої легенди капіталовкладень, ілюзії глибокого аналізу та наукового обґрунтування інвестиційної політики, використання документів прикриття, зокрема, щодо підтримки проекту органами державної влади, потужними фінансовими установами, у т. ч. відомими міжнародними організаціями; виплата дивідендів та повернення залучених коштів на початковому етапі діяльності фінансової піраміди (фаза «розкрутки») з метою формування в інвесторів упевненості в надійності проекту (інвестор, який вклав невелику суму на незначний строк та отримав її назад з процентами, переконується в платоспроможності компанії; надалі він регулярно збільшує суми й строк вкладів, поширюючи інформацію серед потенційних інвесторів) [39].

Незважаючи на безспірність й усталеність перерахованих ознак, сформулювати точне й універсальне законодавче визначення аналізованого поняття дуже складно, що передусім пояснюється багатогранністю і постійною еволюцією форм діяльності фінансових пірамід. Крім цього, багатьма фахівцями звертається увага на ту важливу обставину, що деякі легальні фінансові схеми й інститути, включаючи банки, також можуть мати ознаки фінансової піраміди, звідки випливає, що відповідна кримінально-правова заборона має бути сформульована таким чином, щоб її дія не поширювалася на діяння, які законодавець не мав наміру криміналізувати.

Зазначені фактори намагалися врахувати автори прийнятого за основу законопроекту № 2700, який з 2013 р. і по сьогодні перебуває на розгляді ВРУ. Зокрема, визначивши фінансову піраміду як будь-які операції з фінансовими активами (кошти, цінні папери, боргові зобов'язання та право вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів), які здійснюються фізичними або юридичними особами з метою набуття або можливості набуття вигоди для себе чи інших осіб за рахунок перерозподілу активів інших осіб, зокрема, без провадження фактичної господарської діяльності, суб'єкти законодавчої ініціативи зробили спеціальне уточнення стосовно того, що до фінансової піраміди не належать операції з фінансовими активами, які здійснюються фінансовими установами під час надання ними фінансових послуг, визначених статтею 4 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» або законами з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг. Щоправда, в експертному середовищі і цей варіант законодавчої дефініції поняття «фінансова піраміда» був сприйнятий критично.

Зокрема, відзначалось, що відповідно до наведеного визначення діяльність фінансової піраміди полягає в перерахунку коштів, хоч насправді кошти перераховують самі учасники піраміди, а не організатори, котрі лише координують дії учасників, не займаючись при цьому жодною фінансовою діяльністю і не проводячи жодних операцій з фінансовими активами, про які йдеться у тексті законопроекту [46]. До того ж, незважаючи на наявність згаданого вище уточнення/обмеження, під запропоноване в законопроекті визначення фінансової піраміди потрапляють операції, які здійснює Пенсійний фонд України [27, с. 103].

Фахівці ГНЕУ Апарату ВРУ у висновку на відповідний законопроект резюмували, що використання при визначенні поняття фінансової піраміди такого юридично невизначеного, оціночного виразу, як «операції ...здійснюються... з метою... можливості набуття вигоди» створює передумови для певних зловживань (у т. ч. корупційних) у цій сфері. Відзначалось і те, що в певній частині текст аналізованої норми має не нормативно-правовий, а описовий характер. Це зауваження стосувалось слів «зокрема, без провадження фактичної господарської діяльності».

На нашу думку, до вад наведеної в законопроекті № 2700 дефініції поняття фінансової піраміди варто віднести й те, що вона обмежує діяльність відповідних утворень операціями лише з

фінансовими активами (кошти, цінні папери, боргові зобов'язання та право вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів), не враховуючи можливість залучення внесків у вигляді іншого майна (наприклад, дорогоцінних матеріалів, транспортних засобів, цінної побутової техніки) або права на майно.

Поряд із суб'єктами законодавчої ініціативи не полишають спроб розробити досконале визначення поняття фінансової піраміди і науковці. Так, вже неодноразово згадувана Н.О. Петричко під фінансовою пірамідою пропонує розуміти організацію, членство в якій набувається за умови здійснення внесків у виді грошових коштів, майна або матеріальних цінностей, що дозволяє одним її членам одержувати повний або частковий прибуток за рахунок інших членів, які ними залучаються, і через це виникає ризик припинення існування такої організації та заподіяння майнової шкоди кожному її наступному члену [47, с. 219–220]. На думку інших дослідників, фінансовими пірамідами є організації, метою діяльності яких є отримання прибутку від залучення нових учасників, а умовою вступу та участі в цій організації – внесення коштів за членство [26, с. 44].

Вважаємо, що цим доктринальним визначенням притаманні вади, подібні до тих, які наводилися при аналізі законопроекту № 2700. Зокрема, до них слід віднести такі обставини: під обидва визначення підпадає легальна діяльність багатьох фінансових установ; відсутність вказівки на те, що прибуток отримується без залучення внесків у господарську діяльність; неврахування можливості залучення внесків, відмінних від грошових коштів.

Ще більш суперечливими виглядають пропозиції Ю.В. Ярмоленко, яка, аналізуючи поняття фінансової піраміди, спирається на визначення, наведене в законопроекті № 2700. «Внеском» у поліпшення відповідного поняття є те, що авторка пропонує відмовитись від встановлення вичерпного переліку фінансових активів, операції з якими слід розцінювати як діяльність фінансової піраміди, а також пропонує вказати безпосередньо в законодавчій дефініції на «можливість використання психологічного впливу» [86, с. 176].

Підтримати таку ініціативу ми не можемо з огляду на те, що вживання подібного формулювання («можливість використання психологічного впливу»), по-перше, не відповідає усталеним правилам нормотворення; по-друге, під цю ознаку може потрапити будь-яка легальна діяльність, спрямована на залучення внесків, адже фактично всі її різновиди супроводжуються рекламою, спілкуванням із працівником фінансової установи тощо, коли кожного разу застосовується певний психологічний вплив; по-третє, вживання перед формулюванням «можливість використання психологічного впливу» словосполучення «у тому числі» нівелює будь-який сенс аналізованої ініціативи, оскільки означає, що залучення коштів і за допомогою інших, крім психологічного впливу, способів слід розцінювати як ознаку фінансової піраміди.

Свого часу (ще до появи в російському кримінальному законі ст. 172-2 «Організація діяльності із залучення грошових коштів та (або) іншого майна») І.А. Клепицький пропонував доповнити КК РФ статтю 185-3 «Організація фінансової піраміди». Цей злочин визначався дослідником як організація економічної діяльності, змістом якої є залучення грошових коштів населення, якщо індивідуально невизначеному або широкому колу пропонується передати організатору такої діяльності чи іншій особі гроші з обіцянкою повернути їх з прибутком або з використанням думки про ймовірність вигоди такого вкладу, якщо повернення цих грошей чи вигода повною мірою або частково забезпечуються чи планується забезпечувати за рахунок залучення грошових коштів інших осіб, за відсутності ознак шахрайства [35, с. 217].

Вчергове маємо акцентувати увагу на тому, що фактично саме таку діяльність, яку пропонував криміналізувати І.А. Клепицький («залучення грошових коштів... з обіцянкою повернути їх з прибутком... якщо повернення цих грошей... частково забезпечуються... за рахунок залучення грошових коштів інших осіб») здійснюють банки та інші легальні фінансові установи. Крім того, вчений не виправдано обмежує сферу застосування пропонованої норми залученням лише грошових коштів, не згадуючи при цьому ні про майно, ні про право на нього, а також оперує занадто загальним терміном «населення» замість доречних, на нашу думку, у цьому разі «фізичних та/або юридичних осіб». Про безпідставність використання в кримінально-правовій забороні щодо організації фінансової піраміди негативного застереження на кшталт «за відсутності ознак шахрайства» нами зазначалось вище. Тим більше, що сам І.А. Клепицький не виключає можливість оцінки дій організаторів фінансових пірамід як шахрайства [35, с. 173, 175, 197].

Принагідно зауважимо, що на сторінках юридичної літератури на прикладі ст. 185-5 КК РФ переконливо демонструється невиправданість використання казуального способу викладення кримінально-правових норм, присвячених регламентації відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності. У згаданій статті законодавець спробував перерахувати всі можливі різновиди рейдерських захоплень. Як наслідок, диспозиція ч. 1 ст. 185-5 КК РФ нараховує більше 200 слів при рекомендованій для нормального сприйняття норми у 7–8 слів. Видається, що справедливими є зауваження з приводу того, що такі спроби (а вони дуже нагадують спроби сформулювати точне визначення поняття фінансової піраміди в Україні) а priori приречені на невдачу, оскільки не можна охопити те, що не охоплюється. Адже схеми рейдерських захоплень (додамо від себе – як і форми діяльності фінансових пірамід) постійно оновлюються та ускладнюються, у зв'язку з чим відповідні законодавчі формулювання за визначенням повинні бути абстрактними [87, с. 197; 88, с. 82–83].

Таким чином, ми вимушені погодитись із вельми категоричною, проте справедливою думкою відомого українського економіста В.І. Суслєва про те, що «юридично грамотно виписати поняття «фінансова піраміда» просто неможливо» [37].

Суперечливість судової практики в частині віднесення до пірамідальних схем адміністрування покупок у групах. Для підтвердження правильності зроблених нами висновків звернемось до матеріалів судової практики. Зокрема, чи не найкращою ілюстрацією як мінливості суспільних відносин у сфері діяльності фінансових пірамід, так і складності процесу встановлення їх ознак, є ситуація з правовою оцінкою такої діяльності, як адміністрування фінансових активів для придбання товарів у групах (далі – адміністрування покупок у групах), під прикриттям якої в Україні нерідко функціонують інвестиційні фінансові піраміди.

Схему «придбання товарів у групах» в Україні запозичено з Латинської Америки (тому інша її назва – «аргентинська схема»). Фахівці відзначають, що з юридичного погляду – це ніщо інше, як добре відомі всім кооперативи, кредитні спілки. Загалом схема виглядає таким чином: кілька людей, які бажають купити один і той же товар (наприклад, автомобіль), але які не мають у теперішній час для цього достатніх коштів, об'єднуються в групу і купують жаданий товар «разом». Всі учасники такої групи регулярно, протягом деякого часу, виплачують грошові внески, розмір яких залежить від вартості товару і визначається як відсоток від цієї вартості. Первинний внесок становить 3–10 % затвердженої вартості покупки і вноситься одразу при укладенні договору. Вся система працює до того моменту, поки кожен з учасників цієї групи не стане власником товару [89].

Цей різновид діяльності був нами обраний для аналізу не випадково, адже як свідчать результати спеціальних досліджень, із 2341 наявних в Єдиному державному реєстрі судових рішень, які стосуються спорів споживачів пірамідальних схем, 1438 (тобто більше половини) стосуються послуг з адміністрування покупок у групах [90, с. 81]. Сюди належать спори як щодо суб'єктів господарювання, які не мають статусу фінансових установ, але надають позики (кредити) шляхом адміністрування фінансових активів, так і щодо ліцензованих адміністраторів фінансових активів. Тривалий час ВСУ був одноставний в оцінці такої діяльності як «пірамідальної».

Так, у справі № 6-22цс13 встановлено, що 9 квітня 2012 р. між З. і ТОВ «Дія Фінанс» було укладено договір про надання послуг, за умовами якого відповідач зобов'язався вчинити від імені З. та за її рахунок певні дії (надати послуги), спрямовані на придбання товару (чи отримання відповідної суми в позику), зазначеного в додатку до цього договору. Цього самого дня З. сплатила 7500 грн. реєстраційного платежу за договором. У подальшому вона сплатила 1041 грн. 67 коп. щомісячного чистого внеску, 312 грн. 50 коп. щомісячних адміністративних витрат і 13 грн. 55 коп. додаткової комісії. Усього на виконання умов договору З. сплатила 8867 грн. 72 коп. Розглянувши матеріали справи, ВСУ встановив, що З. сплачувала кошти не за сам товар, а за можливість одержання права на купівлю товару, і ТОВ «Дія Фінанс» без залучення власних коштів формувало групи клієнтів, за рахунок коштів яких здійснювалась передача права на купівлю товару одному з учасників групи, що є компенсацією за рахунок коштів інших учасників групи, залучених до умов діяльності програми «Розвиваюча». Тому вказаний договір не відповідає вимогам чинного законодавства. Як наслідок, ВСУ задовольнив заяву З. і скасував укладений нею договір через те, що відповідна діяльність була визнана «пірамідальною» [91].

Заради справедливості маємо зазначити, що на сторінках юридичної літератури наводяться і протилежні за змістом судові рішення, які виносились в аналогічних справах. Наприклад, у справі за позовом про визнання угоди про надання послуг недійсною та застосування наслідків недійсності угоди Амур-Нижньодніпровський районний суд м. Дніпропетровська відмовив у позові, зазначивши, що послуга з адміністрування придбання покупок у групах відповідає всім ознакам фінансових послуг, однак чинне законодавство на час укладення між сторонами угоди не передбачало обов'язку отримання відповідної ліцензії з боку відповідача, у зв'язку із чим посилення позивача на приписи ч. 1 ст. 227 ЦК України не є слушними, а позов задоволенню не підлягає. Фахівці з цього приводу відзначали, що суди вкрай рідко аналізували послуги, які надавалися адміністраторами покупок у групах, на предмет їх належності до фінансових, адже ч. 1 ст. 4 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» у редакції, що діяла на час розгляду відповідних справ, містила відкритий перелік фінансових послуг. Сюди відносилися «інші операції, які відповідають критеріям, визначеним у пункті 5 частини першої статті 1 цього Закону». Відповідно, у більшості справ суди не аналізували, чи мав право відповідач надавати такі послуги, а згідно з ч. 1 ст. 5 фінансові послуги надаються фінансовими установами, а також, якщо це прямо передбачено законом, фізичними особами – суб'єктами підприємницької діяльності [90, с. 83].

2 червня 2011 р. ВРУ ухвалила Закон «Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання ринків фінансових послуг» (набрав чинності 9 січня 2012 р.). Відповідно до цього Закону послугу щодо адміністрування покупок у групах було віднесено до категорії фінансових послуг. Експерти відзначають, що узаконення такої діяльності – це аргентинський шлях, яким пішли деякі країни Латинської Америки. Однак у більшості країн Європи подібні послуги заборонено як такі, що вводять в оману або як пірамідальні схеми [90, с. 81]. Згодом розпорядженням Нацкомфінпослуг від 9 жовтня 2012 р. № 1676 були затверджені Ліцензійні умови провадження діяльності з адміністрування фінансових активів для придбання товарів у групах. Здійснення такої діяльності після ухвалення зазначених вище нормативно-правових актів все частіше у судовій практиці перестало визнаватись таким, що порушує вимоги Закону «Про захист прав споживачів».

Наприклад, у справі № 6-98цс14 встановлено, що 7 травня 2008 р. між К. і ЗАТ «AICE Україна» було укладено угоду про надання послуг з метою придбання товару в групах, а саме легкового автомобіля марки Daewoo, вартістю 53 100 грн. Згідно з умовами угоди ЗАТ «AICE Україна» гарантувало, що К. одержить право на отримання автомобіля за умови, якщо виконає всі зобов'язання, які випливають із цієї угоди, та зобов'язалось надати йому послуги з адміністрування фінансових активів із метою придбання товару в групах відповідно до системи, яка умовно називається «Автоплан» і полягає у створенні груп покупців (учасників системи) з метою придбання автомобілів.

Розглянувши матеріали справи, ВСУ зробив висновок про те, що діяльність ЗАТ «AICE Україна» за угодою не є «пірамідальною схемою» у зв'язку з відсутністю в діяльності товариства головних ознак «пірамідальної схеми» – безтоварності та отримання компенсації одним учасником за рахунок інших учасників, оскільки за програмою придбання товарів у групах товар придбавають усі учасники за рахунок об'єднання грошових внесків кожного з них. Різниця між споживачами – учасниками цієї програми є тільки в часі одержання товару кожним із них, за умови виконання учасником своїх зобов'язань. За наслідком розгляду цієї справи ВСУ чітко озвучив свою правову позицію: надання установою послуг з адміністрування активів, створених за рахунок залучених періодичних внесків учасників групи з метою об'єднання їхніх коштів і спрямованих на почергове придбання кожним із них певних товарів, що обумовлені в договорі, є правомірною діяльністю з надання фінансових послуг (за умови отримання ліцензії), яка передбачена ст. 1 Закону «Про фінансові послуги та регулювання ринків фінансових послуг», а не нечесною підприємницькою практикою в розумінні п. 7 ч. 3 ст. 19 Закону «Про захист прав споживачів», наслідком якої є визнання угоди недійсною [92].

Відзначимо, що експерти, які досліджували діяльність ЗАТ «AICE Україна», звертали увагу на те, що в більшості випадків особа, котра вступала в «Автоплан», підписуючи договір, не знала про такі обставини: вона стала учасником системи «Покупка в групах»; вона є учасником групи з

168 осіб; вступний внесок і плата за право на отримання автомобіля не зараховується в загальну заборгованість учасника; до ціни автомобіля, зазначеної в додатку до угоди, додаються щомісячні адміністративні витрати, щомісячний страховий внесок, який створює близько 35% надбавки до ціни автомобіля; за кожен внесок особа отримує певну кількість балів; автомобіль буде придбано за рахунок внесків учасників групи і буде наданий тому учаснику, який набрав більше балів або шляхом жеребкування або аукціону при наборі кількома особами однакової кількості балів; право на отримання автомобіля надається 1 раз у місяць максимум двом учасникам групи шляхом проведення «Асигнаційного акту»; останній учасник групи отримує свій автомобіль приблизно через 7 років; при розірванні угоди з простроченням терміну наданого для цього, заплачені гроші з урахуванням штрафних санкцій, адміністратор поверне по закінченню участі всієї групи, тобто приблизно через 7 років, проте чи буде при цьому враховано інфляція – це вже окреме питання. Згідно з даними Нацкомфінпослуг ЗАТ «АІСЕ Україна» зобов'язується забезпечити своїх учасників автомобілями на загальну суму два мільярди грн. Крім цього, компанія повинна повернути учасникам, які розірвали договір, 31,7 млн. гривень. При цьому заборгованість учасників перед компанією обчислюється 101,4 млн. гривень, а у фондї учасників, які очікують авто, – 76 млн. гривень. Нескладні розрахунки показують, що такому адміністратору для виконання вже взятих на себе зобов'язань необхідно залучити ще понад 1,85 млрд. грн. А це означає, що така система може існувати тільки за умови залучення нових платежів, що, своєю чергою, дає підстави констатувати, що це – класична піраміда, яка підживлюється небагатими громадянами, які шукають дешевизну [89].

Водночас рішенням ВСУ у справі за позовом Ч. проти ТОВ «АВТО ПРОСТО» діяльність останнього щодо адміністрування покупок у групах була визнана такою, що не має ознак «пірамідальної», оскільки в ній не було головних ознак «пірамідальної схеми» – безтоварності і сплати компенсації одним учасником за рахунок інших, оскільки за схемою придбання товарів у групах придбавають товар усі учасники за рахунок об'єднання внесків кожного з них [93].

Отже, після того, як адміністрування покупок у групах було на законодавчому рівні визнано різновидом фінансових послуг, і були затверджені ліцензійні умови відповідної діяльності, остання здебільшого перестала розцінюватись як пірамідальна. Незважаючи на це, і сьогодні судова практика є уніфікованою лише в тих справах, в яких відповідачем виступає ліцензований надавач послуг. Що ж стосується суб'єктів господарювання, які не мають ліцензії на адміністрування фінансових активів для придбання товарів у групах, то тут судова практика й досі не є однорідною [90, с. 84]. При цьому на рівні вищих судових інстанцій висловлено правову позицію, згідно з якою договори про адміністрування системи з метою придбання товарів порушують права споживачів.

Наприклад, саме таку оцінку ВСУ отримала діяльність ЗАТ «Філдес Україна», яка уклала з громадянами контракти про надання послуг з адміністрування системи, яка умовно називається «CAR CREDIT». Згідно з умовами контракту громадяни сплачували грошові внески за те, що відповідна організація зобов'язувалась надавати їм послуги щодо придбання легкових автомобілів (зазвичай це був автомобіль марки Daewoo, модель Lanos). На підставі розгляду відповідних справ у своїх постановках № 6-35цс12 від 23 травня 2012 р. та № 6-161цс12 від 16 січня 2013 р. ВСУ зробив висновок про те, що: громадяни сплачували кошти не за сам товар, а за можливість одержання права на купівлю товару; ЗАТ «Філдес Україна» без залучення власних коштів формувало групи клієнтів, за рахунок коштів яких здійснювалась передача права на купівлю товару одному з учасників групи, що є компенсацією за рахунок коштів інших учасників групи, залучених до умов діяльності системи «КАР КРЕДИТ». У підсумку це стало підставою для задоволення позову громадян і визнання недійсними відповідних правочинів через те, що в цих випадках була застосована заборонена законом пірамідальна схема [94; 95].

Однак щодо суб'єктів господарювання, які виступають відповідачами і справи по яких не були розглянуті ВСУ, судова практика різниться.

Так, Апеляційний суд м. Києва в ухвалі від 12 травня 2014 р. та Апеляційний суд Миколаївської області у рішенні від 4 лютого 2014 р. у справах проти ПП «Гранфінресурс» зазначають, що законодавець розрізняє ознаки, що застосовуються до поняття «пірамідальна схема» та «придбання товарів у групах». Якщо перше є порушенням законодавства, то друге (за умови отримання

відповідного дозволу та дотримання всіх встановлених вимог) є легітимною підприємницькою діяльністю. На обґрунтування цього суди посилаються на ч. 1 ст. 4 Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», відповідно до якої до фінансових послуг віднесено послуги з адміністрування фінансових активів для придбання товарів у групах [90, с. 85].

Натомість Київський районний суд м. Полтава в аналогічній за змістом справі, відкритій за позовом прокурора Київського району м. Полтави до ТОВ «Компанія «Приват-Плюс», зробив висновок про те, що діяльність цього ТОВ стосовно надання консультаційних послуг щодо можливості придбання на користь замовника товарів широкого асортименту на умовах відповідного договору є нечесною та «пірамідалною». Адже громадяни сплачували кошти не за сам товар, а за можливість одержання права на купівлю товару; ДП «Плюс» ТОВ «Компанія «Приват-Плюс» без залучення власних коштів формувало групи клієнтів, за рахунок коштів яких здійснювалась передача права на купівлю товару одному з учасників групи, що є компенсацією за рахунок коштів інших учасників групи, залучених до умов діяльності системи ДП «Плюс» ТОВ «Компанія «Приват-Плюс» [96].

Таким чином, констатуємо, що на сьогодні адміністрування покупок у групах далеко не завжди оцінюється судами як діяння, що містить ознаки «пірамідальності». Крім цього, проаналізувавши згадані законопроекти, ми не знайшли в них визначення фінансової піраміди, яке б з упевненістю дозволило віднести цей вид діяльності (навіть здійснюваний без отримання ліцензії) до «пірамідальної».

З урахуванням доведеної неможливості формулювання досконалого визначення поняття фінансової піраміди, доповнення КК України спеціальною нормою, яка передбачатиме відповідальність саме за організацію фінансової піраміди, навряд чи допоможе в боротьбі з незаконними проявами цього явища. І це при тому, що станом на 1 жовтня 2014 р. ліцензію Нацкомфінпослуг на адміністрування покупок у групах мали 8 установ, а за неофіційними даними існувало близько 70 подібних компаній [90, с. 81].

Рекриміналізація порушення порядку зайняття діяльністю з надання фінансових послуг: вихідні міркування. Не ставлячи під сумнів потрібність ухвалення законодавчого акту про заборону фінансових пірамід і встановлення кримінальної відповідальності за організацію фінансових пірамід, ми свого часу вже відзначали фрагментарність такого підходу до вирішення кримінально-правових проблем – фрагментарність, якої була виправдано позбавлена ст. 202 «Порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг», виключена з КК України 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» [82, с. 239–240]. Вважаємо, що належну кримінально-правову протидію створенню і діяльності фінансових пірамід могла б забезпечити загальна норма на кшталт ст. 202 КК України, яка б дозволила б притягати до кримінальної відповідальності осіб, які здійснюють надання фінансових послуг (до яких наразі належить і адміністрування покупок у групах) без одержання ліцензії та/або набуття статусу фінансової установи.

Взагалі не можна погодитись із декриміналізацією діянь, раніше передбачених статтями 202, 218, 220, 221, 223 КК України, шляхом механічного переведення описаних у них діянь у статус адміністративних проступків, коли автори ідеї такої декриміналізації навіть не розглядали питання, чи втратили ці діяння суспільну небезпеку або чи змінився ступінь їх суспільної небезпеки [97, с. 408]. До того ж сама по собі відсутність практики застосування певної норми КК (саме на це посилались автори розглядуваних змін до КК) аж ніяк не є підставою для її декриміналізації. Адже в такому випадку законодавець нехтує ознакою латентності, яка характерна для значної частки злочинів у сфері господарської діяльності.

З приводу безпідставності проведеної у 2011 р. декриміналізації порушення порядку зайняття діяльністю з надання фінансових послуг можна зауважити, що, наприклад, суспільна небезпека незаконних операцій з металобрухтом (злочин, караний за ст. 213 КК України) є меншою, ніж суспільна небезпека діяльності з надання фінансових послуг, включаючи професійну діяльність на ринку цінних паперів, без отримання спеціального дозволу чи набуття статусу фінансової уста-

нови. Діяльність фінансових пірамід, як слушно зазначає І.Б. Медичкий, однозначно продукує більш небезпечні наслідки, ніж незаконна діяльність з металобрухтом [98, с. 305].

Помилковість такого законодавчого кроку, як виключення з КК України ст. 202, зумовлена і тим, що здійснення підприємницької діяльності без державної реєстрації або без одержання ліцензії на провадження певних видів фінансової діяльності (торгівля цінними паперами, депозитарна діяльність, управління активами тощо) є однією із технологій шахраїв, що займаються посередницькою діяльністю на ринку корпоративних прав і капіталів.

Фахівці з фінансових ринків, називаючи лукавством твердження ідеологів сучасних фінансових пірамід про відсутність принципової різниці між такими утвореннями, з одного боку, і банками, кредитними спілками, страховими компаніями, пенсійними фондами, з іншого, зазначають: «Найістотніша різниця між пірамідою і фінустановою – наявність регулятора, відповідної ліцензії, певних законів і нормативно-правових актів, що встановлюють вимоги» [99]. Пригадаємо в цьому контексті, що будь-яка інформація щодо «МММ-2011» до Державного реєстру фінансових установ не вносилися, статусу фінансової установи зазначена організація не набувала, ліцензій на провадження діяльності з надання фінансових послуг у Нацкомфінпослуг вона не отримувала [100]. Отже, діяльність організаторів цієї піраміди цілком могла б розцінюватися як злочинне порушення порядку зайняття діяльністю з надання фінансових послуг і кваліфікуватися за ч. 2 ст. 202 КК України (зрозуміло, за умови невиключення останньої з КК України в 2011 р.).

Дехто з колег може запитати нас, якою ж має бути кримінально-правова оцінка діяльності осіб, які організували ті чи інші пірамідальні структури за умови, що останні у встановленому законом порядку отримали ліцензії на надання фінансових послуг. У таких випадках ми, вочевидь, мусимо констатувати «безсилість» потенційної кримінально-правової норми про відповідальність за порушення порядку надання фінансових послуг. Своєю чергою, можемо поставити таке питання: а чи змогла б у ситуації, коли є законне рішення компетентного органу, зарадити спеціальна кримінально-правова норма щодо організації фінансової піраміди? До того ж ми не виключаємо як таку принципову можливість інкримінування ліцензованим надавачам фінансових послуг ст. 190 КК України (за наявності всіх ознак складу злочину «шахрайство»)

Виступаючи за доповнення кримінального закону нормою, подібною до виключеної в 2011 р. з КК України ч. 2 ст. 202, водночас зазначимо, що ця норма не могла претендувати на звання «еталону» законотворчості. Зокрема, справжнім каменем спотикання став для вітчизняних криміналістів дохід, який відігравав у складах злочину, передбаченого ч. 1 і ч. 2 ст. 202 КК України, роль криміноутворювальної ознаки. Теоретики і практики дискутували стосовно галузевої належності цього поняття, його змістовної наповнюваності та юридичної природи (був дохід характеристикою злочинного діяння, злочинним наслідком або предметом злочину), доречності звернення в цьому разі до непрямих методів визначення сум податкових зобов'язань, а також стосовно оптимальних параметрів доходу як критерію розмежування злочинної і незлочинної поведінки і взагалі стосовно обґрунтованості використання доходу як характеристики господарських злочинів.

При аналізі іноземного досвіду ми з'ясували, що в багатьох країнах (КНР, ФРН, Республіки Білорусь, Казахстан, Молдова; Австрія, Естонія, Латвія, Литва) відповідні склади злочинів сконструйовано як формальні. Видається, що з урахуванням вищого (порівняно з порушеннями порядку зайняття іншими різновидами господарської діяльності) ступеня суспільної небезпеки такого діяння, як незаконне надання фінансових послуг (включаючи складність повернення інвестованих у фінансову піраміду коштів), кримінально караними мають визнаватися будь-які прояви незаконної фінансової діяльності незалежно від суми залучених коштів (спричиненої шкоди), розмір яких у певних випадках повинен визнаватися підставою для диференціації кримінальної відповідальності за відповідні діяння.

Ведучи мову про вади колишньої ст. 202 КК України, слід згадати і про сумнівність позиції законодавця, який у цій статті надавав однакового кваліфікуючого значення факту відсутності державної реєстрації суб'єкта господарювання, факту відсутності ліцензії на певний вид господарської діяльності і факту порушення ліцензійних умов.

Вважаємо також, що при формулюванні тексту проекрованої заборони замість описання всіх можливих проявів порушення порядку зайняття фінансовою діяльністю (у ч. 2 ст. 202 КК України йшлося про «здійснення банківської діяльності, банківських операцій або іншої діяльності з надання фінансових послуг, а також професійної діяльності на ринку цінних паперів без набуття статусу фінансової установи чи без спеціального дозволу (ліцензії), якщо законом передбачено набуття статусу фінансової установи чи одержання спеціального дозволу (ліцензії) для здійснення зазначених видів діяльності, або з порушенням умов ліцензування...») законодавцю варто обмежитись використанням узагальненого формулювання, узгодженого з понятійним апаратом регулятивного законодавства, наприклад, такого – «надання фінансових послуг без набуття статусу фінансової установи та/або спеціального дозволу, одержання якого передбачено законодавством».

Ми чудово усвідомлюємо, що наші міркування щодо рекриміналізації діяння, раніше караного за ч. 2 ст. 202 КК України, хоч і співзвучні доктринальним пропозиціям про відновлення кримінальної відповідальності за частину безпідставно декриміналізованих у 2011 р. діянь (ухилення від повернення валютної виручки, «товарна» контрабанда, порушення, пов'язані із неплатоспроможністю, тощо), значною мірою носять постановочний характер. У будь-якому разі переконані в тому, що повернення відповідних заборон до тексту КК України має здійснюватись не шляхом механічного відтворення їх попередніх редакцій, а з урахуванням здобутків кримінально-правової доктрини. Так, якщо рухатись шляхом, пропонованим у цій публікації, то законодавцем мають бути «взяті на озброєння» передусім наукові праці П.П. Андрушка, Є.Ф. Бобонича та Я.О. Лантінова.

Ухвалення самих лише ініційованих нами змін до кримінального закону не призведе до одномоментного припинення діяльності фінансових пірамід на території України. Вирішення цієї гострої проблеми вимагає від влади одночасного вжиття і низки інших заходів: виявлення суб'єктів, які надають фінансові послуги без ліцензії (постійний моніторинг Інтернет-середовища тощо); превентивне дослідження ринку, що дає можливість попередити виникнення нових схем; посилення контролю за видачою ліцензій і нагляду за подальшою діяльністю суб'єктів надання фінансових послуг (у т. ч. тих, які діють в Інтернет-просторі); встановлення більш жорстких вимог до реклами фінансових послуг та заборони реклами структур, які у своїй діяльності використовують пірамідальні схеми; постійне вжиття заходів, направлених на підвищення фінансової грамотності населення та його убезпечення від вкладення коштів у відповідні компанії, зокрема, шляхом ведення пропаганди, спрямованої на розкриття суті пірамідальних схем; законодавче закріплення правового статусу споживачів фінансових послуг тощо.

Будемо сподіватись, що вітчизняні парламентарії дослухаються до рекомендацій фахівців і врешті-решт виконають взяті на себе зобов'язання (у т. ч. закріплені в Коаліційній угоді) щодо формування в Україні належного правового механізму запобігання діяльності фінансових пірамід, здатного забезпечити збереження тих небагатьох заощаджень, які в цей складний для нашої країни час ще залишилися в кишенях пересічних українців.

1. Дацюк В. Б. Криміногенні процеси у сфері корпоративних відносин : кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / В. Б. Дацюк. – К., 2015. – 254 с.
2. Інформаційні матеріали до дискусії «Фінансові піраміди : чи спроможна держава захистити від них громадян та фінансову систему?» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://finrep.kiev.ua/download/infopaper_pc_14aug12_ua.pdf.
3. Князев С. М. Фінансова піраміда : поняття та криміналістичні ознаки / С. М. Князев // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2011. – № 1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.naiu.kiev.ua/chasopis/materials/16>.
4. Дудоров О. О. Злочини у сфері господарської діяльності : кримінально-правова характеристика : [монографія] / О. О. Дудоров. – К. : Юридична практика, 2003. – 924 с.
5. Дело о финансовой пирамиде «King's Capital» передано в суд [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://delo.ua/finance/delo-o-finansovoj-piramide-kings-capital-peredano-v-sud-210121>.
6. Ормоцадзе М. Роберт Флетчер снова процветает в Украине / М. Ормоцадзе [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://forbes.net.ua/business/1408121-robert-fletcher-snova-procvetaet-v-ukraine>.

7. У Тернополі ще одного підозрюваного в організації фінансової піраміди звільнили під заставу [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ternopil.unian.ua/1674426-u-ternopoli-sche-odnogo-organizatora-finansovoji-piramidi-zvilnili-pid-zastavu.html>.
8. Лисевич М. Вкладники озолотили аферистів / М. Лисевич // *Голос України*. – 28 лютого 2017 р. – № 38.
9. Звіт про діяльність Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг в Україні, за 2015 рік. – К., 2016. – 50 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://nfp.gov.ua/content/rzviti-naskomfinposlug.html>.
10. Кологойда О. В. Правове регулювання фондового ринку України : [навч. посіб.] / О. В. Кологойда. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 320 с.
11. Бездітний В. Трасти як інструмент захисту майна. Що? Навіщо? Для кого? / В. Бездітний // *Юридична газета*. – 2012. – № 39.
12. Литовченко Т. Верховний Суд України легалізує фінансові піраміди / Т. Литовченко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pic.com.ua/verhovnyj-sud-ukrajiny-lehalizuje-finansovi-piramidy.html>.
13. Ярмоленко Ю. В. Сучасні технології побудови фінансових пірамід / Ю. В. Ярмоленко // *Право і суспільство*. – 2014. – № 1. – С. 176–182.
14. Архів Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області. Справа № 1-120 за 2011 р.
15. Венгловский А. Кредитный колпак / А. Венгловский // *Бизнес*. – 27 февраля 2008 г. – № 9.
16. Головин В. Не верь, не бойся, не проси / В. Головин // *Бизнес*. – 13 декабря 2004 г. – № 50.
17. Ковальова В. «Листи щастя» : здирництво через формалізм / В. Ковальова // *Урядовий кур'єр*. – 24 листопада 2010 р. – № 220.
18. Ілляш І. Ошуканих вкладників не буде, якщо їх почнуть насторожувати захмарні відсотки / І. Ілляш // *Голос України*. – 11 січня 2012 р. – № 3.
19. Звіт Тимчасової слідчої комісії Верховної Ради України з питань розслідування обставин та причин сучасного стану в системі кредитної кооперації // *Голос України*. – 28 січня 2011 р. – № 16.
20. Архів Жовтневого районного суду м. Запоріжжя. Справа № 1-кп/331/53 за 2014 р.
21. Дацюк В. Б. Увага! Шахраї на ринку праці в Закарпатті! / В. Б. Дацюк / *Інтернет-видання ProZak.info*. – 21 лютого 2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://prozak.info/Suspil-stvo/Uvaga!-SHahrayi-na-rinku-praciv-Zakarpatti>.
22. Узагальнення Верховного Суду України судової практики в кримінальних справах про злочини посадових осіб довірчих, страхових товариств та інших небанківських структур, які залучали кошти населення [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0007700-99/print1481838362633511>.
23. Архів Білгород-Дністровського міськрайонного суду Одеської області. Справа № 495/6901/13-к за 2013 р.
24. Архів Хмельницького міськрайонного суду Вінницької області. Справа № 149/4252/13-к за 2013 р.
25. Чергова піраміда чи велика інвестиційна компанія [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ternopillive.com.ua/cherгова-piramida-chi-velika-investitsiy-na-kompaniya>.
26. Розслідування шахрайств, учинених способом фінансової піраміди : [навч. посіб.] / С. С. Чернявський, О. Ю. Тараров, В. В. Черней, Р. Р. Кузьмін, С. М. Князев; ред. : В. В. Коваленко. – К. : Нац. акад. внутр. справ, 2013. – 179 с.
27. Підхомний О. М. Критерії ідентифікації фінансових пірамід і моделювання їх функціонування / О. М. Підхомний // *Бізнес Інформ*. – 2014. – № 11. – С. 102–107.
28. Правонарушения на финансовом рынке : выявление, анализ и оценка ущерба. Справочник для сотрудников правоохранительных органов / под общей ред. Г. С. Полтавченко. – М. : Альпина Бизнес Букс, 2007. – 876 с.
29. Підхомний О. М. Фінансова безпека України : методологія аналізу та стратегічні орієнтири : дис. ... докт. економ. наук : спец. 08.00.08 / О.М. Підхомний. – Львів, 2015. – 455 с.
30. Горловская И. Г. Финансовые пирамиды : понятие, признаки, проблемы / И. Г. Горловская, И. И. Гимидива // *Вестник Омского университета. Серия экономика*. – 2011. – № 3. – С. 166–171.
31. Нырков Д. С миру – по нитке / Д. Нырков // *Украинская Инвестиционная Газета*. – 18 марта 2003 г. – № 11.
32. Самаєва Ю. Почім обійдуться економіці депозити з супердохідністю / Ю. Самаєва // *Дзеркало тижня*. – 27 червня 2015 р. – № 23.
33. Бойцов А. И. Преступления против собственности / А. И. Бойцов. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 775 с.
34. Брус С. Стережіться пірамід / С. Брус, Є. Бублик // *Урядовий кур'єр*. – 20 травня 2015 р. – № 88. – С. 6.
35. Клепицкий И. А. Система хозяйственных преступлений / И. А. Клепицкий. – М. : Статут, 2005. – 572 с.
36. Глухі кути фінансових пірамід [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.aratta-ukraine.com/text_ua.php?id=978.
37. Чи закряє новий закон фінансові піраміди? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.economica.com.ua/finance/article/8885919.html>.
38. Волков М. Шалені гроші : хто будує нові фінансові піраміди в Україні / М. Волков [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://news.finance.ua/ua/~2/0/all/2011/11/19/259471>.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

39. Чернявський С. С. Законодавче забезпечення протидії створенню в Україні «фінансових пірамід» / С. С. Чернявський // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravoznavec.com.ua/period/article/13604/%D7>.
40. Соловійов Є. Фінансові піраміди : про взаємну відповідальність держави і громадян / Є. Соловійов // Дзеркало тижня. – 15 червня 2013 р. – № 21.
41. Угода про Коаліцію депутатських фракцій «Європейська Україна» від 27 листопада 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/n0001001-15>.
42. Швець В. Д. Законодавча реалізація кримінально-правової політики : аналіз законопроектної діяльності Верховної Ради України V скликання з питань кримінального права. Вступне слово проф. Мельника М.І. / В. Д. Швець, В. М. Грицак, Я.І. Василькевич, В. О. Гацелюк. – К. : Атіка, 2008. – 244 с.
43. Царук О. Віртуальні гроші : нове технологічне рішення чи еволюційна форма фінансової піраміди? / О. Царук [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://vk.com/topic-1135400_26297109.
44. Алабердеев Р. Р. Финансовые пирамиды как форма непроизводительного предпринимательства / Р. Р. Алабердеев, Ю. В. Латов // Экономический вестник Ростовского государственного университета. – 2009. – Том 7. – № 3. – С. 35–43.
45. Як захиститися від фінансової піраміди? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://glavcom.ua/articles/4949.html>.
46. Заборона фінансових пірамід : важливий крок Уряду чи черговий популістський заклик? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://spektor.ua/uk/article/zapret-finansovh-piramid-vazhny-shag-pravitelystva-ili-otcherednoy-populistiski-prizv>.
47. Петричко Н. О. Незаконні азартні ігри : кримінально-правове та кримінологічне дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Н. О. Петричко. – К., 2010. – 258 с.
48. Князев С. М. Фінансова піраміда як спосіб шахрайства на ринку фінансових послуг / С. М. Князев [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/1728/%CA>.
49. Рухнула очередная финансовая пирамида под названием «Меркурий взаимный фонд» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://antikor.com.ua/articles/12031-ruhnula_ocherednaja_finansovaja_piramida_pod_nazvaniem_merkurij_vzaimnyj_fond.
50. Яхно А. Феномен МММ : як Мавроді вдається водити за носа українців / А. Яхно // ТСН.ua. – 2013. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://tsn.ua/groshi/fenomen-mmm-yak-mavrodi-vdayetsya-voditi-za-nosa-ukrayinciv.html>.
51. Лопашенко Н. А. Преступления против собственности : теоретико-прикладное исследование / Н. А. Лопашенко. – М. : ЛексЭкст, 2005. – 408 с.
52. Чернявський С. С. Фінансове шахрайство : методологічні засади розслідування / С. С. Чернявський. – К. : «Хай-Тек Прес», 2010. – 624 с.
53. Мысловский Е. Н. Уголовно-правовые и криминологические проблемы современных нетрадиционных форм мошенничества (на примере «финансовых пирамид» «МММ», «Русский дом селенга», «Тибет», «Хопер» и др.) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Е. М. Мысловский. – Елец, 2003. – 305 с.
54. Лещук К. Б. Криміналістична характеристика та основні положення розслідування злочинів, вчинених на ринку цінних паперів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / К. Б. Лещук. – Х., 2011. – 214 с.
55. Бобров Є. А. Аналіз діяльності неконтрольованих інвестиційних схем / Є. А. Бобров // Фінанси України. – 2014. – № 3. – С. 98–105.
56. Criminal Code of the Republic of Austria (German version) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.
57. Павлик Л. В. Диференціація кримінальної відповідальності за злочинні посягання у сфері економіки : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Л. В. Павлик. – Львів, 2013. – 248 с.
58. Чернишов Г. М. Фінансове шахрайство в інвестиційно-будівельній сфері : кримінологічне дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Г. М. Чернишов. – Одеса, 2016. – 20 с.
59. Музика-Стефанчук О. Сучасний погляд на загрози фінансовій безпеці держави / О. Музика-Стефанчук // Юридичний вісник України. – 10–16 листопада 2012 р. – № 45.
60. Пасочник В. У держави з МММ нібито й нема проблем? / В. Пасочник // Дзеркало тижня. – 18–22 травня 2012 р. – № 28.
61. Кротков А. П. Все великие аферы, мошенничества и финансовые пирамиды : от Калиостро до Мавроди / А. П. Кротков. – М., 2009. – 252 с.
62. Why de Lesseps failed to build the Panama Canal [Електронний ресурс] // The Panama Canal 1880-1914 // Режим доступу : <http://www.ak190x.de/Bauwerke/panamaen.htm>.
63. Волобуев А. Ф. Характеристика розкрадань майна, що вчиняються в небанківських фінансових установах / А. Ф. Волобуев, І. І. Золотухін, О. В. Литвинов // Вісник Луганського інституту внутрішніх справ. – 1998. – Вип. 2. – С. 168–179.
64. Laws and Regulations Covering Multi-Level Marketing Programs and Pyramid Schemes // Consumer Fraud Reporting [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.consumerfraudreporting.org/pyramidschemes_laws.htm.

65. Нацкомісія пропонує позбавляти волі організаторів фінансових шахрайств // Економічна правда. – 24 липня 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.epravda.com.ua/news/2012/07/24/330087>.
66. German Criminal Code [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.
67. Criminal Law of the People's Republic of China (Chinese and English text) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/criminal-law-of-the-peoples-republic-of-china>.
68. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30420353#pos=1;-261.
69. Уголовный кодекс Республики Армения [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1349&lang=rus>.
70. Уголовный кодекс Грузии [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://matsne.gov.ge/ka/document/download/16426/143/ru/pdf>.
71. Уголовный кодекс Кыргызской Республики [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.adviser.kg/document/?doc_id=30222833&mode=all.
72. Уголовный кодекс Республики Узбекистан [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lex.uz/pages/getact.aspx?lact_id=111457.
73. Пенитенциарный кодекс Эстонской республики [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused/ПЕНИТЕНЦИАРНЫЙ%20КОДЕКС_01.05.2015.pdf.
74. Criminal Law of the Republic of Latvia [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.
75. Criminal Code of the Republic of Lithuania [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaleska.showdoc_e?p_id=1118584&p_tr2=2.
76. Уголовный кодекс Республики Таджикистан [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=237375.
77. Додонов В. Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть : [монография] / под общ. и науч. ред. д.ю.н., профессора, заслуженного деятеля науки РФ С. П. Щербы. – М. : Юрлитинформ, 2009. – 448 с.
78. Уголовный кодекс Республики Молдова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lex.justice.md/ru/331268>.
79. Уголовный кодекс Республики Беларусь [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://etalonline.by/?type=text®num=НК9900275#load_text_none_1_.
80. Уголовный кодекс Российской Федерации [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.consultant.ru/document/cons_doc_law_10699.
81. Уголовный кодекс Республики Казахстан [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575252.
82. Дудоров О. О. Законодавство України про кримінальну відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності – час визначитись зі стратегією розвитку / О. О. Дудоров, Р. О. Мовчан // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2015. – № 2. – С. 215–263.
83. Панько К. К. Методология и теория законодательной техники уголовного права России : [монография] / К. К. Панько. – Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2004. – 272 с.
84. Панько К. К. Правила и приемы российского уголовного законодательства / К. К. Панько // Lex Russica. – 2014. – № 3. – С. 294–304.
85. Шевченко А. М. Зловживання та махінації на ринку фінансових послуг : методи боротьби, засоби протидії / А. М. Шевченко // Глобальні та національні проблеми економіки. – 2015. – № 7. – С. 767–771.
86. Ярмоленко Ю. В. Економіко-правові умови появи та функціонування фінансових пірамід в Україні / Ю. В. Ярмоленко // Європейські перспективи. – 2013. – № 12. – С. 173–177.
87. Иванчин А. В. Абстрактный и казуистический приемы в уголовном правотворчестве / А. В. Иванчин // Юридическая техника. – 2010. – № 4. – С. 195–199.
88. Основные проблемы реформирования уголовно-правовых норм об экономических преступлениях и практики их применения на современном этапе развития России : монография / Л. Л. Кругликов, А. В. Иванчин, О. Ю. Комарова и др. – Ярославль : ЯрГУ, 2012. – 372 с.
89. Проскурін С. Купівля авто в групах по-українськи: «Автоплан» або «Лохоплан»? / С. Проскурін [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ua.prostopravo.com.ua/finansi/statti/kupivlya_avto_v_grupah_po_ukrayinski_avtoplan_abo_lohoplan.
90. Аналіз судової практики у справах, пов'язаних із захистом прав споживачів фінансових послуг / Вітка Ю. В., Страхова В. К., Ханик-Посполітак Р. Ю., Карнаух Т. М. – К., 2014. – 127 с.
91. Постанова Верховного Суду України від 27 березня 2013 р. у справі № 6-22цс13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/b7b647bc6f2b53cbc2257b430023cb6d?OpenDocument>.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

92. Постанова Верховного Суду України від 3 вересня 2014 р. у справі № 6-98цс14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/19807f163eda15f1c2257d4d004abe41/\\$FILE/6-98%D1%86%D1%8114.doc](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/19807f163eda15f1c2257d4d004abe41/$FILE/6-98%D1%86%D1%8114.doc).
93. Постанова Верховного Суду України від 11 вересня 2013 р. у справі 6-40цс13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/0B947B841FC314E5C2257C92003A6BED](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/0B947B841FC314E5C2257C92003A6BED).
94. Постанова Верховного Суду України від 23 травня 2012 р. у справі № 6-35цс12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/665e6e2774e3cbbfc2257a1500232e15/\\$FILE/6-35%D1%86%D1%8112.doc](http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/665e6e2774e3cbbfc2257a1500232e15/$FILE/6-35%D1%86%D1%8112.doc).
95. Постанова Верховного Суду України від 16 січня 2013 р. у справі № 6-161цс12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/7d8bbaa2d75e9a4bc2257afe004b7245?OpenDocument>.
96. Архів Київського районного суду м. Полтави. Справа № 552/2811/13-2.
97. Попович В. М. Гуманізація кримінального законодавства України : проблеми, виклики та загрози / В. М. Попович, В. Б. Дацюк // Держава і право : збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Вип. 56. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2012. – С. 405–410.
98. Медицький І. Б. Нові витки розвитку вітчизняної кримінально-правової політики / І. Б. Медицький // Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. – 19–20 квітня 2012 р. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 303–305.
99. Реінкарнація МММ // Урядовий кур'єр. – 13 червня 2012 р. – № 104.
100. Держфінпослуг попереджає про незаконність діяльності «фінансових пірамід» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://4vlada.com/ukraine/12449>.

Кримінально-правова заборона щодо контрабанди деревини: сучасний стан і перспективи²³

Однією з найбільших сучасних загроз екологічній безпеці України є масова незаконна вирубка лісу. Цей добре відомий факт підтверджується й офіційними статистичними даними, які засвідчують, що серед усіх норм, передбачених розділом VIII Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК) «Кримінальні правопорушення проти довкілля», найактивніше застосовується саме ст. 246 «Незаконна порубка або незаконне перевезення, зберігання, збут лісу».

Незважаючи на практичну затребуваність цієї кримінально-правової заборони, представники експертного середовища не втомлювались повторювати, що її запобіжний потенціал не є достатнім для серйозної зміни ситуації на краще. Тому, поряд із перманентними спробами удосконалити ст. 246 КК (починаючи з 2016 р. її редакція зазнала чотирьох істотних оновлень), законодавець був змушений вдатись і до інших заходів. Зокрема, було ухвалено низку рішень, спрямованих на боротьбу з незаконним експортом деревини, поширеність якого більшість фахівців відносила до числа основних детермінант масової вирубки лісу. Першим із цих рішень, попри відверте незадоволення Європейського Союзу, стало запровадження у 2015 р. так званого мораторію на експорт лісу-кругляку, який, щоправда, не став панацеєю. Аби спонукати до неухильного дотримання вимог мораторію, був ухвалений Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів та запобігання незаконному вивезенню необроблених лісоматеріалів» (далі – Закон від 6 вересня 2018 р.), одним із наслідків чого стало доповнення КК ст. 201-1, присвяченою контрабанді деревини. Поява вказаної новели зумовило виникнення низки питань, починаючи з доцільності самого факту існування такої кримінально-правової заборони і закінчуючи конструюванням згаданої статті КК.

Вітчизняна правнича наука, однак, досить мляво відреагувала на зазначений факт. Доводиться констатувати, що за винятком декількох робіт, належних перу співавторів цієї статті [1, с. 86–90; 2, с. 644–645; 3, с. 122–125], а також поодиноких відверто некритичних коментарів [4, с. 235; 5, с. 377–379], в юридичній літературі відсутні серйозні аналітичні дослідження, присвячені фаховому обговоренню ст. 201-1 КК і визначенню перспектив цієї кримінально-правової заборони.

З огляду на сказане, метою статті є висунення науково обґрунтованих рекомендації, спрямованих на вдосконалення КК у вказаній частині та оптимізацію правозастосовної практики, чому має передувати критичний аналіз ст. 201-1 КК, з'ясування її співвідношення з іншими положеннями чинного кримінального законодавства (системно-правова несуперечливість).

Розпочнемо з того, що, хоч у попередніх рядках і нижче нами задля зручності вживається термін «деревина», насправді у ст. 201-1 КК йдеться відразу про три категорії предметів: 1) лісоматеріали або пиломатеріали цінних та рідкісних порід дерев; 2) лісоматеріали необроблені; 3) інші лісоматеріали, заборонені до вивозу за межі митної території України. Звернення до подібного казуїстичного способу викладення диспозиції правової норми (як, до речі, і її громіздкої назви) можна пояснити прагненням парламентаріїв якомога точніше описати предмет злочину, що мало б сприяти уніфікованому тлумаченню його ознак у правозастосуванні. Перші два вказані поняття задовільно визначені в регулятивному законодавстві, і проблем у цій частині не виникає. Вказавши, однак, у ст. 201-1 КК і на «інші лісоматеріали, заборонені до вивозу за межі митної території України», законодавець значною мірою звів нанівець свої зусилля щодо забезпечення зрозумілості аналізованої кримінально-правової заборони.

У ч. 1 ст. 3 Закону України від 8 вересня 2005 р. «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, пов'язаної з реалізацією та експортом лісоматеріалів» (далі – Закон від 8 вересня 2005 р.) встановлено, що реалізація за межі митної території України в митному режимі експорту суб'єктами підприємницької діяльності лісоматеріалів та виготовлених з них пиломатеріалів (крім лісоматеріалів і пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, лісоматеріалів необроблених, прямо зазначених у ст. 201-1 КК) *допускається* за наявності

²³ Стаття написана у співавторстві Р.О. Мовчаном та опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. 2021. № 2. С. 142–148.

сертифіката про походження лісоматеріалів і виготовлених з них пиломатеріалів (далі – сертифікат). У зв'язку з цим постає питання, чи можуть ці (інші) лісоматеріали, щодо яких, наприклад, відсутній належний сертифікат, вважатись такими, що заборонені до вивозу за межі митної території України.

Зазначене положення Закону від 8 вересня 2005 р. можна тлумачити таким чином, що за відсутності належного сертифіката реалізація будь-яких лісоматеріалів за межі митної території України забороняється. До такої думки схиляє і те, що Закон від 8 вересня 2005 р., визначаючи порядок експорту лісоматеріалів і пиломатеріалів, поділяє їх на певні категорії, а тому згадування додаткової категорії, яка б відображала інші заборонені до експорту різновиди деревини, може видатись нелогічним, через що до них необхідно відносити будь-які лісоматеріали і пиломатеріали, які експортуються без належного сертифікату, отримані протиправним шляхом, мають сумнівне походження тощо.

Саме така позиція знайшла відбиття у вироку Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області. Особа-1 обвинувачувалась у тому, що, будучи приватним підприємцем, для переміщення через митний кордон лісоматеріалів об'ємом 36,27 м³, вартістю 85 669 грн, за відсутності документів, потрібних для експорту деревини до Словацької Республіки, задля надання їй вигляду законного походження вирішила використати наявні у неї документи (ТН-ліс). Діючи з метою отримання сертифіката про походження лісоматеріалів і виготовлених з них пиломатеріалів для здійснення експортних операцій, Особа-1 внесла до заяви про видачу сертифіката про походження відповідної партії лісоматеріалів завідомо неправдиві відомості, на підставі чого їй видали сертифікат. Останній Особа-1 надала митному декларанту, який оформив митну декларацію, яку згодом було подано митному органу для здійснення митних процедур. Після завершення легалізації деревини й отримання підроблених документів, що надають право експорту лісоматеріалів, Особа-1 продовжила свої дії, спрямовані на незаконне переміщення лісоматеріалів через митний кордон України. Однак після прибуття вантажного автомобіля з належними Особі-1 лісоматеріалами на митний пост «Ужгород» у результаті огляду було встановлено, що вантаж не відповідає поданим для митного оформлення товаросупровідним документам, оскільки маркування на переміщуваних лісоматеріалах і відомості в поданих документах не збігаються у частині первинного постійного лісокористувача. Дії Особи-1 суд кваліфікував за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 201-1, ч. 2 і ч. 4 ст. 358 КК [6].

Привертає до себе увага та обставина, що, визнавши Особу-1 винуватою, зокрема, у закінченому замаху на переміщення через митний кордон України з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів, заборонених до вивозу за межі митної території України, суд не навів положень регулятивного законодавства, які б забороняли вивезення з України лісоматеріалів, належних Особі-1, натомість зазначивши, що остання знехтувала порядком здійснення експортних операцій з лісоматеріалами.

Задля справедливості зазначимо, що приписи регулятивного законодавства, які мали б стати у нагоді при тлумаченні ст. 201-1 КК, не вирізняються бажаною однозначністю. Так, з одного боку, Митний кодекс України (далі – МК) розрізняє: 1) *заборону* щодо переміщення окремих товарів через митний кордон України (ст. 196); 2) *обмеження* щодо переміщення окремих товарів через митний кордон України (ст. 197). Відтак було б неправильно (у контексті з'ясування питання про правомірність експорту чи імпорту тих чи інших предметів) визнавати заборону та обмеження тотожними поняттями. З іншого боку, перша зі згаданих норм МК до предметів, заборонених щодо переміщення через митний кордон України, відносить, зокрема, товари, на пропуск яких відповідно до закону потрібні документи державних органів, установ та організацій, уповноважених на їх видачу, – в разі відсутності таких документів (п. 2 ч. 1 ст. 196 МК). І це слугує ще одним аргументом на користь підходу, відображеного у вироку Ужгородського міськрайонного суду.

Поглянувши, однак, на положення Закону від 8 вересня 2005 р. і ст. 201-1 КК з іншого ракурсу, можна сформулювати відмінний від попереднього і більш обґрунтований, на нашу думку, висновок щодо вирішення розглядуваної проблеми. Його суть полягає в тому, що перелік інших лісоматеріалів, заборонених до вивозу за межі митної території України, мав би бути визначений Законом, як це наразі зроблено щодо категорій цінних і рідкісних порід дерев, а так само щодо лісоматеріалів необроблених (ст. 2 і ст. 2-1 Закону від 8 вересня 2005 р., відповідно).

Раніше чинна постанова Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) від 21 травня 2012 р. № 436 «Про затвердження переліків товарів, на які встановлено обмеження щодо переміщення через митний кордон України» передбачала подібний перелік, який, проте, стосувався лісоматеріалів (як і пиломатеріалів), на які встановлено обмеження, а не заборону переміщення через митний кордон України. Оскільки ж Закон від 8 вересня 2005 р. за умови дотримання встановленого порядку *дозволяє експортувати* відповідні лісоматеріали (зокрема, деревину паливну, поняття якої не збігається з поняттям лісоматеріалів необроблених), вони **не повинні визнаватись такими, що заборонені для вивозу за межі митної території України**, як цього вимагає чинна редакція ст. 201-1 КК, а отже, остання не підлягає застосуванню у випадку переміщення через митний кордон України вказаних лісоматеріалів. Вчинене у такому разі має, як правило, визнаватись адміністративним правопорушенням, караним за ст. 482 або ст. 483 МК.

Зроблене нами застереження «як правило» зумовлено, зокрема, тією обставиною, що внесення неправдивих відомостей щодо характеристик переміщуваних через митний кордон предметів у сертифікат, інше його підроблення, а так само використання підробленого сертифіката утворюють склади кримінальних правопорушень, передбачених відповідними частинами ст. 358 і (або) ст. 366 КК. Слід мати на увазі і те, що декларування товарів під іншим кодом УКТ ЗЕД, умисне заниження митної вартості, повідомлення інших завідомо недостовірних відомостей під час митного оформлення товарів (зокрема, про країну походження, митний режим, належність і мету використання) за наявності ознак складу злочину, передбаченого ст. 222 КК, має розцінюватись як шахрайство з фінансовими ресурсами (надання завідомо неправдивої інформації з метою отримання пільги щодо податків) або кваліфікуватись за ст. 212 КК.

Незважаючи на те, що сертифікат може бути виданий лише суб'єктам підприємницької діяльності (постанова КМУ від 21 грудня 2005 р. № 1260 «Про затвердження Тимчасового порядку видачі сертифіката про походження лісоматеріалів та виготовлених з них пиломатеріалів для здійснення експортних операцій»), зроблений вище висновок і з тих самих міркувань вважаємо доречним і щодо ситуацій, коли такі інші лісоматеріали за межі митної території України вивозять особи, які не є суб'єктами підприємницької діяльності. Як і в попередньому випадку, тут має місце не вивезення лісоматеріалів, які заборонено експортувати з України, а порушення встановленого порядку (а відтак загалом дозволеного) вивезення певних предметів.

Саме така логіка міркувань призвела свого часу одного із співавторів цих рядків до висновку про те, що переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів або пиломатеріалів тих порід дерев, які не належать до числа цінних і рідкісних, а так само лісоматеріалів необроблених є, як правило, адміністративним правопорушенням (ст. 482 або ст. 483 МК). Водночас відзначалось, що ознаки складу злочину, передбаченого ст. 201-1 КК, можуть вбачатись, наприклад, у випадку, коли предмети, зазначені в цій кримінально-правовій нормі, вивозяться за межі митної території України під виглядом деревини паливної [2, с. 645]. Обстоювану нами позицію поділяють і автори одного з коментарів КК, які пишуть, що предметом аналізованого злочину (поруч із лісоматеріалами або пиломатеріалами цінних та рідкісних порід дерев, а також лісоматеріалами необробленими) є лише ті лісоматеріали, які у конкретний період можуть бути законодавчо заборонені до вивозу за межі митної території України [5, с. 378].

Вважаємо неправильним поширювально тлумачити ознаки предмета складу злочину, передбаченого ст. 201-1 КК, «виводячи» їх з такого способу переміщення лісоматеріалів через митний кордон України, як приховування від митного контролю. Принципова різниця між лісоматеріалами або пиломатеріалами цінних та рідкісних порід дерев, а також лісоматеріалами необробленими, з одного боку, та лісоматеріалами, експорт яких здійснюється за відсутності належного сертифікату, наявності підробленого сертифікату або неналежним суб'єктом, з іншого, полягає в наступному: з огляду на цінність перших, їхній експорт для держави априорі вважається шкідливим (принаймні у реаліях сьогодення), а тому взагалі (за жодних умов) не дозволений; натомість щодо експорту других держава загалом «не заперечує», вимагаючи при цьому дотримання встановленого порядку.

Інакше кажучи, правовий статус таких лісоматеріалів (умовно других) не відрізняється від правового статусу будь-яких інших предметів, крім передбачених ст. 201-1 КК, експорт яких дозво-

ляється у встановленому порядку, порушення якого зазвичай карається за ст. 482 або ст. 483 МК. Переконані в тому, що протилежний підхід означатиме безпідставне ототожнення таких способів правового регулювання, як юридична заборона (встановлюється шляхом покладання на особу обов'язку пасивного типу, відповідно до якого вона має утримуватись від певних юридично значущих дій) та юридичне дозволяння (полягає у визнанні за особою можливості реалізації певного варіанта своєї поведінки) [7, с. 99].

Обґрунтованість зробленого нами висновку підтверджується, серед іншого, логічним і системним тлумаченням кримінального закону. Так, у всіх випадках, коли законодавець мав намір встановити кримінальну відповідальність за порушення встановленого порядку діяльності, яка може мати і правомірний характер, він прямо вказує на «незаконність» (статті 134, 138, 142, 151, 162, 171 КК тощо) або на «порушення встановленого законом порядку» (статті 143, 213, 220-1, 223-2, 332-1, 333 КК тощо) здійснення такої діяльності, тоді як при конструюванні норм, якими передбачено кримінальну відповідальність за діяння, що не можуть бути законними, подібна вказівка відсутня (статті 149, 150, 157, 160 КК тощо).

Зважаючи на це, припускаємо, що якби парламентарії прагнули (зрозуміло, на законодавчому рівні) покласти край зловживанням з експортом деревини, яка має сумнівне походження (або як пишуть деякі журналісти, контрабанді українського сірого лісу), і визнати кримінально протиправним експорт будь-яких лісоматеріалів, який здійснюється без потрібного сертифіката, із підробленим чи незаконно отриманим сертифікатом, неналежним суб'єктом тощо, то у ст. 201-1 КК містилась б вказівка не на «інші лісоматеріали, заборонені до вивозу за межі митної території України», за допомогою якої наразі підкреслено нерозривний зв'язок цих предметів із згаданими раніше «лісоматеріалами або пиломатеріалами цінних та рідкісних порід дерев, а також лісоматеріалами необробленими», експорт яких за жодних умов не може бути визнаний законним, а на: а) «порушення встановленого порядку» чи «незаконність» їхнього вивозу за межі митної території України (чи щось на кшталт цього). За таких умов диспозиція ч. 1 ст. 201-1 КК закінчувалася б формулюванням «а також інших лісоматеріалів, вивіз яких за межі митної України здійснюється з порушенням встановленого порядку» (або, як варіант, формулюванням «а також незаконний вивіз інших лісоматеріалів»); б) «переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю будь-яких лісоматеріалів», що, до речі, відповідало б правилам законодавчої техніки.

Наша переконаність у достатності такої вказівки ґрунтується на тому, що ст. 483 МК до вказаного у ст. 201-1 КК «переміщення через митний кордон України з приховуванням від митного контролю» відносить, зокрема, переміщення товарів (читай – лісоматеріалів) з поданням митному органу як підстави для переміщення товарів підроблених документів чи документів, одержаних незаконним шляхом, або таких, що містять неправдиві відомості щодо найменування товарів, їх ваги (з урахуванням допустимих втрат за належних умов зберігання і транспортування) або кількості, країни походження, відправника та/або одержувача, кількості вантажних місць, їх маркування та номерів, неправдиві відомості, необхідні для визначення коду товару згідно з УКТ ЗЕД та його митної вартості.

Таким чином, вказівка на «переміщення... з приховуванням від митного контролю» дала б змогу інкримінувати ст. 201-1 КК не лише у випадках забороненого ст. 2 і ст. 2-1 Закону від 8 вересня 2005 р. вивезення з України лісоматеріалів цінних та рідкісних порід дерев і лісоматеріалів необроблених, а й вивезення з митної території України будь-яких інших лісоматеріалів, якщо їхній експорт здійснюється з порушенням встановленого порядку. Тобто вдалося б врешті-решт адекватно втілити ідею, відображену в Пояснювальній записці до законопроекту, ухваленого як Закон від 6 вересня 2018 р.: метою його прийняття називалось забезпечення збереження лісового фонду країни шляхом обмеження внутрішнього споживання необроблених лісоматеріалів і посилення адміністративної та кримінальної відповідальності за незаконну вирубку лісу та подальший його експорт поза митним контролем (контрабанду).

Як бачимо, у частині вказівки на «інші лісоматеріали, заборонені до вивозу за межі митної території України» наявна неузгодженість положень кримінального і регулятивного законодавства, що у черговий раз демонструє «якість» роботи парламентаріїв. Опрацювання супровідних матеріалів до законопроекту, ухваленого як Закон від 6 вересня 2018 р., дозволило, як нам ви-

дається, відшукати причину появи такої недолугої вказівки у ст. 201-1 КК, відсутньої у первісній редакції законопроекту (спочатку тут йшлося про переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лише лісоматеріалів необроблених, тобто лісу-кругляка).

У зауваженнях Головного юридичного управління Апарату ВРУ на вказаний законопроект зазначалось, що в його Прикінцевих положеннях пропонувалось встановити імперативну норму, згідно з якою тимчасово, строком на вісім років із дня набрання чинності відповідним Законом, забороняється вивезення за межі митної території України в митному режимі експорту деревини паливної (товарна позиція 4401 згідно з УКТ ЗЕД). При цьому, писали парламентські правники, з тексту законопроекту не зрозуміло, який саме вид відповідальності наставатиме за порушення зазначеного припису. Сталось, треба розуміти так, що законодавчу заборону щодо вивезення за межі митної території України в митному режимі експорту деревини паливної не запровадили, однак реагування на згадане зауваження Головного юридичного управління Апарату ВРУ призвело до появи у «доопрацьованій» ст. 201-1 КК альтернативної вказівки на «інші лісоматеріали, заборонені до вивозу за межі митної території України».

У будь-якому разі констатуємо, що ця законодавча вказівка не узгоджується з юридичною визначеністю як складовою верховенства права, яка передбачає не просто існування закону, на підставі якого обмежуються права особи або вона притягується до відповідальності, а існування саме якісного (передбачуваного) закону. Юридична визначеність «вимагає, щоб правові норми були зрозумілі і точні і мали на меті гарантування того, що ситуації і правовідносини будуть передбачуваними» [8, с. 178]. De lege lata кримінально-правова заборона, присвячена контрабанді деревини, потребує докладання кваліфікованих адвокатських зусиль, зокрема задля недопущення необґрунтовано поширювального тлумачення ознак предмета складу злочину, передбаченого ст. 201-1 КК.

Наведені вище міркування щодо предмета аналізованого злочину змушують поглянути на позначену ситуацію глобальніше – під кутом доцільності існування ст. 201-1 КК як такої. Зокрема, у цьому контексті з «ностальгією» згадується первинна, тобто діюча до моменту набрання чинності Законом від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності», редакція ст. 201 КК, якою передбачалась відповідальність за контрабанду: 1) «звичайних» предметів (товарів), вчинену у великих розмірах; 2) специфічних предметів (незалежно від їхніх розмірів).

Відтак, за умови відновлення такої (подібної) редакції згаданої кримінально-правової заборони, потреба у доповненні розділу VII Особливої частини КК новелами на кшталт ст. 201-1 автоматично відпала б, адже: 1) за нею можна було б кваліфікувати вчинювану у певних розмірах контрабанду будь-якої деревини; 2) за умови оцінки парламентаріями суспільної небезпеки відповідних різновидів контрабанди деревини як таких, що вимагають встановлення кримінальної відповідальності за їхнє вчинення незалежно від масштабів, достатньо було б доповнити перелік згаданих в «універсальній» статті КК специфічних предметів вказівкою на відповідні різновиди деревини. Тут доречно нагадати, що у первинній редакції ст. 201 КК фігурували, зокрема, «стратегічно важливі сировинні товари, щодо яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення за межі України», до яких свого часу належали і відповідні лісоматеріали та пиломатеріали, тобто предмети, які наразі є предметом злочину, передбаченого ст. 201-1 КК.

До слова у висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ на законопроект, ухвалений як Закон від 6 вересня 2018 р., слушно зазначалось, що включення до КК спеціальних норм на кшталт ст. 201-1 має бути обумовлено підвищеним або пониженим рівнем суспільної небезпеки діяння, якому присвячено спеціальну норму, порівняно з діянням, передбаченим загальною нормою. Проте навряд чи контрабанда необроблених лісоматеріалів є більш або менш суспільно небезпечним діянням, ніж, наприклад, контрабанда культурних цінностей, яка кваліфікується за ч. 1 ст. 201 КК. Парламентські експерти вказали і на те, що на розгляді ВРУ знаходиться декілька законопроектів, присвячених вирішенню проблеми контрабанди підакцизних товарів, бурштину тощо, і що найкращим способом розв'язання проблеми було б повернення до попередньої редакції ст. 201 КК «Контрабанда».

Ми так само послідовно наполягаємо на рекриміналізації «товарної» контрабанди [3, с. 122–125; с. 241–243]. Про доцільність відновлення кримінальної відповідальності за контрабанду товарів ведуть мову й інші дослідники, зокрема Т.О. Михайліченко [с. 248–253], яка з-поміж іншого пише про доцільність рішення парламентаріїв істотно – з 1 тис. до 18 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ) – зменшити великий розмір як криміноутворювальну ознаку складу злочину, передбаченого ст. 201-1 КК (Закон від 25 квітня 2019 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів»; далі – Закон від 25 квітня 2019 р.), а так само про незначну практичну затребуваність ст. 201-1 КК попри зусилля законодавця реагувати на проблему контрабанди деревини. Справді ст. 201-1 КК не може похизуватись своєю результативністю: на її підставі у 2019 р. було засуджено 2 особи, а в 2020 р. – 3 особи. І це при тому, що масштаби експорту (передусім у країни ЄС) вітчизняної деревини, яка має нелегальне походження, не можуть не вражати [11].

Отже, включення до КК ст. 201-1, посилюючи його казуїстичність, є фрагментарним (стосовно вузько визначеного кола предметів) вирішенням певної проблеми. Рекриміналізація контрабанди заборонених для експорту видів деревини як чинника, що, звісно, сприяє розповсюдженню незаконної вирубки лісу, із змістовної точки зору заслуговує на підтримку, що, однак, не можна сказати про обраний законодавцем спосіб розв'язання цієї злободенної проблеми. Так само розмірковує Д.В. Каменський, на думку якого подібне штучне «розщеплення» юридичних підстав відповідальності за переміщення окремих груп товарів через митний кордон України є помилковим, створює небажану казуїстику в законодавчому підході до описання меж протиправної поведінки [12, с. 243].

Зайвим підтвердженням проблемності ст. 201-1 КК, від якої *de lege ferenda* варто позбутись, слугує суперечливість тлумачення вжитого у цій статті звороту «переміщення через митний кордон України». Так, в юридичній літературі можна прочитати, що у ст. 201-1 КК йдеться лише про переміщення відповідних предметів за межі митної території України [4, с. 235]. Дійсно регулятивне законодавство (передусім Закон від 8 вересня 2005 р.), з метою забезпечення виконання положень якого КК доповнено ст. 201-1, забороняє лише вивезення за межі митної території України (експорт) певних предметів. На нашу думку, було б, однак, неправильно (виходячи з того, що КК не може визнавати кримінально протиправними ті різновиди поведінки, які дозволені регулятивним законодавством) стверджувати, що ввезення на митну територію України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів і пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, а також лісоматеріалів необроблених не може кваліфікуватись за ст. 201-1 КК. Адже і такі (наразі малоімовірні) дії, зважаючи на їхній спосіб, заборонені чинним законодавством (інша питання – чи обґрунтовано?).

Ще одним аргументом на користь відмови від ст. 201-1 КК як казуїстичної заборони, диспозиція ч. 1 якої «у прив'язці» до положень регулятивного законодавства ставить питання, в яких складно розібратись навіть «вузьким» фахівцям, є розроблення законопроекту «Про ринок деревини», покликаного втілити консенсус у т. ч. з питань експорту вітчизняної деревини в ЄС [13]. Очікується, серед іншого, оновлення Закону від 8 вересня 2005 р. При цьому загальна стаття КК про «товарну» контрабанду, з огляду на природну бланкетність такої заборони, не потребуватиме перманентних змін, а отже, будуть забезпечені стабільність і гнучкість кримінально-правового регулювання відповідних суспільних відносин.

Ми вже неодноразово звертали увагу і на притаманну чинному КК проблему доцільності кількісних показників криміноутворювальних і кваліфікуючих ознак складів кримінальних правопорушень, без розв'язання якої годі й вести мову про соціальну обумовленість кримінально-правових заборон. Вказана проблема знайшла своє відображення і при конструюванні ст. 201-1 КК.

У п. 2 примітки первинної редакції ст. 201-1 КК показники передбачених у ч. 2 та ч. 3 великого та особливо великого розмірів закріплювались на рівні 1 тис. і 2 тис. НМДГ, відповідно. Для розуміння логіки подальших дій парламентаріїв варто зазначити те, що, крім доповнення КК ст. 201-1, ухвалення Закону від 6 вересня 2018 р. призвело і до зміни ст. 246 КК, у новій редакції якої було максимально формалізовано оцінний до цього показник криміноутворювальної ознаки у виді «істотної шкоди» (2 тис. і більше НМДГ), а також диференційовано відповідальність за дії,

що спричинили «тяжкі наслідки», якими повинні були вважатись такі наслідки, які вже у 5 тис. і більше разів перевищують НМДГ.

Проблема, однак, полягала в тому, що ці показники вчергове були взяті «зі стелі» і, як наслідок, абсолютно не враховували реалії правозастосування, зокрема той факт, що розмір шкоди, розцінюваний правозастосувачами як свідчення її істотності з погляду кваліфікації за попередньою редакцією ст. 246 КК, зазвичай складав 7–10 тис. грн. Як бачимо, показник такої шкоди є приблизно у 200 (!) разів меншим, ніж закріплений Законом від 6 вересня 2018 р., що навряд чи узгоджувалось із задекларованим розробниками законопроекту посиленням кримінальної відповідальності за незаконну порубку лісу.

Врешті-решт очевидну завищеність закріплених у п. 1 примітки ст. 246 КК кількісних показників зрозуміли і народні депутати України, що стало підставою для розроблення законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів». У Пояснювальній записці до нього ми нарешті зустріли хоча б якесь обґрунтування позиції суб'єктів законодавчої ініціативи, які вказали на те, що:

– по-перше, у лісах державних лісогосподарських підприємств, що належать до сфери управління Держлісагентства, за 2018 р. обсяг незаконних рубок склав 17,7 тис. м³ деревини на суму заподіяної шкоди 116,7 млн грн, що в загальному на 1 м³ незаконної рубки дорівнює 6582,73 грн заподіяної шкоди;

– по-друге, для того, щоб порушник був притягнутий до кримінальної відповідальності за ст. 246 КК, мінімальний обсяг незаконної рубки, скоєної ним, повинен становити понад 292 м³;

– по-третє, згідно з лісотаксаційними показниками середній обсяг деревини пристигаючого або стиглого деревостану складає 250–300 м³ на 1 га, а отже, порушнику необхідно одночасно зрізати близько 1 га лісу, щоб була правова підстава для оголошення йому підозри у вчиненні злочину, передбаченого ст. 246 КК.

Зважаючи на представлені аргументи, розробники законопроекту, який набув статусу Закону від 25 квітня 2019 р., домоглися не лише уточнення передбачених п. 1 і п. 2 примітки ст. 246 КК показників істотної та тяжкої шкоди, які були зменшені до 20 та 60 НМДГ, відповідно, а й аналогічної корекції показників передбачених ст. 201-1 КК великого та особливо великого розмірів, показники яких відтоді і дотепер закріплені на рівні 18 та 36 НМДГ, відповідно. У зв'язку з цими законодавчими «перипетіями» у нас виникло декілька запитань:

1) чому наведена вище важлива інформація не була врахована раніше, тобто ще при ухваленні Закону від 6 вересня 2018 р.? Нерозуміння цього лише посилюється, якщо взяти до уваги ту обставину, що з 10 ініціаторів законопроекту, ухваленого як Закон від 25 квітня 2019 р., відразу 6 (Галасюк В.В., Єфімов М.В., Кіраль С.І., Кривошея Г.Г., Кужель О.В., Нечаєв О.І.) були розробниками і законопроекту, прийнятого як Закон від 6 вересня 2018 р.;

2) про яку стабільність і соціальну обумовленість кримінального закону може йти мову, якщо кількісні показники криміноутворювальних (ст. 246 КК) і кваліфікуючих (як ст. 201-1, так і ст. 246 КК) ознак складів злочинів одночасно змінюються у понад, ніж 50 (ст. 201-1 КК) або навіть 100 (ст. 246 КК) разів? Виходить, що до цього моменту (до набрання чинності Законом від 25 квітня 2019 р.) у відповідних нормах закріплювались показники, які від обґрунтованих відрізнялись саме у 50 і 100 разів, відповідно?

3) чому передбачені як раніше, так і наразі у ст. 201-1 та 246 КК параметри жодним чином не корелюються між собою? Ми цілком свідомі того, що у ст. 201-1 КК відповідні показники позначають вартість деревини, яка виступає підставою для диференціації кримінальної відповідальності, а у ст. 246 КК – показник шкоди, яка є не лише кваліфікуючою, а й криміноутворювальною ознакою. Незважаючи на це, ми не знайшли аргументів проти уніфікації показників, закріплених у цих однорідних, як впливає зі змісту ч. 2 ст. 201-1 КК, складах злочинів. Невже ситуація принципово змінилась, якби у ст. 201-1 КК параметри відповідних показників склали не 18 та 36 НМДГ, а як і у ст. 246 КК, 20 та 60 НМДГ, відповідно?

З позиції системності кримінального закону не можемо зрозуміти і того, чому у ст. 201-1 КК повторними (ч. 2) вважаються дії, вчинені особою, яка раніше вчинила не лише злочин, передбачений цією нормою, а й ст. 246 КК (як і ст. 201 КК), тоді як у ст. 246 КК (ч. 2) – лише особою, яка

вчинила злочин, передбачений цією статтею? Враховуючи визнану самим законодавцем однорідність й очевидну взаємообумовленість розглядуваних посягань, логічні пояснення такого рішення навряд чи існують.

Необхідність обґрунтованого вище хоча б часткового збільшення передбачених ч. 2 та ч. 3 ст. 201-1 КК показників великого та особливо великих розмірів пояснюється не лише вимогами системності, а й тим, що цей крок дозволить бодай мінімально (хоч явно недостатньо) «згладити» невідповідність між суспільною небезпекою діянь, описаних у цих нормах, і суворістю передбачених ними основних покарань.

Мова, зокрема, йде про те, що з урахуванням закріпленого у п. 2 примітки показника «особливо великого розміру» на сьогодні особі, яка вчинила контрабанду деревини, вартість якої перевищує 40 860 грн (ч. 3 ст. 201-1 КК), як основне покарання може бути призначено лише (!) позбавлення волі на строк від 10 до 12 років. Але чи можна суспільну небезпеку такої поведінки вважати хоча б приблизно співмірною із суспільною небезпекою, наприклад, умисних тяжких тілесних ушкоджень, що спричинили смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК), розбою, вчиненого із проникненням у житло (ч. 3 ст. 187 КК), катування, вчиненого за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 127 КК), терористичного акту, який призвів до каліцтва десятків людей (ч. 3 ст. 258 КК) тощо, за вчинення яких передбачено менш суворі покарання. До слова навіть за вчинення передбаченого ч. 1 ст. 115 КК умисного вбивства винним рідко призначається позбавлення волі на строк, що перевищує 10 років, який, повторимо, є найменш суворим покаранням з-поміж тих, які мають призначатись на підставі ч. 3 ст. 201-1 КК.

Вочевидь, кричущу неадекватність передбачених санкціями ч. 3 ст. 201-1 КК покарань усвідомлюють і правозастосувачі. Як же інакше можна пояснити той факт, що у згаданому вище випадку із судової практики дії особи, яка 18 березня 2020 р. (тобто після набрання чинності Законом від 25 квітня 2019 р.) намагалась перемістити через митний кордон України лісоматеріали об'ємом 36,27 м³, вартістю 85 669 грн (тобто 82,4 НМДГ) були кваліфіковані не за ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 201-1 КК, яка мала б застосовуватись у випадку контрабанди лісоматеріалів, вартість яких перевищує 36 НМДГ, а за ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 201-1 КК?

Оригінальніший, але від цього не менш незаконний спосіб «непомічання» наявності ознак складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 201-1 КК, був використаний Могилів-Подільським міськрайонним судом Вінницької області, який розглядав справу щодо Особи-1. Останній 20 травня 2020 р. намагався незаконно перемістити через митний кордон України 32,138 м³ заборонених до експорту лісоматеріалів (а саме лісоматеріалів необроблених). Очевидно, що, зважаючи на вказаний об'єм, вартість відповідних лісоматеріалів і в цьому випадку істотно перевищила 36 НМДГ або щонайменше 18 НМДГ (ч. 2 ст. 201-1 КК), а тому зазначені дії мали б отримати кримінально-правову оцінку з посиланням саме на ч. 3 ст. 201-1 КК (або щонайменше на її ч. 2). Однак услід за органом досудового розслідування суд обмежився вказівкою на об'єм лісоматеріалів, не визнавши за потрібне встановити їхню вартість. Як наслідок, представники Феміди не знайшли підстав для кваліфікації дій Особи-1 за ч. 3 (або ч. 2) ст. 201-1 КК, інкримінувавши їй ч. 1 цієї статті [14].

Головною метою доповнення КК ст. 201-1 проголошувалось посилення відповідальності за незаконний експорт деревини. Враховуючи суспільну небезпеку відповідних діянь, їхні загрозливі масштаби, задекларована ініціатива заслуговує на підтримку. Водночас нами вже неодноразово приверталась увага до того, що прагнення посилити кримінальну відповідальність за певні екологічні та економічні правопорушення (а контрабанду деревини, вочевидь, є підстави вважати еколого-економічним деліктом) за допомогою закріплення позбавлення волі на певний строк як єдиного виду покарання може призвести до зворотного ефекту, який спостерігається і сьогодні, коли замість «реального» відбування покарання чи не всі засуджені за вчинення певних кримінальних правопорушень звільняються від призначеного покарання у виді позбавлення волі на певний строк (те саме стосується й обмеження волі).

Тому ми рекомендували: 1) у санкціях, які встановлюються за вчинення відповідних некваліфікованих кримінальних правопорушень, встановити єдиний безальтернативний основний вид покарання – штраф; 2) враховуючи підвищену суспільну небезпеку діянь, які утворюють кваліфіковані (особливо кваліфіковані) склади кримінальних правопорушень, пропонувалось зберегти у

відповідних санкціях вказівку (поруч із штрафом) на такий вид покарання, як позбавлення волі на певний строк [15, с. 92–125]. Однак рекомендації науковців були вкотре проігноровані. Як наслідок, не лише у ч. 3, а й у ч. 1 і ч. 2 ст. 201-1 КК передбачено єдине основне (безальтернативне) покарання у виді позбавлення волі (від 3 до 5 років і від 5 до 10 років, відповідно), що, за задумом законодавця, мало призвести до максимального посилення відповідальності за певні посягання. Що ж має місце насправді?

Для отримання відповіді на це питання ми вивчали вже не санкції ст. 201-1 КК, а тенденції судової практики, точніше не тенденції, а поодинокі випадки застосування розглядуваної кримінально-правової заборони. Виявилось, що ухвалені зміни не призвели до результатів, на які очікував законодавець, адже розгляд обох справ за ст. 201-1 КК, рішення щодо яких розміщені в ЄДРСР за 2020 р., був завершений призначенням покарання у виді позбавлення волі на певний строк (3 роки та 3 роки і 3 місяці, відповідно), від відбування якого винні особи звільнялись на підставі ст. 75 КК.

За результатами проведеного дослідження можна зробити висновок про те, що, ухвалюючи рішення про встановлення кримінальної відповідальності за контрабанду деревини, парламентарії, на жаль, не подбали про оптимальний спосіб відбиття цієї загалом схвальної ініціативи в нормативному матеріалі. Для підвищення ефективності механізму кримінально-правової протидії контрабанді деревини необхідно якнайшвидше у законодавчому порядку виправити ті численні змістовні вади, які притаманні розглянутій кримінально-правовій забороні та про які йшлося вище. ВРУ передусім варто сфокусувати свою увагу на вирішенні питань про рекриміналізацію «товарної» контрабанди і відновленні ст. 201 КК, максимально наближеної до первинної редакції цієї статті, у межах якої доцільно регламентувати відповідальність і за контрабанду деревини. У випадку ж збереження ст. 201-1 КК зусилля мають бути спрямовані на: 1) удосконалення описання ознак складу злочину, передбаченого цією статтею КК, включаючи розв'язання проблеми довільності вжитих тут кількісних характеристик; 2) встановленні у санкціях ст. 201-1 КК покарань, які адекватно відобразатимуть суспільну небезпеку відповідних посягань.

Розробивши наведені пропозиції, ми водночас (вкотре) закликаємо законодавця до частішого залучення до процесу правотворчості представників наукової спільноти, через систематичне ігнорування рекомендацій якої переважна більшість ухвалених останніми роками змін до кримінального законодавства не досягають очікуваного ефекту, що ми і спробували довести на прикладі ст. 201-1 КК.

1. Дудоров О. О. Законодавчі новели щодо кримінально-правової охорони українських лісів – обґрунтоване посилення відповідальності чи її невинуватна гуманізація? Гуманізація кримінальної відповідальності : матеріали II Міжнародного науково-практичного симпозиуму (м. Івано-Франківськ, 16–17 листопада 2018 року). Івано-Франківськ : Редакційно-видавничий відділ Університету Короля Данила, 2018. С. 85–95.
2. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ : Дакор, 2018. 1368.
3. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Розвиток законодавства України про кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності: проблеми і тенденції. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2020. Вип. 4. С. 120–140.
4. Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. проф. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 6-те вид., перероб. і допов. Харків : Право, 2020. 768 с.
5. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. Станом на 28 жовтня 2020 року / за заг. ред. Копотуна І. М. Київ : Видавничий дім «Професіонал», 2020. 912 с.
6. Вирок Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 21 вересня 2020 р. у справі № 308/8892/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91698172> (дата звернення: 23.02.2021).
7. Загальне теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2016. 392 с.
8. Європейська комісія «За демократію через права» (Венеційська комісія). Верховенство права. Доповідь, схвалена Венеційською комісією на 86-пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 р.). Страсбург, 4 квітня 2011 р. Доповідь № 512/2009. Право України. 2011. № 10. С. 168–184.
9. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Законодавство України про кримінальну відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності – час визначитись зі стратегією розвитку. Вісник Асоціації кримінального права України. 2015. № 2. С. 216–263.

10. Михайліченко Т. О. І знову щодо питання контрабанди. Кримінальне право в умовах глобалізації суспільних процесів: традиції та новації: матеріали міжнар. наук.-практ. круглого столу, м. Харків, 15 трав. 2020 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), Л. М. Демидова (заст. голов. ред.), А. П. Гетьман та ін. Харків, 2020. С. 248–253.
11. Самаева Ю. «Озеленение» Европы. Кто зарабатывает на украинском «черном» лесе. URL: https://zn.ua/macrolevel/ozelenenie-evropy-289050_.html (дата звернення: 23.02.2021).
12. Сучасний стан та перспективи розвитку митних правовідносин в Україні: колективна монографія / за заг. ред. Д. В. Приймаченка. Дніпро : Видавничий дім «Гельветика» 2018. 272 с.
13. Качка Т. Нові правила для кругляка: що має зробити Україна з мораторієм на експорт лісу? Юридичний вісник України. 18–24 грудня 2020 р., № 50.
14. Вирок Могилів-Подільського міськрайонного суду Вінницької області від 7 грудня 2020 р. у справі № 138/2307/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93343127> (дата звернення: 23.02.2021).
15. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Про напрями вдосконалення механізму кримінально-правової охорони довкілля (на замітку розробникам нового Кримінального кодексу України). Вісник Асоціації кримінального права України. 2020. № 1. С. 92–125.

Про рекриміналізацію товарної контрабанди в контексті євроінтеграційних прагнень України²⁴

На сьогодні однією з найбільших загроз для національної безпеки України в економічній сфері є контрабанда. Так, нещодавно на засіданні Ради національної безпеки і оборони України глава держави В. О. Зеленський озвучив інформацію про те, що через контрабанду державний бюджет щорічно втрачає 300 млрд грн, що дало Президенту України підстави для її порівняння з економічним тероризмом проти нашої держави [1]. Дещо «скромніші», однак не менш приголомшливі показники озвучуються в експертному середовищі, представники якого констатують, що через існування контрабандних схем Україна протягом 2018–2020 рр. втрачала щорічно від 63 до 96 млрд грн [2; 3] (за іншими підрахунками – від 70–80 до 100 млрд грн [4, с. 9; 5; 6]); водночас прогнозується, що у 2021 р. такі втрати можуть сягнути суми у 5,2 млрд доларів США [7].

Зважаючи на продемонстровані вище загрозливі масштаби досліджуваного явища, а також на те, що контрабанда набуває дедалі більш витончених та організованих форм, слід погодитись із фахівцями, які зазначають, що у сучасних умовах боротьба з нею є одним із першочергових завдань держави [8, с. 92]. Це усвідомлюється й у найвищих владних ешелонах країни, свідченням чого є прийняття останніми роками низки рішень, спрямованих на протидію контрабанді. Йдеться про Указ Президента України № 505/2019 від 9 липня 2019 р. «Про заходи щодо протидії контрабанді та корупції під час митного оформлення товарів», Стратегію у сфері протидії незаконному виробництву та обігу тютюнових виробів на період до 2021 р., Стратегію інтегрованого управління кордонами на період до 2025 р. тощо. Кожним із зазначених документів передбачено впровадження комплексу нормативних та організаційних заходів, спрямованих на боротьбу з контрабандою. При цьому розробники згаданих актів наполягають на тому, що одним з основних правових рішень у згаданому напрямі має стати вдосконалення механізму кримінально-правової протидії контрабанді, що повинно бути забезпечено, зокрема, за рахунок відновлення скасованої у 2011 р. кримінальної відповідальності за товарну контрабанду.

Як наслідок, 23 квітня 2021 р. у Верховній Раді України (далі – ВРУ) зареєстровано внесений Президентом України законопроект № 5420 «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо криміналізації контрабанди товарів та підакцизних товарів, а також недостовірного декларування товарів» (далі – законопроект № 5420), яким, крім доповнення Кримінального кодексу (далі – КК) України окремою статтею про контрабанду товарів, пропонується низка інших новел, спрямованих на підвищення ефективності відповідного кримінально-правового механізму.

Нагадаємо, що товарну контрабанду в Україні було декриміналізовано 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.). Необхідність ухвалення цього Закону його розробники пояснювали надмірним втручанням правоохоронних органів у діяльність суб'єктів господарювання, необґрунтовано завищеним рівнем криміналізації правопорушень у сфері господарської діяльності, невиправдано широким колом законодавчо встановлених підстав для застосування покарання у виді позбавлення волі за вчинення злочинів в економічній сфері, що не сприяло відшкодуванню засудженими заподіяної ними шкоди, а також непоодинокими випадками зловживань правоохоронними органами під час притягнення підприємців до кримінальної відповідальності. Перераховане вище мало своїм сукупним наслідком погіршення інвестиційного клімату і зниження підприємницької активності населення.

Обговорення законопроекту № 5420 вчергове ставить перед юридичною наукою питання про доцільність рекриміналізації товарної контрабанди і пошук оптимальної моделі відповідної кримінально-правової заборони (заборон). Дати виважені відповіді на ці питання неможливо без вивчення зарубіжного (передусім європейського) досвіду кримінально-правової протидії згаданому

²⁴ Стаття написана у співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2021. Вип. 3. С. 75–94.

посяганню. Тим більше, що у ст. 352 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони йдеться про розвиток співробітництва і гармонізації політики щодо протидії та боротьби у тому числі з контрабандою підакцизних товарів.

Чимало вітчизняних дослідників на сьогодні підтримує відновлення кримінальної відповідальності за товарну контрабанду [9, с. 285–287; 10, с. 84–85; 11, с. 92, 94; 12, с. 54; 13, с. 193, 194; 14, с. 26–27; 15, с. 91; 16, с. 138–139; 17, с. 232; 18, с. 1115–1116]. Нами вже відзначалось, що здійснене відповідно до Закону від 15 листопада 2011 р. виключення з диспозиції ст. 201 КК України «Контрабанда» вказівки на товари було не на часі, а країна економічно і психологічно навряд чи була готова до такого кроку. Фактично проблему кримінальної відповідальності за товарну контрабанду було вирішено розв'язувати лише під кутом економічної рентабельності розкриття і розслідування відповідних порушень митного законодавства, а також наповнення державної скарбниці [19, с. 122–125]. Існують, однак, і супротивники такого законодавчого рішення, як рекриміналізація товарної контрабанди, а відтак наукова дискусія триває; природно, що обговорення законопроекту № 5420 її лише загострило.

Обґрунтовуючи необхідність ухвалення Закону від 15 листопада 2011 р., його розробники з-поміж іншого посилалися на те, що на сьогодні (тобто в 2011 р.) очевидною є потреба у приведенні положень вітчизняного законодавства, що встановлює юридичну відповідальність за кримінальні правопорушення у сфері економіки та господарської діяльності, у відповідність з європейськими стандартами, згідно з якими за скоєння зазначених правопорушень пріоритет надається застосуванню фінансових санкцій.

Окремі автори висловлюються подібним чином, безапеляційно стверджуючи, що рішення вітчизняного законодавця про декриміналізацію товарної контрабанди «цілком узгоджується із європейською практикою притягнення до кримінальної відповідальності лише за соціально-небезпечну контрабанду предметів, вилучених із легального обігу, та контрабанду культурних цінностей...» [20]. Зазначається, що кримінальне законодавство багатьох держав-членів Європейського Союзу (далі – ЄС) не передбачає такого складу злочину, як контрабанда, а тому значну кількість порушень митних правил правоохоронні органи цих держав кваліфікують за іншими статтями КК, зокрема як ухилення від сплати податків [21, с. 408–409]. Справді, ознайомившись із результатами відповідних компаративістських досліджень [22, с. 226], можна побачити, що серед країн-учасниць ЄС є держави, в яких відсутня кримінальна відповідальність за контрабанду товарів (наприклад, Австрія, Бельгія, Норвегія). Однак чи може цей факт бути покладений в основу обґрунтування рішення про відмову від ідеї рекриміналізації товарної контрабанди в сучасній Україні? Спробуємо відповісти і на це питання.

Автори мають на меті (з урахуванням здобутків вітчизняної кримінально-правової науки, результатів соціологічних опитувань, зарубіжного досвіду і на підставі аналізу супровідних документів до законопроекту № 5420) з'ясувати соціальну обумовленість рекриміналізації контрабанди товарів.

Здійснена у 2011 р. декриміналізація розглядуваного різновиду контрабанди означала, що викриття осіб, винуватих в її вчиненні, має здійснюватись у межах адміністративного провадження без застосування оперативно-розшукових заходів, а тому в багатьох випадках не може розраховувати на успіх [23, с. 117; 24, с. 383]. Наслідком такої недалекоглядності законодавця стало те, що на сьогодні органи охорони, які здійснюють контроль на державному кордоні, фактично позбавлені можливості адекватно реагувати на існуючі загрози національній безпеці держави у прикордонній сфері [25, с. 190], а відсутність у митних органів повноважень із проведення ОРД задля протидії контрабанді є однією з головних причин недостатньої ефективності такої протидії [26, с. 324; 27, с. 147–148].

Декриміналізація товарної контрабанди, здійснена на підставі Закону від 15 листопада 2011 р., в жодному разі не змінює суспільну небезпеку певних порушень митних правил. «Вони як були, так і залишаються діяннями, визнаними світовим суспільством як ті, що ставлять загрозу економічним, соціальним та фіскальним інтересам держав та законним інтересам торгівлі» [28, с. 31]. Ілюструючи тезу про безпідставність здійсненої у 2011 р. декриміналізації товарної контрабанди, В. О. Навроцький згадує курйозний випадок 2012 р., коли кримінально-правове реагування

на незаконне переміщення тютюнових виробів через україно-словацький кордон за допомогою проритого під землею 600-метрового тунелю вимушено набуло вигляду застосування ст. 197-1 КК України «Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво» [29, с. 430].

Слід брати до уваги і те, що: а) відсутність кримінальної відповідальності за аналізоване посягання не дає змоги ефективно впливати на криміногенну обстановку в сфері боротьби з контрабандою і надавати відповідну допомогу партнерським спецслужбам і правоохоронним органам іноземних держав із ліквідації каналів незаконного переміщення через митний кордон України товарів підакцизної групи [30, с. 28]; б) характерна для чинної редакції ст. 201 КК України обмеженість кола предметів контрабанди має наслідком те, що товарна контрабанда не виступає предикатним діянням стосовно відмивання «брудних» коштів. Цей факт україно негативно оцінюється нашими європейськими партнерами, які вже тривалий час переконують Українську державу криміналізувати контрабанду хоча б деяких товарів, зокрема тютюнових виробів [31, с. 56, 138].

Як вже зазначалось, існує і чимало аналітиків, які не є прибічниками розглядуваної ініціативи. Зокрема, супротивники рекриміналізації товарної контрабанди інколи апелюють до того, що адміністративна відповідальність є більш ефективною за кримінальну, дозволяючи оперативніше розглядати справи про відповідні порушення митного законодавства [32]. Однак така позиція, як на цьому справедливо наголошується у пояснювальній записці до законопроєкту № 5420, не враховує того, що: 1) значна кількість посягань, пов'язаних із порушенням митних правил, залишається безкарною, а застосування відповідних (адміністративних) санкцій не зупиняє правопорушників від подальшої неправомірної поведінки (інакше кажучи, передбачений Митним кодексом України (далі – МК) інститут адміністративної відповідальності за митні правопорушення не забезпечує належну превентивну функцію, не усуваючи бажання осіб у подальшому займатися протиправною діяльністю); 2) строки досудового розслідування кримінального провадження у разі, якщо особі не повідомлено про підозру, є значно тривалішими за строки адміністративного провадження, що дає змогу забезпечити більш якісне збирання доказів.

У цьому контексті пригадуються резонні міркування заступника керівника кримінальної служби Литовської митниці В. Сарапінаса про те, що адміністративна відповідальність є ефективною лише стосовно простих правопорушень – на кшталт незаконного переміщення через митний кордон блоку цигарок, пляшки горілки, сумки товарів тощо. Адміністративна відповідальність орієнтована на швидкий процес щодо правопорушника, але не на ідентифікацію всієї групи, включаючи організаторів. Кримінальний процес, на відміну від адміністративного, дає змогу вести роботу щодо організаторів. Це займає набагато більше часу, але вдало спланована операція, всебічне розслідування дозволяє затримати не окрему партію контрабанди, а всю групу, зокрема організаторів [33]. Криміналізація контрабанди товарів у великих розмірах необхідна для документування діяльності організованих злочинних угруповань, які займаються контрабандою високоліквідних товарів, бурштину, адже існування кримінальної відповідальності дозволяє з'єднати ланцюжок злочинної діяльності воедино, правильно кваліфікувати злочини і доводити їхніх суб'єктів до лави підсудних [34]. На переконання голови Комітету ВРУ з питань правоохоронної діяльності Д. А. Монастирського, криміналізація товарної контрабанди матиме своїм наслідком те, що правоохоронні органи зможуть використовувати негласні розшуково-слідчі дії при розслідуванні відповідних кримінальних проваджень: «Це дозволить ловити не дрібних контрабандистів, які перевозять кілька пачок цигарок, а великі мережі, злочинні організації... Вони якраз і становлять основну загрозу для нормального товарообігу між країнами» [35].

Цікаво, що, попри певні песимістичні очікування, після зниження в Литві мінімального порогу настання кримінальної відповідальності за контрабанду товарів із 10 тис. до 6 тис. євро кількість випадків кримінально караної контрабанди значно зменшилась; водночас збільшилась кількість випадків контрабанди товарів, які підпадають під адміністративну відповідальність. Це наочно демонструє те, що, незважаючи на можливість отримати більші прибутки від товарної контрабанди, альтернатива у вигляді кримінальної відповідальності відлякує потенційних делінквентів, а відтак є доброю превенцією [33].

Щоправда, окремі експерти не сприймають і такі доводи. Зокрема, критично оцінюючи превентивну роль кримінального закону, вони посилаються на низьку результативність як досудового, так і судового розгляду справ про розглядувану контрабанду. Так, саме до цієї обставини

апелює один з ідеологів Закону від 15 листопада 2011 р. А. В. Портнов, вказуючи на те, що за всі роки існування кримінальної відповідальності за товарну контрабанду майже ніхто не сидів за ґратами за її вчинення [32], а так само колишній Генеральний прокурор України (2019–2020 рр.) Р. Г. Рябошапка, на думку якого життя вже довело, що «кримінал» за контрабанду у нас не працює – справ відкривалось багато, а до суду надходили одиниці [36]. Аналогічно висловлюється А. В. Саварець, наводячи інформацію про те, що за «класичну» контрабанду із 42-х засуджених за минулий рік лише четверо отримали «реальне» позбавлення волі; за незаконне переміщення лісу засуджено троє осіб, із них ніхто не отримав позбавлення волі; за контрабанду наркотиків засуджено 110 осіб, лише 15 із них отримали «реальне» позбавлення волі. До того ж дві третини відповідних кримінальних проваджень «вмирає» на стадії розслідування, що так само не характеризує позитивно превентивну функцію кримінального закону [34].

Вступаючи в полеміку з авторами наведених висловлювань, хотіли б поцікавитись у них: з яких пір головним критерієм доцільності встановлення кримінальної відповідальності за певне діяння стала результативність як досудового, так і судового розгляду відповідних кримінальних проваджень? І чи не призведе сприйняття такого сумнівного підходу, який явно ігнорує вчення про криміналізацію, до висновку про доцільність декриміналізації не лише більшості господарських, а й лівової частки інших кримінальних правопорушень, передбачених КК України, ефективність протидії яким загалом корелюється із продемонстрованою в боротьбі з контрабандою?

Так, згідно з оприлюдненою Державною судовою адміністрацією України інформацією [37] протягом 2020 р. за вчинення господарських деліктів загалом засуджено 475 осіб, з яких 201 особу звільнено від відбування покарання на підставі ст. 75 КК України; щодо некваліфікованого умисного тяжкого тілесного ушкодження (ч. 1 ст. 121 КК України, санкція – позбавлення волі на строк від 5 до 8 років) відповідне співвідношення склало 765 до 511; щодо умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження (ст. 122 КК України) – 524 до 417; щодо особливо кваліфікованого вимагання, поєданого з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, або такого, що завдало майнової шкоди у великих розмірах (ч. 3 ст. 189 КК України, санкція – позбавлення волі на строк від 5 до 10 років із конфіскацією майна), – 11 до 10; щодо кваліфікованого порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами, якщо воно спричинило смерть потерпілого або заподіяло тяжке тілесне ушкодження (ч. 2 ст. 286 КК України), – 1008 до 749. Якщо слідувати озвученій вище хибній логіці, то виходить, що і всі згадані діяння мають бути декриміналізовані?

Вимушені нагадати тут чи не аксіоматичне положення: ефективність законотворення вимірюється передусім правозастосуванням, оскільки яким би не був закон, він може бути спотворений практикою його застосування [38]. Проблема невідворотності й адекватності кримінально-правового впливу на поведінку порушників кримінально-правових заборон лежить на сьогодні не стільки у законодавчій, скільки у правозастосовній площині. Відтак апеляція до того, що боротьба з товарною контрабандою може набути вигляду притягнення до кримінальної відповідальності «просто обивателів, неуважних брокерів, неписьменних водіїв фур і селян» [34], означає неприйнятне зміщення акцентів у дискусії про доцільність рекриміналізації такої контрабанди.

У цьому контексті пригадуються влучні зауваження стратегічного радника з питань митного контролю Консультативної місії ЄС в Україні К. Леймонаса, який, наголосивши на необхідності для держави мати дієві інструменти для подолання товарної контрабанди, водночас підкреслив, що ефективна боротьба з нею неможлива без такої, що функціонує результативно, правоохоронної та судової системи, а також без застосування всього комплексу митних інструментів [39]. Ба більше: навіть критики законопроектів № 5420 визнають вирішальну (ключову) роль у протидії товарній контрабанді не стільки правотворчості, скільки правозастосування, заявляючи, що ідея криміналізації такої контрабанди може бути «похована» через хибну практику правозастосування і вибіркове правосуддя [40].

Найбільше ж дивують закиди деяких дослідників щодо малої кількості осіб, які «сиділи за ґратами» за вчинення товарної контрабанди, факт чого дозволив спрогнозувати їм низький превентивний потенціал проектованої кримінально-правової заборони, присвяченої такій контрабанді. Не маючи наміру доводити очевидну спірність використання як мірила ефективності кримінально-правової протидії тим чи іншим посяганням такого показника, як кількість осіб, засуджених

до «реального» позбавлення волі, обмежимось наведенням інформації, отриманої експертами «Інституту економічних досліджень та політичних консультацій» за результатами опитування більш як тисячі експортерів та імпортерів. Це опитування засвідчило, що переважна частина стейкхолдерів (а ними, до речі, були не лише суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності (далі – ЗЕД) і споживачі відповідної продукції, а й представники державних митної та податкової служб, Міністерства фінансів України, правоохоронних органів) підтримала встановлення кримінальної відповідальності за товарну контрабанду, проте лише за однієї умови – за це діяння (принаймні за його некваліфіковані прояви) має бути встановлено покарання, не пов'язане з позбавленням волі [41; 42].

Щорічно оприлюднюваними офіційними статистичними даними підтверджується та обставина, що з ухваленням Закону від 15 листопада 2011 р. у частині скасування кримінальної відповідальності за товарну контрабанду відбувається перманентне зростання кількості правопорушень, пов'язаних із незаконним переміщенням через митний кордон України великих обсягів товарів. Так, у пояснювальній записці до законопроекту № 5420 з цього приводу зазначається, що, якщо у 2019 р. було складено 1 105 протоколів про порушення митних правил на суму 1,6 млрд грн, то вже впродовж 2020 р. – 1 234 протоколи про порушення митних правил на суму 1,96 млрд грн. Як бачимо, справдились побоювання фахівців, які, виступаючи проти декриміналізації товарної контрабанди, застерігали, що засоби адміністративно-правового впливу будуть неспроможні ефективно протидіяти та попереджати таку контрабанду [43, с. 168, 263–264].

Не менш важливе значення для відповіді на питання про соціальну обумовленість криміналізації товарної контрабанди має й та обставина, що таке рішення вважають виправданим не лише представники української влади і науковці, а й суб'єкти ЗЕД. Зокрема, красномовними є результати згаданого вище опитування більш як тисячі експортерів та імпортерів, яке засвідчило: відповідну ініціативу підтримують близько 80 % респондентів у той час, як проти криміналізації товарної контрабанди виступило лише 15 % опитаних [42].

Поділяючи тезу про доцільність рекриміналізації товарної контрабанди, закликаємо взяти до уваги і застереження тих експертів, які зазначають, що саме по собі це рішення – без комплексного застосування інших (некримінально-правових) засобів – проблему не вирішить. Для мінімізації контрабандних схем необхідно реформувати Державну митну службу України, що передбачає набір співробітників на відкритих конкурсах, виплату їм гідних заробітних плат, персональну відповідальність співробітників, налагодження обміну митною інформацією з усіма країнами-сусідами і торговельними партнерами України, запровадження комплексної національної електронної моделі контролю переміщення товарів через державний кордон тощо [2]. Інакше збудуться песимістичні очікування дослідників, на думку яких: запровадження кримінальної відповідальності за контрабанду товарів призведе до збільшення надходжень до бюджетів не держави, а корумпованих податківців, митників і працівників СБУ, тобто відбудеться повернення до пов'язаних із ЗЕД корупційних практик, прихованих під «благородними» цілями захисту національної економіки; без системних змін, включаючи подолання корупції на митницях, рекриміналізація товарної контрабанди матиме своїм наслідком те, що у правоохоронного блоку митниці з'являться надповноваження щодо забезпечення «квитками» своїх же інспекторів, а мрії про «суверенну» митницю так і залишаться мріями [21, с. 408; 34; 36].

Переходячи до висвітлення відповідного зарубіжного досвіду, зазначимо, що з урахуванням закріпленої на конституційному рівні незворотності європейського та євроатлантичного курсу України звернення до досвіду саме європейських країн варто визнати слушним. Водночас, обираючи як об'єкт для вивчення передусім законодавство країн ЄС, необхідно враховувати і такі обставини.

По-перше, твердження про те, що в країнах ЄС (Франція, ФРН, Італія тощо) відсутня кримінальна відповідальність за товарну контрабанду, і відповідальність за її вчинення настає лише в порядку застосування адміністративних, податкових, цивільних та економічних санкцій [43, с. 162], потребує уточнення. Адже у законодавстві деяких (зокрема, найрозвинутіших) європейських держав існують норми, присвячені регламентації кримінальної відповідальності або за будь-які різновиди товарної контрабанди (ст. 289 КК Данії, ст. 337 КК Нідерланди), або за контрабанду деяких видів товарів, наприклад, алкогольних напоїв (ст. 280 КК Сан-Марино).

У ФРН за порушення митного законодавства, поруч з адміністративними санкціями, передбачено кримінальну відповідальність; щоправда, остання регламентується не в межах КК цієї країни. Розглядаючи контрабанду (Bannbruch) як кримінально каране посягання на систему митного оподаткування, німецький законодавець вважає, що цей злочин скоює той, хто всупереч встановленій забороні ввозить, вивозить або переміщує транзитом предмети. Винуватцю простої контрабанди на підставі відсильної санкції § 372 Податкового статуту ФРН призначається таке ж покарання, що й особі, яка умисно ухилилась від сплати податку. Поряд з § 370 і § 372 Податкового статуту, в цьому Кодексі є і ще одна відсильна норма про контрабанду: § 373 передбачає покарання у виді позбавлення волі на срок до 5 років за професійну, насильницьку або бандитську контрабанду (для позначення контрабанди тут використовується термін «Schmuggel»). Відповідальність передбачено для особи, яка професійно ухиляється від сплати імпорتنих або експортних мит (відсилка до § 370), або вчиняє контрабанду, професійно порушуючи постанови про монополії (відсилка до § 372). Також карається ухилення від сплати митних зборів і будь-яка контрабанда (Bannbruch), якщо: 1) хоча б один з учасників злочину має при собі вогнепальну зброю; 2) діяння було вчинено із застосуванням будь-якої зброї або з насильницьким використанням інших предметів або погрозою їх застосувати; 3) особа діє як учасник банди, яка об'єдналася для продовжуваного ухилення від сплати митних зборів або контрабанди (Bannbruch), причому діяння скоєно за участю іншого члена банди [44, с. 190–191].

У ФРН вважається, що митні злочини посягають на фінансові інтереси держави та ЄС (через шкоду, яка заподіюється в результаті ухилення від сплати податків і мит, а також в результаті необґрунтованого надання експортних субвенцій). Крім того, митні злочини посягають на інші економічні, зовнішньополітичні та інші соціальні блага (на економічні інтереси щодо захисту національної економіки, забезпечення технічної переваги національних товарів, захисту внутрішнього ринку і споживачів від недоброякісних, фальсифікованих і контрафактних товарів; на зовнішньополітичні інтереси щодо нерозповсюдження зброї масового ураження, контролю міжнародної торгівлі зброєю і бойовою технікою; на громадську безпеку і порядок, які порушуються у зв'язку з незаконним ввезенням, наприклад, зброї або екстремістської літератури; на здоров'я населення у зв'язку з незаконним транскордонним обігом наркотиків та їх прекурсорів; на екологічну безпеку, наприклад, у разі незаконного ввезення або вивезення промислових і побутових відходів, рідкісних тварин і рослин). Однак і такі митні злочини в більшості випадків, з огляду на пряму вказівку в § 369 і § 372 Податкового статуту ФРН, формально залишаються злочинами податковими – Steuerstraftaten (Zollstraftaten) [44, 187–188].

У французькому правознавстві контрабанда (contrebande) розглядається як посягання на національні фінанси. Відповідно до ст. 417 Кодексу про митниці Франції контрабандою визнається імпорт або експорт, здійснюваний поза митними установами, а також будь-яке порушення положень, які встановлені законом або регламентом і стосуються зберігання або перевезення товарів у митній зоні. Сформулювавши загальне поняття контрабанди, французький законодавець також передбачає великий перелік її окремих проявів. Карається контрабанда позбавленням волі на строк до трьох років та (або) штрафом [44, с. 191].

По-друге, у контексті звернення до відповідного європейського досвіду не можемо не відмітити і ту важливу обставину, що необхідність посилення відповідальності за товарну контрабанду визнається не лише в окремих європейських країнах, а й на рівні ЄС загалом. Зокрема, Директивою № 2017/1371 Європейського парламенту і Ради ЄС передбачалося, що до липня 2019 р. всі країни-члени ЄС мали встановити мінімальне покарання за злочини, вчинені фізичними особами, що шкодять фінансовим інтересам ЄС: 4 роки ув'язнення – у випадку значної шкоди або значної отриманої вигоди; інше покарання, яке не є кримінальною санкцією, – якщо шкода/вигода становить менше 10 тис євро [28, с. 34].

По-третє, у країнах ЄС наявний сталий механізм протидії аналізованому посяганням адміністративними, податковими, цивільними та економічними засобами, про наявність якого (механізму) Україна – причому як тодішня (2011 р.), так і сучасна, – будемо відверті, може лише мріяти. У пояснювальній записці до законопроектів № 5420 та обставина, що у низці розвинутих держав із стабільною потужною економікою акцент у боротьбі з товарною контрабандою зроблено на застосуванні економічних стимулів, слушно пояснюється високим рівнем законослухняності

суб'єктів господарювання і громадян. Зважаючи на дієвість зазначеного (некримінально-правового) механізму, інший рівень соціально-економічного розвитку та правової культури, а також ефективність правоохоронних органів, в європейських державах нерідко просто не має потреби звертатися до кримінально-правових засобів боротьби з товарною контрабандою, актуальність протидії якій у цих країнах є незрівнянно нижчою порівняно з існуючою в Україні. Це так само, якби при оцінці необхідності відновлення призову на військову службу наша держава у тій складній ситуації, в якій вона опинилась і вже тривалий час перебуває у зв'язку із збройною агресією з боку РФ, орієнтувалася на досвід тих країн, в яких такий призов відсутній та які ніколи не зустрічались із викликами, подібними до тих, з якими зіштовхнулася Україна в 2014 р.

Тут варто нагадати, що законодавець під час прийняття 5 квітня 2001 р. чинного КК України не наважився вилучити товари з кола предметів контрабанди як злочину, з приводу чого О.О. Кравченко слушно зауважила, що «пріоритетними у цьому питанні мають бути національні інтереси, а не досвід країн з високорозвиненою економікою» [с. 51]. При цьому, повторимо, що, незважаючи на наявність ефективного некримінально-правового механізму, у випадках серйозного порушення митного законодавства у багатьох країнах ЄС (поряд з адміністративними та цивільними санкціями) передбачено і можливість кримінального переслідування.

По-четверте, ведучи мову про європейський досвід кримінально-правової боротьби з товарною контрабандою, слід пам'ятати про те, що Європа та ЄС – це не лише найрозвинутіші західноєвропейські країни, про досвід яких йшлося вище та які або перебували у витоків створення ЄС (починаючи з Римських договорів 1957 р.), або вступили до нього згодом (так, у 1995 р. склад членів ЄС поповнився за рахунок Австрії, Фінляндії та Швеції), а й інші центральноєвропейські та прибалтійські (умовні назви) держави, які, як і Україна, незважаючи на тривале перебування «в орбіті» впливу колишнього Радянського Союзу, або вже стали членами ЄС, або активно декларують відповідні європейські прагнення.

Цілком очевидно, що, попри намагання України відразу досягнути рівня розвитку першої із зазначених груп європейських країн, через схожі правові традиції та проблеми сьогодення, пов'язані з переходом до ринкової економічної системи, і, врешті-решт, спільність/близькість державних кордонів, що особливо важливо в контексті досліджуваної проблематики, наша держава сьогодні передусім має враховувати досвід тих країн, які репрезентують «другу» групу європейських країн, в яких, як і в Україні, гостро постає проблема протидії товарній контрабанді.

Досвід же цих країн є більш ніж красномовним: законодавством чи не кожної з них передбачено кримінальну відповідальність за товарну контрабанду. Мова, зокрема, йде про ст. 242 КК Болгарії, ст. 299 КК Польщі, ст. 230 КК Сербії, ст. 254 КК Словаччини, ст. 250 КК Словенії, ст. 462 КК Угорщини, статті 256–257 КК Хорватії, ст. 265 КК Чорногорії. У деяких же інших країнах передбачено відповідальність не лише за товарну контрабанду, а й, наприклад, за ухилення від сплати ввізних платежів та незаконні дії (операції) з контрабандним товаром, митне шахрайство тощо (статті 391, 393 Пенітенціарного кодексу Естонії, статті 190, 190-1, 191 КК Латвії, статті 199, 199-1, 199-2 КК Литви, статті 278, 278-а, 278-б КК Македонії, статті 248.1, 248.2, 249 КК Молдови). У КК Албанії (на кшталт КК Фінляндії) виділено структурний підрозділ, присвячений регламентації кримінальної відповідальності за митні злочини (розділ V). У Карному казначейському кодексі Республіки Польща так само міститься окремий розділ, присвячений казначейським злочинам і казначейським проступкам проти митних обов'язків, зокрема митному шахрайству [46, с. 102–108].

Кримінальну відповідальність за порушення митних правил передбачено не лише у багатьох європейських країнах, а й, наприклад, у США. Так, у розділі 18 Зібрання законів цієї країни глава 27, присвячена порушенням митних правил, містить § 545, який встановлює покарання у виді штрафу до 10 тис. доларів або (та) тюремного ув'язнення строком до 20 років за контрабандне ввезення товарів до Сполучених Штатів. Злочин скоює той, хто, по-перше, свідомо і навмисно з наміром обманути уряд ввозить у країну будь-який товар, який повинен бути вказаний у митному інвойсі, по-друге, складає, намагається пронести або транспортує через митницю будь-який фальшивий, підроблений документ або документ, який містить неправдиві відомості, по-третє, обманним шляхом імпортує до Сполучених Штатів будь-який незаконний товар або отримує, купує, приховує або іншим чином сприяє приховуванню такого товару, знаючи про те, що його

ввезено з порушенням вимог закону [47]. Взагалі федеральне законодавство США нараховує 15 (!) кримінально-правових заборон, покликаних охороняти систему легального зовнішнього товарообігу цієї країни. Оцінюючи американську модель протидії контрабанді, Д. В. Каменський відзначає, що вона уособлює традиційно пріоритетне значення захисту національної економіки від неконтрольованого переміщення товарів через державний кордон і такий собі «здоровий кримінально-правовий протекціонізм» [48, с. 248, 252]. У Великій Британії за контрабанду так само передбачено кримінальну відповідальність (причому до 7 років ув'язнення) [4, с. 15]

Отже, є підстави погодитись із дослідниками, які пишуть, що відступ від криміналізації товарної контрабанди суперечить досвіду демократичних і високорозвинутих держав світу, зокрема тих, що репрезентують англо-американську правову сім'ю, де цей злочин переслідують саме на підставі кримінального законодавства [43, с. 75].

Водночас не слід забувати правило, згідно з яким при проведенні будь-якого порівняльно-правового дослідження потрібно за можливості прагнути до аналізу *sine ira et studio* («без гніву та пристрасті», «без ненависті та завзяття»). Тому, навіть враховуючи кардинальну зміну векторів зовнішньої (як і внутрішньої) політики України, при аналізі іноземного досвіду регламентації кримінальної відповідальності за товарну контрабанду необхідно зважати і на досвід тих країн «східної гілки» романо-германської правової системи, які представляють «групу СНД».

Незважаючи на різні вектори розвитку, позиція парламентаріїв цих держав щодо розгляданого питання є ідентичною до позиції законодавців попередньої групи країн: в усіх них за вчинення товарної контрабанди (а в деяких – окремо ще й за ухилення від митних платежів, незаконне переміщення товарів через митний кордон тощо) передбачено кримінальну відповідальність (статті 206, 209 КК Азербайджану, статті 228, 228-1, 231 КК Білорусі, ст. 214 КК Вірменії, ст. 214 КК Грузії, статті 234, 236 КК Казахстану, ст. 223 (як і ст. 234 КК Казахстану, відповідна заборона називається «Економічна контрабанда»), ст. 230 КК Киргизії, статті 200-1, 200-2 КК РФ, статті 289, 291 КК Таджикистану, статті 182, 246 КК Узбекистану).

При цьому за більшістю КК країн СНД контрабанда вважається злочином у сфері економіки; переважно відповідальність за контрабанду предметів у великих розмірах і спеціальних предметів (вогнепальної зброї, наркотичних засобів, радіоактивних матеріалів тощо) передбачено або різними статтями, або різними частинами однієї і тієї ж статті (до речі, контрабанда спеціальних предметів карається суворіше), і такий досвід доцільно запозичити [43, с. 86, 216].

Викладені у нашій статті положення засвідчують нагальну потребу відновлення кримінальної відповідальності за товарну контрабанду, рішення про декриміналізацію якої в 2011 р. було передчасним і безпідставним. Основними аргументами на користь рекриміналізації товарної контрабанди є: масштабність останньої, яка призводить до ненадходження до бюджету величезних сум коштів; доведена часом неефективність інших, крім кримінальної, видів юридичної відповідальності за вчинення цього посягання, і складність викриття осіб, які скоїли вказану контрабанду (особливо в її організованих формах), у межах адміністративного провадження без застосування оперативно-розшукових заходів; неможливість ефективного співробітництва з правоохоронними органами іноземних держав із ліквідації каналів незаконного переміщення через митний кордон України високоліквідних товарів тощо. Необхідність ухвалення пропонованого рішення підтверджується і результатами проведеного компаративістського аналізу, які засвідчили, що законодавством більшості європейських країн (насправді не лише їх) передбачено кримінальну відповідальність за контрабанду товарів.

Водночас навіть поверхове ознайомлення із законопроектом № 5420 засвідчує, що втілений у ньому спосіб реалізації ідеї рекриміналізації товарної контрабанди є вкрай невдалим, а відтак цей документ потребує серйозного доопрацювання. Визначенню напрямів такого доопрацювання і будуть присвячені наші подальші наукові розвідки.

1. Зеленський, контрабанда і «бойова сокира» РНБО. URL : <https://www.radiosvoboda.org/a/zelenskyi-kontrabanda-i-boiova-sokura-rnbo/31188315.html> (дата звернення: 20.06.2021).

2. Гетман О. Уклонение и избежание. URL : <https://zn.ua/macrolevel/uklonenie-i-izbezhanie.html> (дата звернення: 20.06.2021).

3. Дубровський В., Черкашин В., Гетман О. Порівняльний аналіз фіскального ефекту від застосування інструментів ухилення/уникнення оподаткування в Україні : нові виклики. Київ, 2020. URL : <http://www.visnuk.com.ua/uploads/media/file/2020/10/15/511abe042e29b50d054719df87b29acff11922c8.pdf> (дата звернення: 20.06.2021).
4. Закірова С. Криміналізація контрабанди : нові підходи до вирішення старих проблем. Громадська думка про правотворення. 2021. № 8. С. 8–17.
5. Капітанець С. В. Незаконне переміщення товарів через митний кордон України як реальна загроза економічній безпеці держави. URL : <https://www.ndifp.com/1149> (дата звернення: 20.06.2021).
6. Громко О. Щеплення від схем на митниці : як перемогти перерваний транзит та поштову контрабанду. URL : <https://www.epravda.com.ua/columns/2019/08/21/650782> (дата звернення: 20.06.2021).
7. Кукуруза Г., Лесик М., Ніколаєнко С. Аналіз обсягів контрабанди в Україні : обсяги, прямі та непрямі втрати бюджету та економіки. URL : <http://ua-outlook.com.ua/wp-content/uploads/2019/07/pdf> (дата звернення: 20.06.2021).
8. Допілко В. О., Явдошук Р. В. Правові засоби протидії контрабанді та порушенням митних правил на транспорті : сучасний стан. Lex Portus. 2019. № 4. С. 90–104.
9. Дячкін О. П. Суспільна небезпечність контрабанди і правова відповідальність за її вчинення. Форум права. 2012. № 1. С. 281–288.
10. Степанова Ю. П. Кримінально-правові аспекти протидії контрабанді товарів. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2017. № 12. С. 79–86.
11. Бабіков Д. В. Проблеми кримінальної відповідальності за контрабанду товарів у сучасних умовах підтримання безпеки на державному (митному) кордоні України. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2019. Вип. 3. С. 87–99.
12. Савченко А. В., Плугатир М. В. Удосконалення механізму відповідальності у сфері виробництва й обігу тютюнових виробів. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія : Юридичні науки. 2015. Вип. 6. Т. 3. С. 53–56.
13. Филиппов С. А. Незаконное перемещение табачных изделий через таможенную границу : тенденции в контексте перспектив криминализации. Часопис Київського університету права. 2018. № 1. С. 190–195.
14. Комзюк В. Т., Комзюк А. А. Актуальні питання вдосконалення законодавства України, яке регулює запобігання і протидію контрабанді, та окремих юридичних складів порушень митних правил. Вісник ХНУВС. 2018. № 3. С. 20–29.
15. Паламарчук Г. В. Контрабанда – транснаціональний чи трансграничний злочин : визначення понять. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2019. № 21. С. 87–93.
16. Паламарчук Г. В. Дестабілізуючий вплив контрабанди та «сірого імпорту» на економічну систему України. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2020. № 22. С. 134–140.
17. Хома В. О. Незаконне переміщення тютюнових виробів через митний кордон : український сегмент оптимальних шляхів вирішення проблеми. Юридичний науковий електронний журнал. 2018. № 6. С. 319–322.
18. Каменський Д. В. Відповідальність за економічні злочини у Сполучених Штатах Америки та Україні : порівняльно-правове дослідження : монографія / переднє слово д-ра юрид. наук, проф. О. О. Дудорова. Київ : ВД «Дакор», 2020. 1128 с.
19. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Розвиток законодавства України про кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності : проблеми і тенденції. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2020. Вип. 4. С. 120–140.
20. Шавров І. Відповідальність у митному законодавстві європейських країн. URL : <https://blog.liga.net/user/ishavrov/article/33384> (дата звернення: 20.06.2021).
21. Новіков О. В., Новікова К. А. Деякі аргументи проти криміналізації «товарної» контрабанди. Концептуальні застави нової редакції Кримінального кодексу України : матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 17–19 жовт. 2019 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), А. П. Гетьман, Ю. В. Баулін та ін. Харків : Право, 2019. С. 407–409.
22. Лепина Т. Г. Уголовная ответственность за совершение контрабанды товаров в зарубежных странах. Вестник Томского государственного университета. 2020. № 454. С. 226–232.
23. Остапенко В. Реформирование таможенного законодательства и уголовная ответственность за контрабанду. Уголовное право. 2010. № 3. С. 113–117.
24. Прокопенко О. С. До питання про криміналізацію контрабанди товарів. Проблеми науки кримінального права та їх вирішення у законотворчій та правозастосовній діяльності : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 8–9 жовтня 2015 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2015. С. 381–385.
25. Бабій Ю. Удосконалення декомпозицій загроз і небезпек національній безпеці держави у прикордонній сфері. Збірник наукових праць Національної академії Державної прикордонної служби України. Серія : військові та технічні науки. 2016. № 4. С. 185–196.
26. Чумак В. В. Особливості діяльності митних органів щодо протидії контрабанді. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2020. Вип. 3. С. 320–328.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

27. Яромій І. В. Адміністративно-правовий механізм запобігання та протидії порушенням митних правил в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Дніпро, 2018. 197 с.
28. Хомутянський В. В. Адміністративно-правова протидія порушенням митних правил : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Запоріжжя, 2021. 242 с.
29. Сучасна кримінально-правова система в Україні : реалії та перспективи : монографія / Ю. В. Баулін, М. В. Бу-роменський, В. В. Голіна та ін.; під заг. ред. Ю. В. Бауліна. Київ : Ваіте, 2015. 688 с.
30. Омельчук О. М. Контрабанда за кримінальним правом України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2002. 239 с.
31. Заходи щодо боротьби з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму. Україна. Звіт за результатами п'я-того раунду взаємної оцінки. Підготовлений Комітетом експертів Ради Європи з оцінки заходів протидії відми-ванню коштів та фінансуванню тероризму (MONEYVAL). Грудень 2017 року. 231 с. URL : http://finmonitoring.in.ua/wp-content/uploads/2018/03/zvit_ukr.pdf (дата звернення: 20.06.2021).
32. Портнов А. Президент внес в парламент закон о криминализации товарной контрабанды. URL : <https://t.me/PortnovUA/2952> (дата звернення: 20.06.2021).
33. Сарапінас В. Чому в ЄС контрабанда криміналізована, а митниця має правоохоронні функції? Як підвищення відповідальності за порушення допомагає ефективніше боротися з контрабандою у країнах ЄС. URL : <https://www.epravda.com.ua/columns/2020/12/10/669042> (дата звернення: 20.06.2021).
34. Саварець А. Реанімація криміналізації контрабанди як визнання власного безсилля. Чому президентський законопроект не вирішить ситуацію? URL : <https://lexinform.com.ua/dumka-eksperta/reanimatsiya-kryminalizatsiyi-kontrabandy-yak-vyznannya-vlasnogo-bezsylyla-chomu-prezidentskyj-zakonoproekt-ne-vyrishyt-sytuatsiyu/> (дата звернення: 20.06.2021).
35. Родічкіна А. Рада хоче криміналізувати товарну контрабанду : що пропонується і як це може працювати. URL : <https://www.epravda.com.ua/projects/ni-kontrabandi/2021/06/17/675015> (дата звернення: 20.06.2021).
36. Експерти озвучили справжні наслідки криміналізації товарної контрабанди. URL : <https://zib.com.ua/ua/147561-eksperti-ozvuchili-spravzhni-naslidki-kryminalizatsiyi-tovarno.html> (дата звернення: 20.06.2021).
37. Звіт про осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності, та види кримінального покарання за 2020 рік. Державна судова адміністрація України. URL : https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2020 (дата звернен-ня: 20.06.2021).
38. Якість та ефективність законотворення : актуальні питання. Голос України. 18 лютого 2017 р. № 32.
39. Криміналізація контрабанди – досвід ЄС. URL : <https://www.facebook.com/UkraineCustoms/posts/191721332562966> (дата звернення: 20.06.2021).
40. Саварець А. Товарная контрабанда : санкции или тюрьма? URL : <https://zn.ua/macrolevel/tovarnaja-kontrabanda-sanktsii-ili-tjurma.html> (дата звернення: 20.06.2021).
41. Ангел Є., Бутін А., Кузяків О., Федець І. Спрощення процедур торгівлі в Україні: оцінки та очікування бізнесу : аналітичний звіт за результатами п'ятої хвилі щорічного опитування українських імпортерів та експортерів. Київ, 2021. URL : <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vLtGCT2CbZEJ:https://customs.gov.ua/web/co ntent/3323%3Funique%3D585b7f4fcb8a2937affe2530d18f85af4c7b1e9d%26download%3Dtrue+&cd=6&hl=ru&ct=cln k&gl=ua> (дата звернення: 20.06.2021)/
42. Бутін А. Чи потрібна криміналізація товарної контрабанди? : аналітично-консультативна робота. Київ, 2020. URL : https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2020/09/RR_Goods_smuggling_1.pdf (дата звернення: 20.06.2021).
43. Музыка А. А., Савченко А. В., Процюк О. В., Сіленко В. В., Горох О. П. Кримінальна відповідальність за контра-банду : національний та міжнародний досвід : монографія. Київ : ПАЛИВОДА А.В., 2011. 276 с.
44. Клепицкий И. А. Система норм о хозяйственных преступлениях : основные тенденции развития : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2006. 622 с.
45. Кравченко О. О. Кримінально-правові норми про контрабанду потребують реконструкції. Вісник Верховного Суду України. 2001. №. 1. С. 50–54.
46. Карний казначейський кодекс Республіки Польща. Переклад / наук. ред. П. С. Берзін. Київ : Ваіте, 2015. 164 с.
47. 18 U.S. Code § 545 – Smuggling goods into the United States. URL : <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/545> (дата звернення: 20.06.2021).
48. Каменський Д. В. Про необхідність рекриміналізації «товарної» контрабанди (порівняльно-правовий аспект) // Сучасний стан та перспективи розвитку митних правовідносин в Україні : колективна монографія / за заг. ред. Д. В. Приймаченка. Дніпро : Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 237–254.

Про перспективи рекриміналізації контрабанди товарів (нотатки на полях президентського законопроекту)²⁵

23 квітня 2021 р. у Верховній Раді України (далі – ВРУ) було зареєстровано поданий Президентом України законопроект № 5420 «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо криміналізації контрабанди товарів та підакцизних товарів, а також недостовірного декларування товарів» (далі – законопроект № 5420), покликаний розв’язати проблему відновлення скасованої у 2011 р. кримінальної відповідальності за товарну контрабанду.

Законопроекти подібної спрямованості реєструвались у ВРУ і раніше, однак через брак політичної волі та інші чинники жоден із них так і не набув статусу закону. Водночас дії і риторика сьогоднішньої влади дають підстави сподіватись на те, що відповідна політична воля врешті-решт з’явилась. Зважаючи на це, а також на існуючу політичну кон’юнктуру, з великою часткою ймовірності можна припустити, що ініціатива глави держави В. Зеленського, відбита у законопроекті № 5420, буде реалізована. Ба більше: 13 липня 2021 р. цей законопроект після вельми стислого і поверхового обговорення ухвалено за основу. Оприлюднення законопроекту № 5420 викликало жваву дискусію, зокрема на шпальтах «ЮВУ» (Саварець А. Реанімація криміналізації контрабанди як визнання власного безсилля. Чому президентський законопроект не вирішить ситуацію? Юридичний вісник України. 14 – 27 травня 2021 р., № 18–19; Гмирін А. Криміналізація контрабанди. Загрози від прийняття законопроекту № 5420 у запропонованій до першого читання редакції. Юридичний вісник України. 11 – 24 червня 2021 р., № 22–23). Вельми критичний висновок на цей законопроект підготувало і Головне науково-експертне управління (далі – ГНЕУ) Апарату ВРУ.

Будучи прибічниками ідеї рекриміналізації товарної контрабанди, до дискусії вирішили долучитись і ми. Адже після ознайомлення з текстом законопроекту № 5420, супровідними матеріалами до нього і публікаціями різних дослідників у нас як представників кримінально-правової науки склалось стійке переконання як у тому, що її здобутки вкотре проігноровані, так і в тому, що запропонований у законопроекті варіант удосконалення Кримінального кодексу України (далі – КК) у частині регламентації відповідальності за товарну контрабанду не є оптимальним. Водночас вважаємо, що будь-яка критика має бути конструктивною, а тому поряд з її викладом спробуємо сформулювати рекомендації, врахування яких, сподіваємось, дозволить поліпшити якість проєктованих кримінально-правових заборон.

Про різницю у предметах контрабанди та її відображення у кримінальному законі.

Чи не найбільше запитань викликає пропозиція розробників законопроекту № 5420 доповнити КК відразу трьома новими заборонами – ст. 201-2 «Контрабанда товарів», ст. 201-3 «Контрабанда підакцизних товарів» і ст. 201-4 «Недостовірне декларування товарів». Ми вже висловлювали (зокрема, в контексті доповнення КК ст. 201-1, присвяченою контрабанді деревини) своє негативне ставлення до подібних ініціатив, які полягають у доповненні кримінального закону казуїстичними заборонами. У розглядуваній ж ситуації таке негативне враження посилюється через низку обставин.

Передусім незрозумілими є мотиви пропонованої диференціації кримінальної відповідальності за контрабанду, з одного боку, підакцизних, а, з іншого, всіх інших товарів. До слова найчастіше об’єктами митних правопорушень, за інформацією колишнього очільника ДМС України М. Нефьодова, є не лише тютюнові вироби та інші підакцизні товари, а й такі «звичайні» товари, як одяг, взуття, тканини, електроніка, автозапчастини, ліки тощо. Виявляється, наприклад, що кожен четвертий смартфон і кожен п’ятий телевізор ввозиться в Україну нелегально. Найбільш ризикогенними товарними групами є: машини та електроніка; хімічна продукція; транспорт; текстиль й одяг; продукти тваринного походження, рослинництва і харчування (Кукуруза Г., Лесик М., Ніколаєнко С. Аналіз обсягів контрабанди в Україні : обсяги, прямі та непрямі втрати бюджету та економіки. URL: <http://ua-outlook.com.ua/wp-content/uploads/2019/07/pdf>).

²⁵ Стаття написана у співавторстві з Р. Мовчаном та опублікована: Юридичний вісник України. 23–29 липня 2021 р., № 29; 30 липня – 5 серпня 2021 р., № 30.

Вважаємо, що основним показником суспільної небезпеки контрабанди будь-яких товарів – мова, звісно, не йде про предмети, вилучені або обмежені в цивільному обігу (зброя, радіоактивні матеріали, наркотики тощо) – є їхня вартість. А тому немає достатніх підстав вважати, що незаконне переміщення через митний кордон України, наприклад, тютюнових виробів є більш суспільно небезпечним, ніж здійснювана у тих самих розмірах контрабанда побутової техніки, сільськогосподарської продукції, брендового одягу чи взуття тощо. Через це ми не поділяємо тезу деяких народних депутатів України й аналітиків про доцільність криміналізації контрабанди лише підакцизних товарів і, наприклад, бурштину.

Тут доречно нагадати, що у висновку ГНЕУ Апарату ВРУ на законопроект «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо криміналізації контрабанди підакцизних і контрафактних товарів (продукції) у великих розмірах» (реєстр. № 2840 від 14 травня 2015 р.) висловлювалась думка про доцільність охоплення вдосконаленою ст. 201 КК випадків контрабанди не лише підакцизних, а й щонайменше фальсифікованих товарів. У висновку ж парламентських експертів на законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо криміналізації незаконного переміщення підакцизних товарів» (реєстр. № 4556 від 29 грудня 2020 р.), яким КК пропонувалось доповнити ст. 201-2 «Контрабанда підакцизних товарів», такий підхід був визнаний (на наш погляд, небезпідставно) фрагментарним вирішенням проблеми запровадження кримінальної відповідальності за товарну контрабанду.

Видається, що у КК цілком вистачить однієї заборони (наприклад, традиційної ст. 201), присвяченої регламентації відповідальності за контрабанду. Ця заборона, з огляду на природну бланкетність її диспозиції, не потребуватиме перманентних змін, а отже, забезпечуватимуться стабільність і водночас гнучкість кримінально-правового регулювання відповідних суспільних відносин. Нагадаємо, що саме такий підхід втілювався у внесеному Кабінетом Міністрів України законопроекті «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо криміналізації контрабанди товарів» (реєстр. № 8543 від 3 липня 2018 р.).

Погоджуємось з І. Клепицьким у тому, що контрабанда означає ухилення від державного контролю; економічний характер останнього і пояснює розуміння контрабанди як господарського злочину; контрабандист ухиляється від митного контролю, встановленого державою для ефективної реалізації зовнішньоекономічної політики. При цьому перспективним вважаємо такий шлях посилення караності контрабанди специфічних предметів, як формулювання кваліфікованих видів злочину і встановлення за їх скоєння суворіших санкцій порівняно із санкціями за «звичайну» (господарську, економічну) контрабанду (тобто контрабанду товарів).

Ми, однак, враховуємо велику ймовірність того, що законодавець проігнорує цю нашу пропозицію (як і подібні зауваження парламентських експертів) і підтримає відповідну ініціативу авторів законопроекту № 5420, тим самим продовживши характерний для правотворчості останніх років курс на доповнення КК черговими спеціальними заборонами. За такого сценарію розвитку подій можемо висунути хіба що декілька рекомендацій, врахування яких дозволить бодай частково зменшити його негативні наслідки.

По-перше, у всіх цих спеціальних нормах доцільно передбачити уніфіковані вартісні показники відповідних криміноутворювальних (у значному розмірі) та кваліфікуючих ознак (у великому або особливо великому розмірі).

По-друге, щодо предметів, вилучених або обмежених у цивільному обігу (наркотичні засоби, зброя, культурні цінності тощо), а так само інших предметів, стосовно яких установлені спеціальні правила та обмеження щодо переміщення через митний кордон України (лісоматеріали або пиломатеріали цінних та рідкісних порід дерев та інші предмети, вказані у ст. 201-1 КК; у перспективі це можуть бути бурштин і деякі інші предмети), то відповідальність за їхню контрабанду може бути передбачена:

1) або у статті, розміщеній одразу після норми про товарну контрабанду (такий підхід втілений, наприклад, у ст. 190-1 КК Латвії);

2) або у статті, розміщеній серед норм про кримінальні правопорушення проти громадської безпеки (подібний підхід апробований у кримінальних кодексах Казахстану (ст. 286), Киргизії (ст. 270), Узбекистану (ст. 246), Чорногорії (ст. 235-b, в якій йдеться лише про культурні цінності));

3) або, враховуючи нетотожність основних безпосередніх об'єктів, у різних розділах Особливої частини КК залежно від властивостей предмета (наприклад: норма про контрабанду деревини (потенційно й бурштину) – серед норм про делікти проти довкілля; норма про контрабанду зброї, вибухових речовин тощо – проти громадської безпеки).

Подібні пропозиції свого часу висувались у вітчизняній юридичній літературі. Так, стверджувалось, що переміщення отруйних, сильнодіючих, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів, зброї та боєприпасів, спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації не може утворювати контрабанду як злочин у сфері господарської діяльності; переміщення цих предметів має визнаватись суспільно небезпечним вже саме по собі (це впливає з їх основного призначення – ураження живої цілі, знищення чи пошкодження навколишнього середовища, підрив авторитету органів державної влади тощо), а отже, відповідальність за такі дії слід передбачити у межах злочинів проти громадської безпеки та авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян (О. Процюк). Кримінальну відповідальність за незаконне переміщення через митний кордон культурних цінностей пропонувалось визнавати або злочином проти моральності (розділ XII Особливої частини КК) (А. Савченко), або навіть злочином проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК) (Л. Павлик), хоч окремі дослідники (наприклад, М. Міщенко) не вважали за потрібне змінювати місце відповідної кримінально-правової норми у системі Особливої частини КК.

Найбільш вдалим, на наш погляд, є перший із згаданих вище підходів. Звісно, у разі його реалізації можна буде апелювати до того, що основний безпосередній об'єкт діянь, передбачених відповідною забороною (відносини громадської безпеки, довкілля, моральності тощо), буде не повною мірою корелюватись із родовим об'єктом досліджуваної групи посягань (господарські і фінансові відносини). До слова, коментуючи чинну редакцію ст. 201 КК, один із нас із приводу невідповідності об'єктів (родового і безпосередніх) був вимушений написати таке: оскільки у 2011 р. законодавець вирішив звільнити КК від згадування про «економічну» контрабанду (контрабанду товарів), традиційне розміщення цієї кримінально-правової заборони у розділі VII Особливої частини КК не може бути визнане виправданим (*Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. К., 2018. С. 637*).

За умови розміщення відповідної норми серед деліктів проти громадської безпеки складеться ситуація, коли певні передбачені такою нормою діяння не частково, а повністю не збігатимуться з родовим об'єктом (меншою мірою це стосується контрабанди наркотиків, а більшою – контрабанди культурних цінностей, деревини, бурштину (потенційно), які жодним чином не пов'язані з порушенням відносин громадської безпеки). Очевидним же недоліком третього варіанту є те, що його реалізація призведе до невиправданого «захаращення» кримінального законодавства казуїстичними нормами про контрабанду різних предметів. Тому нам складно підтримати пропозицію Г. Поліщука доповнити КК окремою статтею про відповідальність за переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю бурштину, законність походження якого не підтверджується відповідними документами.

Не варто запозичувати і надмірно казуїстичний підхід, сповідуваний російським законодавцем. Так, якщо до грудня 2011 р. у КК РФ у межах його глави 22, присвяченої злочинам у сфері економічної діяльності, благополучно існувала загальна заборона – ст. 188, яка передбачала відповідальність за традиційну контрабанду різних предметів, то наразі цей Кодекс містить низку спеціальних норм, а саме: ст. 200-1 (контрабанда готівкових грошових коштів або грошових інструментів); ст. 200-2 (контрабанда алкогольної продукції або тютюнових виробів); ст. 226-1 (контрабанда сильнодіючих, отруйних, вибухових, радіоактивних речовин, радіаційних джерел, ядерних матеріалів, вогнепальної зброї або її основних частин, вибухових пристроїв, боєприпасів, зброї масового ураження, засобів її доставки, іншого озброєння, іншої військової техніки, а також матеріалів і обладнання, які можуть бути використані при створенні зброї масового ураження, засобів її доставки, іншого озброєння, іншої військової техніки, а так само стратегічно важливих товарів і ресурсів або культурних цінностей, особливо цінних диких тварин і водних біологічних ресурсів); ст. 229-1 (контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх пре-

курсорів або аналогів, рослин, що містять наркотичні засоби, психотропні речовини або їх прекурсори, або їх частин, що містять наркотичні засоби, психотропні речовини або їх прекурсори, інструментів або обладнання, які перебувають під спеціальним контролем і використовуваних для виготовлення наркотичних засобів або психотропних речовин).

Пригадується і такий історичний факт: у серпні 1925 р. низкою країн (Німеччина, Данія, Фінляндія, Латвія, Литва, Норвегія, Швеція і СРСР) було укладено Конвенцію про припинення контрабанди алкогольних напоїв. Згаданий міжнародно-правовий акт небезпідставно розцінюється як приклад казуїстичної регламентації засад протидії контрабанді на міждержавному рівні.

З погляду уникнення небажаної казуїстичності кримінального закону слід вказати і на те, що виокремлення ст. 305 КК «Контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів або фальсифікованих лікарських засобів» як спеціальної кримінально-правової норми є недоцільним. В юридичній літературі (А. Музика, О. Горюх) доведено, що караність за дії, вказані у цій статті, має передбачатись у межах ст. 201 КК.

Нерозуміння викликає й ініціатива розробників законопроекту № 5420 стосовно встановлення у новій ст. 201-3 КК нижчих, порівняно з проектованою ст. 201-2 КК, вартісних показників значного (криміноутворювальна ознака) і великого розміру (кваліфікуюча ознака) предметів контрабанди (50 і 400 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ) та 100 і 600 НМДГ, відповідно). У цьому разі ми також не можемо знайти логічних пояснень того, чому, наприклад, контрабанда побутової техніки, сільськогосподарської продукції тощо має визнаватись кримінально протиправною лише у випадку, коли вартість цих товарів перевищує 100 НМДГ, тоді як для настання кримінальної відповідальності за контрабанду тютюнових виробів, алкогольних напоїв та інших підакцизних товарів достатньо того, щоб вартість останніх перевищувала 50 НМДГ.

У світлі сказаного хотілося б відзначити і те, що у проектованій ст. 201-4 КК відповідні показники значного та великого розмірів пропонується закріпити вже на рівні 130 та 650 НМДГ, а також диференціювати відповідальність у випадку недостовірного декларування товарів, що призвело або могло призвести до неправомірного зменшення або звільнення від сплати митних платежів ще й в особливо великих розмірах (1400 і більше НМДГ) (ч. 3). При цьому в чинній редакції присвяченої контрабанді деревини ст. 201-1, включення якої до КК також може розглядатись як фрагментарне вирішення проблеми рекриміналізації товарної контрабанди, вартісні показники великого та особливо великого розмірів складають лише 18 та 36 НМДГ.

Наведені факти, навіть якщо залишити поза увагою очевидну довільність усіх зазначених кількісних показників, засвідчують неякісність роботи парламентаріїв та інших суб'єктів законопроектної діяльності. З приводу непродуманості показників, які фігурують у законопроекті № 5420, А. Саварець слушно констатує, що для настання кримінальної відповідальності достатньо буде незаконного переміщення через митний кордон палети з фарбою, ящика віскі або зубожілого «Фіата»; контрабанда ж «битка» із США вартістю приблизно 2 тис. доларів, вчинена організованою групою, каратиметься щонайменше 10 роками позбавлення волі. У висновку Комітет ВРУ з питань фінансів, податкової та митної політики на аналізований законопроект висловлюються співзвучні міркування про «занадто низькі порогові значення для притягнення до кримінальної відповідальності за товарну контрабанду».

Представниками експертного середовища справедливо підкреслюється, що криміналізація товарної контрабанди може дати очікуваний ефект лише за наявності двох умов: перша – невідворотність покарання (коли є не тільки стаття у КК, а й реальні кейси по ній); друга – грамотна криміналізація (де головні питання – на якому рівні та яка, що передбачає, зокрема, розумне (з урахуванням балансу інтересів бізнесу та держави) обґрунтування обсягів контрабанди, досягнення яких уможливорює кримінальну відповідальність) (*Контрабанда с високой маржой: какое влияние на нее будет иметь уголовное наказание*. URL: <https://www.epravda.com.ua/rus/projects/pi-kontrabandi/2020/09/21/665188>; *Черкашин В. Борьба із контрабандою: поки що перемагають контрабандисти. Які системні кроки потрібні Україні для ефективної протидії контрабанді та чи вирішить проблему новий закон*. URL: <https://www.epravda.com.ua/columns/2021/06/24/675318>). Навряд чи уособленням такої «грамотної криміналізації» може слугувати пропозиція вже згаданого М. Нефьодова встановити кримінальну відповідальність лише за контрабанду комерційної партії товарів вартістю 1 млн. доларів. Не викликає сумнівів, що більш-менш вмотивовані (не

довільні) вартісні показники відповідних криміноутворювальних та кваліфікуючих ознак можуть бути сформовані лише після проведення ґрунтовних кримінологічних розвідок у цій сфері.

Зайвим свідченням складності позначеної фундаментальної проблеми є зарубіжний досвід. Так, кримінальні кодекси Вірменії Казахстану, Киргизії і РФ закріплюють великий розмір незаконно переміщуваних товарів, який характеризує масштаби незаконного переміщення при вчиненні економічної контрабанди; при цьому критерії визначення великого розміру у кожній із згаданих країн істотно різняться.

Ще і таке. Присвячена контрабанді кримінально-правова заборона *de lege ferenda* має враховувати передбачений чинним законодавством дозвільний порядок переміщення певних предметів (зброя, культурні цінності тощо) через митний кордон, коли сама по собі відсутність належного дозволу повинна розглядатись як підстава для кримінально-правового реагування.

Під згаданим у попередній редакції ст. 201 КК незаконним переміщенням предметів контрабанди через митний кордон розумілось їх переміщення не лише поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, а й поєднане з недекларуванням та вчинене за відсутності належного дозволу. Отже, не було особливої потреби у поширювальному тлумаченні КК у тих випадках, коли особи під час проходження митного контролю не приховували, наприклад, зброю, боеприпаси, культурні цінності і відповідні речовини (матеріали), однак і не декларували їх. З огляду на пряму вказівку законодавця, будь-яке незаконне (зокрема, поєднане із недекларуванням або здійснене без спеціального дозволу) переміщення вказаних предметів через митний кордон визнавалось злочином – контрабандою. Чинна редакція ст. 201 КК вказаний нюанс загалом не враховує.

З одного боку, недостовірне письмове декларування у разі, коли особа у митній декларації не згадує, наприклад, про наявні у неї предмети, переміщення яких через державний кордон заборонено або здійснюється за дозвільними документами, може розцінюватись як різновид приховування від митного контролю, а саме як подання уповноваженому органу документів, які містять неправдиві дані. З іншого, Митний кодекс України (далі – МК) (його ст. 472) поряд із таким правопорушенням, як переміщення товарів через митний кордон України з приховуванням від митного контролю, передбачає самостійну відповідальність за недекларування товарів, тобто за незаявлення за встановленою формою точних і достовірних відомостей про предмети, які підлягають обов'язковому декларуванню у разі їх переміщення через митний кордон України. У цьому контексті нам імпонує висловлювання М. Пікурова про неприпустимість такого стану речей, коли за допомогою нормативних актів іншої галузевої належності «підправляється» смисл кримінального закону у бік розширення сфери кримінально-правового регулювання.

Відтак удосконалена стаття КК, присвячена контрабанді, усуваючи про всяк випадок вказаний вище сумнів, не повинна обмежуватись щодо предметів, вилучених із цивільного обігу або обмежених у ньому, двома традиційними способами вчинення контрабанди (переміщення предметів через митний кордон поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю).

Ще раз про недостовірне декларування. Складно підтримати ідею розробників законопроекту № 5420 щодо доповнення КК окремою нормою про недостовірне декларування товарів (ст. 201-4), в якій пропонується встановити відповідальність за внесення до митної декларації недостовірних відомостей або ненадання при митному оформленні за встановленою формою точних і достовірних відомостей про товари та/або транспортні засоби комерційного призначення, що підлягають обов'язковому декларуванню і випускаються у вільний обіг, якщо такі дії призвели або могли призвести до неправомірного зменшення чи звільнення від сплати митних платежів у значних розмірах.

Виступаючи з такою ініціативою, її автори не враховують щонайменше того, що як у чинних статтях 201 і 201-1 КК, так і у проєктованих статтях 201-2 і 201-3 КК під контрабандою з-поміж іншого розуміється переміщення відповідних предметів з приховуванням від митного контролю. При цьому на законодавчому рівні (ст. 483 МК) закріплено, що однією з форм переміщення товарів через митний кордон України з приховуванням від митного контролю виступає подання митному органу як підстави для переміщення товарів документів, що містять неправдиві відомості щодо найменування товарів, їх ваги або кількості, країни походження, відправника та/або

одержувача, кількості вантажних місць, їх маркування та номерів, неправдиві відомості, необхідні для визначення коду товару згідно з УКТ ЗЕД та його митної вартості. Тобто фактично маються на увазі дії, про які йдеться й у ст. 201-4 КК, передбаченій законопроектом № 5420.

Виходить, що за умови реалізації аналізованої ініціативи недостовірне декларування (принаймні частково) підпадатиме під дію одразу двох кримінально-правових заборон, а відтак порушуватиметься принцип *non bis in idem*, матиме місце невинуватана (штучна) множинність злочинів, породжувана не множинністю об'єктів, яким завдається шкода, а, так би мовити, зайвою «перестраховкою» законодавця в частині визначенні кола кримінально протиправних діянь. За таких обставин ми можемо зрозуміти парламентських експертів, які у висновку на законопроект № 5420 назвали криміналізацію недостовірного декларування товарів як окремого кримінально-правопорушення зайвим законодавчим кроком.

Митні платежі, як відомо, є не лише ефективним засобом економічної політики (їх справляння може мати на меті створення сприятливих умов для розвитку вітчизняного товаровиробника, формування раціональної структури споживчого ринку, поліпшення стану платіжного балансу держави тощо), а й відіграють вагому фіскальну роль. До зловживань, які мають місце у сфері ЗЕД та які спрямовані на повне або часткове ухилення від митного оподаткування, належать декларування товарів під іншим кодом УКТ ЗЕД, умисне заниження митної вартості, повідомлення інших завідомо недостовірних відомостей під час митного оформлення товарів, зокрема про країну походження, митний режим, належність і мету використання.

Проте, на відміну від розробників законопроекту № 5420, ми не вбачаємо прогалин у частині кримінально-правового реагування на випадки недостовірного декларування, що призводить до несплати згаданих платежів. Адже якщо незаконне переміщення товарів (наприклад, пально-мастильних матеріалів, морепродуктів, зернових культур, тютюнових або алкогольних виробів) через митний кордон України поєднується з ухиленням від сплати обов'язкових платежів, які стягуються митними органами, входять у систему оподаткування і безпосередньо пов'язані з переміщенням товарів через митний кордон (йдеться про мито, ПДВ і акцизний податок), то вчинене за наявності підстав може кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 212 КК як ухилення від сплати податків і зборів (ця стаття не конкретизує спосіб ухилення, а отже, ним може бути і недотримання митних процедур; щоправда, оптимальність закріплених у чинній редакції ст. 212 КК кількісних показників так само викликає серйозний сумнів) або за ст. 222 КК як шахрайство з фінансовими ресурсами (у цьому разі йдеться про надання завідомо неправдивої інформації з метою отримання пільг щодо податків).

Принагідно зауважимо, що з урахуванням викладених міркувань ми критично ставимось до обстоюваного окремими авторами розмежування, з одного боку, товарної контрабанди (ситуації, коли товар перетинає митний кордон без сплати жодних податків, і факт перетинання кордону не фіксується у жодних митних документах), та, з іншого, «сірого імпорту» (ситуації заниження митної вартості товарів, хибного визначення країни походження товарів та їх кодів, коли належні податкові внески сплачуються частково) (*Паламарчук Г.В. Дестабілізуючий вплив контрабанди та «сірого імпорту» на економічну систему України. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2020. № 22. С. 135, 138*).

«Документальна» контрабанда, вчинювана у спосіб інтелектуального приховування товарів від митного контролю, може призводити до несплати податкових внесків; соціальна обумовленість кримінально-правової заборони контрабанди товарів хоч і не повністю, але значною мірою визначається тим, що це діяння характеризується приховуванням або заниженням об'єкта митного оподаткування і, внаслідок цього, несплатою (неповною сплатою) обов'язкових внесків державі. Ба більше: як стверджує голова ДМС України П. Рябікін, сьогодні контрабанда – це передусім зловживання у документарній сфері, пов'язані з недостовірним декларуванням. Спільним для зазначених зловживань у сфері ЗЕД є повідомлення у документах, необхідних для митних цілей, неправдивих відомостей, що слугує підставою для несплати (повної або часткової) митних платежів.

Далі. Виокремлення такої кваліфікуючої ознаки недостовірного декларування, як «сприяння в будь-якій формі службовою особою митного органу вчиненню таких діянь з використанням влади чи службового становища» (ч. 4 ст. 201-4 проєктованої статті КК), викличе на практиці

серйозні труднощі із встановленням співвідношення складів злочинів «недостовірне декларування», з одного боку, і «контрабанда товарів», «контрабанда підакцизних товарів», з іншого. Адже передбачене проєктованими ст. 201-2 і ст. 201-3 КК переміщення товарів поза митним контролем, з огляду на ст. 482 МК, означає, зокрема, таке переміщення із незаконним звільненням від митного контролю внаслідок використання службового становища посадовою особою митного органу.

До того ж ми поділяємо побоювання фахівців, які звертають увагу на те, що навіть помилкове (необережне) визначення коду товару за УКТ ЗЕД, помилкові відомості, зазначені декларантом під час митного декларування товарів, або інші порушення зможуть кваліфікуватись за ст. 201-4 (за умови включення її до КК). З огляду на відсутність у проєктованій забороні вказівок на умисність караної неї поведінки або завідомо недостовірність відповідних відомостей, слід погодитись з Ю. Бауманом, який констатує, що запропонована новела означає широке поле для «уявлень» правоохоронців, які за формальними порушеннями, допущеними декларантом при ввезенні товарів в Україну, можуть углядіти підстави для притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 201-4 КК. Криміналізація недостовірного декларування, стверджує А. Гмирін, не лише «почепить всіх імпортерів і експортерів на гачок правоохоронних органів», а й значно збільшить час митного оформлення всіх товарів, що негативно відіб'ється на рівні ділової активності і призведе до зростання споживчих цін.

Як зазначає з цього приводу народний депутат України Д. Гетьманцев, бізнес побоюється того, що кримінально-правова заборона, присвячена недостовірному декларуванню, стане інструментом неправомірного тиску під час митного оформлення товарів. Зміна митними органами підходів до класифікації товару або помилка при внесенні певних відомостей до окремих граф митної декларації можуть стати підставою для притягнення до кримінальної відповідальності. За таких обставин не викликає здивування та обставина, що Комітет ВРУ з питань фінансів, податкової та митної політики запропонував не включати до КК ст. 201-4.

Інший (трудомісткий) шлях полягає в тому, щоб сконструювати цю нову статтю КК як «кримінально-правовий аналог» ст. 472 МК «Недекларування товарів, транспортних засобів комерційного призначення» (звісно, якщо в цьому є потреба, адже частка недостовірного декларування у контрабанді товарів, за підрахунками аналітиків, становить наразі понад 40 %) із закріпленням чітких і соціально обумовлених криміноутворювальних ознак. Наразі позитив пропозиції розробників законопроєкту № 5420 запровадити окрему заборону, присвячену недостовірному декларуванню товарів (ст. 201-4 КК), вбачається хіба що в актуалізації проблеми відбиття в тексті кримінального закону «документальної» контрабанди. Так, свого часу у літературі (О. Процюк) висувалась пропозиція передбачити як спосіб контрабанди товарів (крім їх переміщення поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю) завідомо обманне використання документів чи засобів митної ідентифікації, або шляхом недекларування чи недостовірного декларування предметів під час митного огляду.

Ми так само вважаємо, що у вдосконаленій ст. 201 КК як самостійний спосіб вчинення передбаченого нею злочину доцільно закріпити використання завідомо неправдивих документів, на користь чого можна навести, зокрема, такі аргументи:

1) у випадках вчинення «документальної» контрабанди має місце інтелектуальне маскування та, як наслідок, відсутнє фізичне приховування предметів, незаконно переміщуваних через митний кордон;

2) у ст. 483 МК, яка визначає поняття «приховування від митного контролю», не згадуються документи, які є підставою для переміщення інших предметів, а так само недійсні документи, що можна вважати прогалиною у кримінально-правовому регулюванні відповідних відносин;

3) на практиці досить гостро стоїть питання про розмежування, з одного боку, документів, які є підставою для переміщення предметів через митний кордон і дії з якими можуть утворювати склад злочину «контрабанда», та, з іншого, документів, які необхідні для митного оформлення, але які не є підставою для переміщення предметів через митний кордон.

При цьому слід враховувати те, що частина «документальної» контрабанди вже охоплюється таким традиційним способом її вчинення, як приховування від митного контролю, через що у

вдосконаленій ст. 201 КК варто, вочевидь, вказати на «інше обманне використання документів або засобів митного забезпечення». Відповідно до п. 22 ч. 1 ст. 4 МК митне забезпечення – це одноразові номерні запірно-пломбові пристрої, печатки, штампи, печатки, голографічні мітки, засоби електронного цифрового підпису та інші засоби ідентифікації, що використовуються митними органами для відображення та закріплення результатів митного контролю та митного оформлення.

Про повторність як кваліфікуючу ознаку контрабанди і момент закінчення злочину.

Як і в парламентських експертів, серйозні нарікання у нас викликає підхід суб'єктів права законодавчої ініціативи до конструювання кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак складів кримінальних правопорушень, передбачених статтями 201–201-4 КК, зокрема такої ознаки, як повторність.

Зі змісту диспозиції ч. 2 проекрованої ст. 201-2 КК впливає однорідність кримінальних правопорушень, передбачених статтями 201, 201-1, 201-2, 201-3, 305 КК. Однак у передбаченій законопроектом ст. 201-3 КК перелік відповідних однорідних кримінальних правопорушень, попереднє засудження за які дає підстави для кваліфікації дій винної особи за ч. 2, доповнений за рахунок вказівки на ст. 204 КК, в якій встановлено відповідальність за незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів. Щодо потенційної ч. 2 ст. 201-4 КК, то нею пропонується карати діяння, вчинені особою, раніше судимою за один із злочинів, передбачених статтями 201-4 і 212 і 212-1 КК.

Із приводу підходу, запропонованого у законопроекті № 5420, у нас виникло відразу декілька запитань:

1) якщо у ст. 201-3 КК до переліку однорідних посягань віднесено не лише контрабанду інших предметів, а й інші незаконні дії з підакцизними товарами (подібно до чинної ст. 201-1, в якій повторність утворює і попереднє вчинення злочину, передбаченого ст. 246 КК), то чому, наприклад, передбачена ст. 201 КК контрабанда зброї, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів тощо не буде вважатись повторною у випадку її вчинення особою, судимою за злочини, відповідальність за які встановлена статтями 262, 263, 263-1, 265 КК тощо?;

2) якщо у статтях 201-1, 201-2 і 201-3 КК однорідними із передбаченими цими нормами кримінальними правопорушеннями пропонується вважати і «загальну» контрабанду (ст. 201 КК), то чому відповідальність за вчинення останньої посилюється лише у разі вчинення її особою, судимою саме і тільки за злочин, передбачений ст. 201 КК?;

3) якщо розробники законопроекту № 5420 вважають, що діяннями, які є найближчими за змістом (однорідними) до передбаченого проекрованою ст. 201-4 КК недостовірного декларування товарів, є не окремі різновиди контрабанди, а ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) та ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, то чому відповідну норму пропонується розмістити услід за статтями 201–201-3, а не статтями 212 та 212-1 КК?

4) якщо в чинній ст. 201 і проектованих статтях 201-2 та 201-3 КК йдеться про повторність, пов'язану із засудженням («вчинення особою, раніше судимою за...»), то чому у ст. 201-1 КК йдеться і про спеціальний рецидив, і про так звану фактичну повторність («особою, яка раніше вчинила...»)?

На жодне з цих питань відповідей у пояснювальній записці до законопроекту № 5420 відшукати, на жаль, не вдалося.

Відтак законодавцю варто визначитись і бути послідовним в оцінці того, попереднє вчинення яких саме кримінальних правопорушень має бути підставою для диференціації кримінальної відповідальності – або лише тотожних (передбачених «цією статтею»), або ж і однорідних, тобто контрабанди будь-яких предметів. За підтримки другого із зазначених варіантів він міг би бути втілений у життя за допомогою способу, подібного до того, який вже апробований при визначенні повторності однорідних кримінальних правопорушень проти власності. Мова йде про те, що в першій (за порядковим номером) із статей КК про контрабанду мала б міститися примітка, в якій би зазначалось, що у цій та інших статтях про контрабанду повторним має визнавати-

ся кримінальне правопорушення, вчинене особою, яка раніше вчинила будь-яке із відповідних кримінальних правопорушень. Врахування цієї настанови дозволило б уникнути характерної для чинного КК безсистемності, коли, наприклад, вчинення контрабанди деревини особою, яка раніше вчинила контрабанду, про яку йдеться у ст. 201 КК, має кваліфікуватися за ч. 2 ст. 201-1 КК як скоєне повторно, тоді як у зворотній ситуації (коли оцінюються дії особи, яка спочатку вчинила контрабанду деревини, а потім контрабанду предметів, зазначених у ст. 201 КК) така повторність кваліфікуючого значення чомусь не має.

Пропозиція використати у проєктованих заборонах словосполучення «дії, спрямовані на переміщення через митний кордон України» (замість вжитого у ст. 201 ст. 201-1 КК формулювання «переміщення через митний кордон України») сприймається неоднозначно.

Ця новела покликана вирішити проблему, пов'язану з диференційованим визначенням моменту закінчення контрабанди. Притаманне чинній редакції ст. 201 КК «прив'язування» моменту закінчення контрабанди до фактичного перетину кордону в разі вивезення предметів за межі України призводить до того, що факт закінченої контрабанди зазвичай встановлюється лише тоді, коли предмети вже потрапили на територію іншої держави, що ускладнює протидію контрабанді. Перенесення моменту закінчення контрабанди на більш ранню стадію (порівняно з фактичним перетином відповідними предметами митного кордону) можливе лише після внесення змін до ст. 201 КК. З урахуванням суспільної небезпеки контрабанди *de lege ferenda* варто уникати заздалегідь вимушеної кваліфікації цього злочину із посиланням на ст. 15 та, як наслідок, призначення винуватому більш м'якого покарання відповідно до ст. 68 КК. Саме, з огляду на висловлені аргументи, подібні законодавчі зміни (визнання моментом закінчення контрабанди замаху на цей злочин) свого часу ініціювали А. Музика й О. Горох.

Тому ми не поділяємо тезу членів Комітет ВРУ з питань фінансів, податкової та митної політики про невиправданість запропонованого у законопроєкті № 5420 перенесення моменту закінчення контрабанди на тій підставі, що цей законодавчий крок призведе до зловживань правоохоронців. Так само складно побачити у цьому разі прояв правової невизначеності (думка А. Гмиріна).

Подібний підхід вже апробований законодавцем (ст. 482 і ст. 483 МК), і, наскільки нам відомо, джерелом якихось зловживань або невизначеності не виступає. Водночас перенесення моменту закінчення контрабанди на більш ранню стадію могло б набути дещо іншого (порівняно з втіленням у законопроєкті № 5420) вигляду, виходячи, зокрема, з того, що у разі, коли предмети переміщуються на митну територію України, то факт закінченої контрабанди встановлюється під час проходження митного контролю, який здійснюється вже після того, як предмети злочину перетнули митний кордон, що дозволяє констатувати закінчення розглядуваного злочину. Відтак одним із нас раніше висловлювалася думка про те, що диспозиція ч. 1 поліпшеної редакції ст. 201 КК України (за прикладом ст. 482 і ст. 483 МК) поряд із згадуванням про переміщення могла б містити альтернативну вказівку на дії, спрямовані на переміщення певних предметів через митний кордон. До речі, ця ідея дістала схвальну оцінку у висновку ГНЕУ Апарату ВРУ на законопроєкт № 5420.

Замість післямови, або Про підпорядковану роль кримінального закону у протидії контрабанді товарів. Крім викладених вище, законопроєкт № 5420 містить й інші недоліки і дискусійні положення. Зокрема, це стосується: доцільності негативної вказівки у ст. 201-2 КК на «крім товарів, передбачених статтею 201-3 цього Кодексу», зайвістю якої виглядає очевидно; відміченого фахівцями ГНЕУ Апарату ВРУ диференційованого підходу до формулювання такої кваліфікуючої ознаки контрабанди, як вчинення відповідного діяння службовою особою з використанням свого службового становища; виправданості встановлення за недостовірне декларування товарів, вчиненого за попередньою змовою зі службовою особою митного органу (так само як і за сприяння в будь-якій формі службовою особою митного органу відповідному злочину), більш суворого покарання порівняно з такими самими діями, які призвели до звільнення від сплати митних платежів в особливо великих розмірах (ч. 4 та ч. 3 проєктованої ст. 201-4 КК, відповідно); взагалі обґрунтованості пропонованих санкцій тощо.

Отже, передбачений законопроєктом № 5420 спосіб втілення ідеї рекриміналізації товарної контрабанди є далеким від досконалості, що і пояснює жорстку критику аналізованого документа і через що він потребує серйозного доопрацювання, зокрема у напрямках, вказаних вище.

Водночас слід бути свідомим того, що проблема як невідворотності, так й адекватності кримінально-правового впливу на поведінку порушників кримінально-правових заборон (зокрема, в економічній сфері) лежить на сьогодні не стільки у законодавчій, скільки у правозастосовній площині. Тому нам зрозумілі побоювання стосовно того, що: боротьба з товарною контрабандою може набути вигляду притягнення до кримінальної відповідальності «просто обивателів, неуважних брокерів, неписьменних водіїв фур і селян», і що загалом правильна ідея криміналізації такої контрабанди може бути «похована» через хибну практику правозастосування і вибіркоче правосуддя (А. Саварець); запровадження кримінальної відповідальності за контрабанду товарів може призвести до збільшення надходжень до бюджету не держави, а корумпованих податківців, митників і працівників СБУ, тобто існує небезпека повернення до пов'язаних із ЗЕД корупційних практик, прихованих під «благородними» цілями захисту національної економіки (О. Новіков, К. Новікова). У цьому сенсі доречно навести влучне зауваження стратегічного радника з питань митного контролю Консультативної місії ЄС в Україні К. Леймонаса, який, наголосивши на необхідності для держави мати дієві інструменти (включаючи оновлений кримінальний закон) для подолання товарної контрабанди, водночас підкреслив, що ефективна боротьба з нею неможлива без такої, що функціонує результативно, правоохоронної та судової системи, а також без застосування всього комплексу митних інструментів.

Якщо на сьогодні, з огляду на технічну оснащеність митниць, огляду підлягає лише приблизно 4% від загального обсягу вантажів, що імпортуються, а поява в кожному пункті пропуску інтегрованих автоматизованих систем «ваги–сканер–відеоконтроль» лише планується (П. Рябкін), то розраховувати на успіх у протидії товарній контрабанді лише завдяки її криміналізації (без комплексного застосування інших заходів на кшталт реформування ДМС України і мінімізації корупційних практик в її діяльності), не варто. Застосовуватиметься ж оновлений кримінальний закон передусім до суб'єктів, які вчинють контрабанду в її організованих формах, є основними бенефіціарами контрабандних схем, чи, наприклад, до контрабандистів–«піджаків», залежить головним чином від того, які пріоритети фактично вибудує у своїй діяльності Бюро економічної безпеки України як новий правоохоронний орган із відповідною підслідністю.

Щодо змісту законопроекту № 5420, то дискусія, яка триває навколо нього, вчергове переконує у тому, що: якісний кримінальний закон може бути результатом лише сумлінної і неспішної праці професіоналів; жодні економічні, соціологічні і кримінологічні дослідження і прогнози не замінять кропіткої праці юриста-догматика. При цьому ВРУ має всі всі можливості і ресурси для того, щоб забезпечити належну якість змін до КК у частині регламентації відповідальності за контрабанду товарів. Було б лише таке бажання.

Кримінальна відповідальність за незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей: аналіз законодавчих новел²⁶

Ухвалення Закону України від 14 липня 2020 р. «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» (далі – Закон від 14 липня 2020 р.) не лише ознаменувало довгоочікувану легалізацію грального бізнесу, який, починаючи з 2009 р., внаслідок непрофесійних дій державної влади опинився у тіньовому секторі економіки, а й призвело до зміни положень Кримінального кодексу України (далі – КК), покликаних забезпечувати виконання положень регулятивного законодавства. Крім доповнення КК ст. 365-3 «Бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей», йдеться про викладення у новій редакції ст. 203-2 КК, яка передбачає відповідальність вже не за «зайняття гральним бізнесом», а за такі різновиди неправомірної поведінки, як: 1) організація або проведення азартних ігор без ліцензії на провадження відповідного виду діяльності з організації та проведення азартних ігор, що видається відповідно до закону; 2) випуск чи проведення лотерей особою, яка не має статусу оператора лотерей; 3) організація чи функціонування закладів з метою надання доступу до азартних ігор чи лотерей, які проводяться в мережі Інтернет.

Чинна редакція вказаної кримінально-правової заборони, викладена в очевидно казуїстичний спосіб, уже почала піддаватись критичному аналізу у вітчизняній юридичній літературі [1, с. 125–127; 2, с. 386–390], однак загалом вивчена явно недостатньо, зокрема в контексті висунення розрахованих на правозастосувачів рекомендацій щодо кваліфікації злочину, передбаченого ст. 203-2 КК. Пропонована увазі читача публікація, присвячена аналізу складу злочину «незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей» і, зокрема, з'ясуванню ступеня узгодженості оновленої кримінально-правової заборони з положеннями регулятивного законодавства і здобутками правничої доктрини, а так само порівнянню оновленої та попередньої редакцій ст. 203-2 КК, має на меті усунути зазначену прогалину у наукових розвідках.

Почати вважаю за доцільне з того, що, виклавши досліджувану статтю КК у новій редакції на підставі «непрофільного» Закону від 14 липня 2020 р., Верховна Рада України (далі – ВРУ) порушила вимогу ч. 6 ст. 3 КК, викладеної в редакції Закону від 19 травня 2020 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедури внесення змін», згідно з якою зміни до законодавства України про кримінальну відповідальність можуть вноситися виключно законами про внесення змін до КК та/або до кримінального процесуального законодавства України, та/або до законодавства України про адміністративні правопорушення.

До слова, оцінюючи втілену у проекті нового КК ідею внесення змін до кримінального закону лише на підставі «профільного» закону, ми з Є. Письменським висловились за вирішення позначеної проблеми у площині оптимізації законотворчого процесу та підвищення рівня правової культури парламентаріїв. Тут не буде зайвим нагадати, що у висновку ГНЕУ Апарату ВРУ на законопроект, який втілює аналогічний підхід у чинному КК (ч. 6 його ст. 3), пропонувалось доповнити розділ IV «Законодавча процедура» Регламенту ВРУ положеннями про те, що: 1) будь-який законопроект, який поряд з іншими положеннями передбачає внесення змін до КК, КПК та КУпАП, не може бути розглянутий парламентом на пленарному засіданні без окремого висновку комітету, до предмету відання якого відноситься законодавство про кримінальну та адміністративну відповідальність, щодо доцільності внесення таких змін; 2) підготовка змін до КК, КПК та КУпАП до розгляду у другому читанні має здійснюватися саме цим комітетом, а схвалена ним відповідна частина порівняльної таблиці має включатись до загальної порівняльної таблиці без будь-яких змін.

З огляду на сказане, нами перед розробниками проекту нового КК ставилось питання, чи не варто рухатись саме таким (прагматичним) шляхом, запропонованим парламентськими експертами [3]. Досвід оновлення досліджуваної кримінально-правової заборони, диспозиція якої наразі носить описово-бланкетний характер, а отже, передбачає (для з'ясування меж кримінально протиправної поведінки) звернення до положень регулятивного законодавства, а так само

²⁶ Стаття опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. 2021. № 5. С. 144–152.

зобов'язує ретельно узгоджувати його положення з приписами КК, схильє до ствердної відповіді на зазначене питання.

Продовжуючи висвітлення аспекту дотримання вимог законодавчої техніки при внесенні змін до ст. 203-2 КК, зверну увагу на її невиправдану громіздкість. Так, ужите у ч. 1 ст. 203-2 КК словосполучення «без ліцензії на провадження відповідного виду діяльності з організації та проведення азартних ігор, що видається відповідно до закону» безпроблемно (з урахуванням феномену бланкетності) могло бути замінено іншим (лаконічнішим) зворотом на кшталт «без ліцензії на провадження відповідного виду діяльності». Тим більше, що згідно зі ст. 45 Закону від 14 липня 2020 р. Уповноважений орган здійснює видачу ліцензій на види діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор відповідно до порядку, встановленого як цим Законом, так і ліцензійними умовами (останні затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 21 грудня 2020 р. № 1341). Виходить, що, згадуючи у ч. 1 ст. 203-2 КК про закон, парламент вкотре змушує для кримінально-правових потреб поширювально тлумачити цей термін. Як відомо, найгостріше це питання постало на практиці при застосуванні ст. 263 КК «Незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами».

Обмежитись у цьому разі у поліпшеній ст. 203-2 КК вказівкою на відсутність належної (варіант – відповідної) ліцензії, мабуть, не вийде, оскільки відповідно до Закону від 14 липня 2020 р. (ст. 44) ліцензія видається не лише на провадження діяльності з організації та проведення певних (дозволених) азартних ігор, а й на гральний стіл та/або на гральний стіл з кільцем рулетки, букмекерський пункт, гральний автомат. Законодавець, як бачимо, не відреагував на критичне зауваження НАЗК на відповідний законопроект, суть якого полягала в тому, що ліцензія, як це і передбачає Закон «Про ліцензування видів господарської діяльності», має надаватись на певний вид господарської діяльності (у нашому випадку – з організації та проведення азартних ігор), а не на одиницю грального обладнання [4, п. 3.1].

Ще й таке. Використання у ч. 1 ст. 203-2 КК у множині термінів «азартні ігри», «лотереї», «заклади» неминує і, на жаль, вже традиційно для вітчизняної правотворчості ставить питання, чи зможуть кваліфікуватись за цією статтею КК випадки організації або проведення *однієї* азартної гри без належної ліцензії, проведення *однієї* лотереї особою, яка не має відповідного статусу, організації чи функціонування *одного* закладу з метою надання доступу до азартних ігор чи лотерей у мережі Інтернет. Швидше за все, і коментатори КК, і правозастосувачі, ігноруючи «букву» кримінального закону, даватимуть ствердну відповідь на поставлене питання.

До речі, оцінюючи свого часу сформульовану у кандидатській дисертації Н. Петричко «Незаконні азартні ігри: кримінально-правове та кримінологічне дослідження» пропозицію запровадити у межах ст. 190-1 КК відповідальність за створення фінансових пірамід, я писав, що і в назві, і в тексті цієї нової статті (звісно, у разі включення її до КК) має фігурувати створення фінансової піраміди; у протилежному випадку, виходячи з буквального тлумачення потенційного кримінального закону, злочином не визнаватиметься створення однієї фінансової піраміди. Згадувався у цьому контексті і класичний приклад, наведений ще М. Шаргородським: оскільки статут англійського короля Едуарда VI карав за крадіжку коней, суди визнали, що статут не стосується крадіжки одного коня; наступного року до статуту були внесені зміни, згідно з якими злочином стала визнаватись і крадіжка одного коня [5, с. 600].

Основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 203-2 КК, є підстави визнати встановлений порядок провадження господарської діяльності з організації та проведення азартних ігор і лотерей. І таке тлумачення аналізованої кримінально-правової заборони підтверджує логічність її розміщення в «економічному» розділі Особливої частини КК. Додатковими факультативними об'єктами злочину «зайняття гральним бізнесом» (попередня редакція ст. 203-2 КК) я визнавав, зокрема, власність, моральність (залежність від азартних ігор може призводити до складнощів у міжособистісних стосунках, виникнення думок про суїцид, зловживань алкоголем, розлучень тощо), громадську безпеку (організація азартних ігор нерідко перебуває у сфері впливу організованої злочинності), здоров'я населення (необхідність постійно відчувати азарт може призвести до психічного розладу під назвою «ігроманія»), належний розвиток неповнолітніх [6, с. 649–650].

Не думаю, що викладений теоретичний підхід через оновлення ст. 203-2 КК варто переглядати, що, однак, не виключає дискусію стосовно віднесення перерахованих благ (а наразі і системи оподаткування) до обов'язкових чи факультативних додаткових об'єктів злочину «незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей». Цікаво, що у відгуку офіційного опонента С. Багірова на кандидатську дисертацію В. Висоцької «Зайняття гральним бізнесом: кримінально-правовий аналіз складу злочину» у контексті спростування тези цієї авторки про двооб'єктність досліджуваного злочину ставилось слушне питання, чи обов'язково зайняття гральним бізнесом призводять до пошкодження суспільних відносин у сферах моральності, громадської безпеки, забезпечення здоров'я населення і нормального розвитку неповнолітніх.

П. 30 ч. 1 ст. 8 Закону від 14 липня 2020 р. до повноважень Уповноваженого органу відносить звернення до правоохоронних органів у разі виявлення факту нелегальної діяльності гральних закладів, а також співпрацю з правоохоронними органами у межах протидії розвитку та функціонуванню заборонених азартних ігор і гральних закладів. Наведене законодавче формулювання видається неузгодженим зі ст. 203-2 КК принаймні в частині того, що: 1) далеко не всі прояви «нелегальної діяльності гральних закладів» є кримінально протиправними, через що повідомлення Уповноваженого органу про них, адресовані до правоохоронних органів, вочевидь, позбавлені сенсу; б) співпраця Уповноваженого органу з правоохоронцями має стосуватись протидії організації та проведенню не лише «заборонених азартних ігор і гральних закладів», а й (передусім) не заборонених (дозволених) азартних ігор, якщо їх організація чи проведення не поєднується з отриманням відповідної ліцензії.

Згідно з ч. 4 ст. 2 Закону від 14 липня 2020 р. на території України забороняється проводити будь-які інші види діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор, крім передбачених ч. 1 цієї статті (організація та проведення азартних ігор у гральних закладах казино; організація та проведення азартних ігор казино в мережі Інтернет; організація та проведення букмекерської діяльності в букмекерських пунктах та в мережі Інтернет; організація та проведення азартних ігор у залах гральних автоматів; організація та проведення азартних ігор в покер в мережі Інтернет). Інакше кажучи, «визначається вичерпний перелік видів діяльності у сфері азартних ігор, що дозволені в Україні...» [7].

Питання оптимальності згаданого переліку знаходиться поза межами компетенції фахівця з кримінального права. Зрозуміло, однак, що ліцензію на такі інші види грального бізнесу за чинним законодавством отримати неможливо. Ч. 1 ст. 15 Закону від 14 липня 2020 р. наголошує на тому, що у своїй діяльності організатор азартних ігор зобов'язаний проводити виключно дозволені цим Законом види азартних ігор лише після отримання ліцензії на організацію та проведення відповідного виду діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор.

Звідси випливає, що, якщо заборонена Законом від 14 липня 2020 р. діяльність все ж здійснюватиметься, то вона не зможе розцінюватись як «організація або проведення азартних ігор без ліцензії на провадження відповідного виду діяльності з організації та проведення азартних ігор, що видається відповідно до закону», а отже, не охоплюватиметься диспозицією ст. 203-2 КК (уточню – якщо у вчиненому не вбачатимуться ознаки іншої (третьої) форми об'єктивної сторони складу аналізованого злочину – «організація чи функціонування закладів з метою надання доступу до азартних ігор чи лотерей, які проводяться в мережі Інтернет»).

Цікаво, що під час дії Закону від 15 травня 2009 р. «Про заборону грального бізнесу в Україні» в юридичній літературі висувалась пропозиція легалізувати гральний бізнес, дозволивши проведення лише певних азартних ігор і водночас запровадивши кримінальну відповідальність за організацію і проведення *заборонених* азартних ігор [8, с. 139]. Аналізуючи законопроектну діяльність, яка завершилась прийняттям Закону від 14 липня 2020 р., Д. Васильєва писала, що визнання злочином тільки провадження діяльності з організації і проведення азартних ігор без ліцензії матиме своїм наслідком те, що інша, прямо заборонена діяльність у вказаній сфері залишиться без кримінально-правового забезпечення [9, с. 159].

Отже, у кримінально-правовій охороні суспільних відносин, пов'язаних з функціонуванням грального бізнесу, вбачається прогалина, яка зумовлена неузгодженістю приписів кримінального і регулятивного законодавства та якої (прогалини) не було б за умови збереження в КК ст. 203 «Зайняття забороненими видами господарської діяльності» (виключена з КК на підставі

Закону від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності»). Нагадаю, що, на відміну від іншої загальної норми – ст. 202 КК «Порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг», ст. 203 КК передбачала відповідальність за здійснення певних видів господарської діяльності, які суб'єкт (фізична або юридична особа) взагалі не мав права здійснювати або на здійснення яких він не міг одержати дозвіл без зміни свого правового статусу.

Наразі зайняття видами господарської діяльності, щодо яких є спеціальна заборона, встановлена законом, за відсутності ознак діяння, передбаченого КК (сказане, на мою думку, стосується й організації та проведення заборонених Законом від 14 липня 2020 р. азартних ігор), має розцінюватись як адміністративний проступок, передбачений ст. 164-16 КУпАП, санкції якої за своєю суворістю явно поступаються санкціям ст. 203-2 КК. Погодитись із такою законодавчою логікою складно – тим більше з огляду на відсутність уніфікованого підходу до визначення меж кримінально протиправної поведінки у сфері грального і лотерейного бізнесу (про це йтиметься нижче).

Спростовуючи заяву захисника особи, засудженої за попередньою редакцією ст. 203-2 КК, про те, що з 13 серпня 2020 р. (час набрання чинності Законом від 14 липня 2021 р.) ця стаття КК втратила чинність, а таке діяння, як зайняттям гральним бізнесом, декриміналізоване, Касаційний кримінальний суд Верховного Суду (далі – ККС ВС) у своїй постанові написав таке: «... статтю законодавцем не виключено, а змінено лише її редакцію, при цьому дії, що охоплювались зайняттям гральним бізнесом, а саме здійснення господарської діяльності у сфері забороненого законом грального бізнесу, залишились і в новому законі» [10].

Я погоджуюсь з висновком ККС ВС про те, що у зв'язку з набранням чинності Законом від 14 липня 2021 р. і викладенням ст. 203-2 КК у новій редакції не відбулось декриміналізації дій конкретного засудженого: той (якщо використати термінологію чинної редакції аналізованої заборони) вчинив організацію закладів з метою надання доступу до азартних ігор, які проводяться в мережі Інтернет. Водночас із загальною тезою ККС ВС про незмінність у цьому разі меж кримінально протиправної поведінки погодитись складно через легалізацію (часткову) грального бізнесу і зумовлену цією обставиною зміну ст. 203-2 КК; ухвалення Закону від 14 липня 2020 р. насправді призвело до часткової декриміналізації діянь, передбачених попередньою редакцією ст. 203-2 КК. Як відомо, декриміналізація може бути зумовлена різними чинниками, включаючи такі, як: принципова зміна суспільних відносин, охоронюваних кримінальним законом; зміна уявлень про соціальну шкідливість того чи іншого діяння, зокрема зміна загальноновизнаної моральної оцінки певного діяння; впевненість у неефективності протидії конкретним проявам негативної поведінки людини за допомогою кримінально-правової репресії; виконання міжнародно-правових зобов'язань. У випадку з оновленням ст. 203-2 КК ми, вочевидь, маємо справу з першим із перерахованих чинників.

Карана за ст. 203-2 КК організація азартних ігор може полягати у підшукуванні приміщень, створенні і забезпеченні функціонування грального закладу та обладнання, підготовці персоналу і розподілі функцій між ним, забезпеченні безпеки гри, приховуванні грального бізнесу (у т. ч. шляхом імітації законної господарської діяльності), розповсюдженні реклами, підшукуванні учасників гри, визначенні правил гри, контролі за отриманням доходів та їхнім розподілом тощо. Проведення азартної гри – це безпосереднє її здійснення, що триває в часі з моменту внесення ставки до отримання виграшу або оголошення інформації про програш (включаючи цей завершальний момент) і підпорядковується відповідним правилам.

Організація або проведення азартних ігор без ліцензії, що має кваліфікуватись за ст. 203-2 КК, має місце й у випадках здійснення вказаної господарської діяльності з використанням ліцензії, яка анульована або строк дії яких сплив, ліцензії, незаконно отриманої від іншого суб'єкта господарювання, а так само під час оскарження до суду рішення Уповноваженого органу про анулювання ліцензії, що набрало чинності.

Азартна гра – це будь-яка гра, умовою участі в якій є внесення гравцем ставки, що дає право на отримання виграшу (призу), імовірність отримання і розмір якого повністю або частково залежать від випадковості, а також знань і майстерності гравця. Не вважається азартною грою будь-

яка гра, в якій відсутня принаймні одна з таких ознак: 1) наявність ставки (це – грошові кошти або ігровий замітник гривні, що передаються гравцем організатору азартної гри, є умовою участі в азартній грі та виходячи з розміру якої відповідно до правил такої азартної гри визначається розмір виграшу (призу)); 2) можливість отримання або неотримання виграшу (призу); 3) імовірність виграшу (призу) та його розмір повністю або частково залежить від випадковості (пп. 1 ч. 1 ст. 1, ч. 3 ст. 2 Закону від 14 липня 2020 р.). Також цей Закон перераховує, які види діяльності не належать до азартних ігор (ч. 5 ст. 2), що так само слід враховувати при кримінально-правовій кваліфікації вчиненого за ст. 203-2 КК. З положень Закону від 14 липня 2020 р. випливає, що поняттям азартної гри не охоплюються ігри, умовою участі в яких є внесок не в грошовій, а в іншій формі (нерухоме майно, автомобіль, сексуальна послуга тощо).

В юридичній літературі виокремлюють такі ознаки азартних ігор: платність як необхідна умова створення ризику; повна або часткова залежність виграшу від випадку, а не від вміння, здібностей чи мистецтва гравця; наявність можливості отримати гроші, інше майно чи майнові права внаслідок виграшу; наявність ризику позбавитись ставки, внесеної за право участі у грі; досягнення угоди учасників гри між собою чи з її організатором [11, с. 11, 25–26, 83; 12, с. 12, 13]. Дореволюційний дослідник М. Неклюдов азартними називав ігри, виграш або програш в яких є справою випадку та які через це захоплюють людину так, що вона у разі програшу перестає звертати увагу на своє фінансове становище [13, с. 681]. Істотною ознакою азартної гри є також матеріальна зацікавленість учасників в її результаті [14, с. 34]. 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 таким чином, що гравець ніколи не отримає виграш і втрачатиме свої гроші через неналежне функціонування грального обладнання.

Особи, які організують і проводять незаконні азартні ігри, також можуть учиняти шахрайство. Показовим у зв'язку з цим є покладення на організатора азартних ігор обов'язку встановлювати та використовувати гральне обладнання, що виключає можливість несанкціонованого втручання в його діяльність або створення умов для заздальгідь визначеного результату азартної гри (пп. 10 ч. 1 ст. 15 Закону від 14 липня 2020 р.). Особливість згаданого шахрайства полягає в тому, що винний із самого початку знає про те, що: ставка у грі ніколи не буде отримана назад гравцем (тобто жодний випадок чи вміння не врятують гравця від втрати свого майна); через обман до гравця ніколи не перейде призовий фонд; буде створена така обстановка, щоб у потерпілого не виникали сумніви відносно того, що програш відбувся з його вини або через випадок. Наприклад, під відповідну цифру в рулетці підкладається магніт, і стрілка колеса зупиняється саме на цій цифрі, про що заздальгідь знає винуватий, бажаючи заволодіти ставкою гравця, або відбувається втручання в роботу автоматичного грального пристрою з тим, щоб звести нанівець вірогідність випадіння джек-поту [11, с. 154–155, 160]. Подібні кримінально протиправні дії, нагадуючи азартні ігри лише з зовнішнього боку, але не будучи такими по суті (тут відсутня притаманна азартним іграм вірогідність втрати грошей, а одержання або неодержання гравцем виграшу не залежить від випадковості), не можуть розцінюватись як організація або проведення азартних ігор без ліцензії, у зв'язку з чим потребують кваліфікації не за ст. 203-2, а за ст. 190 КК.

Згідно з чинною редакцією ст. 203-2 КК злочином з-поміж іншого визнається випуск чи проведення лотерей особою, яка не має статусу оператора лотерей, а не випуск чи проведення лотереї за відсутності відповідної ліцензії (як це передбачено щодо організації та проведення азартних ігор) – навіть при тому, що: 1) на випуск та проведення лотерей видається ліцензія; 2) позбавлення особи статусу оператора державних лотерей здійснюється шляхом анулювання ліцензії в порядку, передбаченому законодавством про ліцензування (ст. ст. 7, 8 Закону від 6 вересня 2012 р. із змінами «Про державні лотереї в Україні» (далі – Закон від 6 вересня 2012 р.)).

У висновку Головного юридичного управління Апарату ВРУ на законопроект, ухвалений як Закон від 14 липня 2020 р., робилось зауваження про те, що у поліпшеній ст. 203-2 КК має фігурувати особа, яка не має статусу оператора саме державних лотерей. Однак таке уточнення

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

видається зайвим через те, що на проведення на території України будь-яких інших лотерей, крім державних, встановлено заборону.

Описання кримінально протиправної поведінки як «випуску чи проведення лотерей особою, яка не має статусу оператора лотерей» вкупі з приписами регулятивного законодавства про державну монополію на організацію лотерей в Україні і про те, що операторами державних лотерей можуть бути юридичні особи, зареєстровані на території України, які відповідають вимогам Закону від 6 вересня 2012 р., дозволяє стверджувати, що проведення забороненої лотереї визнається злочином (ст. 203-2 КК) у той час, як організація або проведення забороненої азартної гри, як вже зазначалось, – адміністративним проступком (ст. 164-16 КУпАП).

Продовжуючи аналіз оновленої ст. 203-2 КК, відзначу неповну відповідність назви цієї статті змісту диспозиції її ч. 1.

Так, незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор не може бути зведена до організації або проведення таких ігор без належної ліцензії. Зробити такий висновок спонукає, зокрема, ч. 6 ст. 2 Закону від 14 липня 2020 р., згідно з якою в Україні забороняється: 1) проводити азартні ігри та розміщувати гральні заклади на тимчасово окупованій території України; 2) організовувати та проводити азартні ігри особам, які не отримали в установленому законом порядку ліцензії на провадження відповідного виду господарської діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор; 3) організовувати та проводити азартні ігри, що не відповідають вимогам цього Закону, а також поза межами гральних закладів (крім азартних ігор, що проводяться в мережі Інтернет); 4) проводити азартні ігри без використання онлайн-системи організатора азартних ігор, що пов'язана каналами зв'язку із Державною системою онлайн-моніторингу, у випадках, коли використання такої системи є обов'язковим для організатора азартних ігор відповідно до цього Закону; 5) використовувати несертифіковане гральне обладнання для проведення азартних ігор, у випадках, коли Уповноваженим органом встановлена вимога щодо сертифікації такого обладнання.

Чинна редакція ст. 203-2 КК встановлює відповідальність за порушення лише другої із зазначених заборон (щодо отримання ліцензії на провадження відповідного виду господарської діяльності). Прогнозуючи свого часу викладення ст. 203-2 КК у новій редакції, зумовлене поверненням грального бізнесу у коло дозволених видів господарської діяльності, що підлягатимуть ліцензуванню, я писав, що ця кримінально-правова норма повинна передбачати відповідальність за здійснення господарської діяльності з організації та (або) проведення азартних ігор не лише без належної ліцензії, а й з порушенням ліцензійних умов [15, с. 565]. Має рацію О. Гладун, який пише, що не тільки законодавча заборона, а й належний державний контроль грального бізнесу, що передбачає визначення спеціальних обмежень та вимог до суб'єктів, які організовують і проводять азартні ігри, може слугувати надійним бар'єром для зростання існуючої загрози моральності, індивідуальному та громадському здоров'ю [16, с. 83–84].

З огляду на сказане, ми з Р. Мовчаном вже задавались питанням, чи можна вважати виправданою вказівку в оновленій ст. 203-2 КК лише на здійснення відповідної діяльності без ліцензії і незгадування при цьому про порушення істотних умов ліцензування. Це може бути прийом ставки в особи, яка не може бути гравцем відповідно до закону, розміщення грального обладнання поза межами гральних закладів (спеціальних гральних зон), інші серйозні порушення вимог Закону від 14 липня 2020 р. Але ж зазначені і подібні діяння (на кшталт примушування відвідувачів до участі в азартних іграх): а) відносинам моральності, які є додатковим об'єктом розглядуваного злочину, можуть завдати навіть більшої шкоди, ніж прояви протиправної поведінки, заборонені чинною редакцією ст. 203-2 КК; б) криміналізовані у багатьох інших країнах, моделі кримінально-правової протидії незаконній діяльності у сфері азартних ігор яких можна вважати подібними до запровадженої наразі в Україні [1, с. 126–127].

Так, Карний казначейський кодекс Республіки Польща передбачає покарання, зокрема, для того, хто: всупереч положенням закону або умовам концесії чи ліцензії влаштує або здійснює азартну гру, гру на автоматі або взаємний заклад (в останньому випадку йдеться про тоталізатор і букмекерство) (ст. 107); всупереч положенням закону або ліцензії організовує або проводить речову лотерею, речову гру бінго, рекламну лотерею або аудіотекстову лотерею (ст. 108); надає

можливість особі, якій не виповнилось 18 років, брати участь в азартній грі, за винятком рекламної чи речової лотереї, а також у грі на автоматі або у взаємному закладі [17, с. 113, 115, 116].

Принагідно зауважу, що незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, поєднана із втягненням неповнолітнього у заняття азартними іграми, потребує кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ст. 203-2 і ст. 304 КК. Пропозиція ж вилучити зі ст. 304 КК вказівку на втягнення неповнолітніх у заняття азартними іграми і водночас утворити за рахунок цієї обставини кваліфікований склад злочину, передбаченого ст. 203-2 КК [18, с. 196–197, 251], попри її дискусійність з огляду на очевидну різницю в родових і безпосередніх об'єктах відповідних посягань, може слугувати зайвим аргументом на користь обстоюваного автором цих рядків положення про те, що вдосконалена ст. 203-2 КК (звісно, за умови збереження цієї казуїстичної заборони) має передбачати відповідальність і за «обтяжене» певною криміноутворювальною ознакою порушення умов ліцензування (краще – ліцензійних умов) діяльності з організації і проведення азартних ігор.

Продовжуючи думку про неповну відповідність назви чинної редакції ст. 203-2 КК змісту диспозиції її ч. 1, відзначу, що передбачене цією диспозицією проведення лотереї особою, яка не має відповідного статусу, так само не вичерпує незаконної діяльності з організації або проведення лотерей. Зокрема, ст. 156-4 КУпАП передбачає відповідальність за порушення правил прийняття ставок у лотерею, а Закон від 6 вересня 2012 р. з-поміж іншого забороняє: проведення лотерей, умови проведення яких суперечать цьому Закону; використання гральних автоматів як лотерейного обладнання та розміщення лотерейного обладнання в обладнанні, що своїм зовнішнім виглядом відповідає гральним автоматом; відтворення в будь-якій формі процесу прокручування барабанів, який зовнішньо імітує процес розіграшу на гральному автоматі; розміщувати пункти розповсюдження державних лотерей у певних місцях .

Цікаво, що спеціальний рецидив також позначений за допомогою позбавленого чіткості звороту – назви ст. 203-3 КК: у її ч. 2 говориться про дії, передбачені ч. 1 цієї статті, вчинені особою, раніше судимою за «незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор чи лотерей». Не думаю, однак, що така законодавча неохайність спроможна зіграти злий жарт при встановленні змісту вказаного спеціального рецидиву. З іншого боку, невикористання традиційного у подібних випадках формулювання «особою, судимою за злочин, передбачений цією статтею» дозволяє стверджувати про відсутність рецидиву, передбаченого ч. 2 ст. 203-2 КК, у випадку вчинення аналізованого злочину особою, яка має судимість за злочин, передбачений попередньою редакцією цієї статті КК. До того ж «зайняття гральним бізнесом», каране за такою редакцією, лише частково може визнаватись «діями, передбаченими частиною першою цієї статті» (ч. 2 чинної редакції ст. 203-2 КК).

Слід вказати і на різницю між власне проведенням лотереї, що фігурує у ч. 1 ст. 203-2 КК, й організацією такої діяльності. Вказана різниця береться до уваги законодавцем при визначенні меж кримінально протиправної поведінки, пов'язаної з азартними іграми, і водночас ігнорується при описанні «лотерейного криміналу». Висловлю припущення, що це ігнорування зумовлене закріпленням у регулятивному законодавстві широким розумінням поняття проведення лотереї. Відповідно до п. 15 ч. 1 ст. 1 Закону від 6 вересня 2012 р. проведення державних лотерей – це господарська діяльність оператора державних лотерей, яка включає випуск державної лотереї, прийняття ставок у державну лотерею, проведення розіграшів призового (виграшного) фонду державної лотереї, виплату призів та інші операції, що прямо або опосередковано забезпечують проведення державних лотерей. Проте за такої логіки не зовсім зрозуміло, для чого тоді у ч. 1 ст. 203-2 КК (поряд із проведенням лотереї неналежним суб'єктом) згадувати і про випуск лотереї.

Взагалі виокремлення другої форми об'єктивної сторони складу аналізованого злочину («випуск чи проведення лотерей особою, яка не має статусу оператора лотерей»), на перший погляд, сприймається критично. Адже зарубіжні фахівці з урахуванням накопиченого досвіду наголошують на фундаментальній різниці лотереї від високоризикового азарту і на тому, що законодавче регулювання лотерейної діяльності та грального бізнесу варто розмежовувати [19]. На рівні регулятивного законодавства у нас наразі загалом задовільно втілено саме цей підхід. Зокрема, пп. 4 ч. 5 ст. 2 Закону від 14 липня 2020 р. передбачає, що до азартних ігор не належать випуск

та проведення лотерей, а ч. 10 ст. 9 Закону від 6 вересня 2012 р. забороняє проведення державних лотерей, які мають ознаки азартних ігор у казино.

Зазначене, однак, навряд чи може слугувати аргументом на користь тези про недоцільність конструювання однієї кримінально-правової заборони, присвяченої порушенням порядку організації і проведення як азартних ігор, так і лотерей. Про те, що у плані кримінальної відповідальності правопорушення, пов'язані з лотереями, доцільно прирівняти до незаконних організації та проведення азартних ігор, писала Н. Петричко, яка вказувала на небезпеку спричинення шкоди господарській діяльності через незаконне проведення лотерей, їхній масовий характер, недодержання реєстраційних і ліцензійних умов, порушення правил їх здійснення тощо [11, с. 23–24, 36–37, 85, 89, 220]. На користь ідеї поєднання у межах однієї статті КК ознак як «грального», так і «лотерейного криміналу» вказує і розповсюджена в часи дії Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні» практика прикриття дозволеною лотерейною діяльністю забороненого грального бізнесу: під вивіскою лотерей таких відомих брендів, як «Спортліга», «Мегалот», «Золота підкова», «Лото-забава», «Парі матч», «Космолот» тощо, нерідко працювали зали ігрових автоматів, інтернет-казино і букмекерські контори [20; 21; 22, с. 39]. «Фактично у тих самих приміщеннях, де проводилися нелегальні азартні ігри почали відкриватися пункти розповсюдження державних лотерей, а розповсюджувачами, з якими оператори лотерей укладали договори, були ті самі особи, які раніше здійснювали організацію та проведення азартних ігор у цих приміщеннях. Нові лотереї, що почали проводити оператори, зовні нічим не відрізнялися від заборонених азартних ігор та для проведення нових лотерей використовувалися ті самі гральні автомати, що використовувалися для проведення заборонених азартних ігор... під виглядом державної монополії на проведення лотерей фактично встановлено монополію для проведення грального бізнесу трьома приватними операторами: ТОВ «М.С.Л.», ПрАТ «Патріот», ПП «УНЛ»...» [23, с. 74, 75].

За великим рахунком, поєднання у межах одного складу господарського злочину найбільш серйозних порушень законодавства про гральний і лотерейний бізнес є технічним питанням. Куди серйозніше значення має змістовний аспект. І в цьому сенсі, наприклад, проведення лотереї особою, яка не має відповідного статусу (злочин, караний за ст. 203-2 КК), навряд чи може вважатись більш суспільно небезпечним діянням, ніж здійснення банківської діяльності, банківських операцій або іншої діяльності з надання фінансових послуг без набуття статусу фінансової установи чи без спеціального дозволу (ліцензії) (адміністративний проступок, передбачений ст. 166-8 КУпАП).

Чимало питань постає і при з'ясуванні змісту третьої форми об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 203-2 КК, описаної як «організація чи функціонування закладів з метою надання доступу до азартних ігор, лотерей, які проводяться в мережі Інтернет».

Звісно, відповідне кримінально протиправне діяння людини не мало позначатись як «функціонування закладів ...» (прийнятні варіанти – забезпечення функціонування закладу, сприяння функціонуванню закладу, утримання закладу тощо).

Диспозиція ч. 1 ст. 203-2 КК у розглядуваній частині змістовно пов'язана, зокрема, з ч. 6 ст. 30 Закону від 14 липня 2020 р. Згідно з цією заборонною нормою, викладеною з редакційної точки зору не досить вдало, не допускається провадження організаторами азартних ігор казино в мережі Інтернет діяльності з надання телекомунікаційних послуг зв'язку та будь-якого обладнання для організації та надання обладнаних місць третім особам для доступу до мережі Інтернет (інтернет-клубів, інтернет-кафе тощо).

Щоправда, організація чи забезпечення функціонування (утримання) закладу з метою надання доступу до азартних ігор, які проводяться в мережі Інтернет, за певних умов може розглядатись як організація або проведення азартних ігор без ліцензії, тобто охоплюватись першою формою об'єктивної сторони. Річ у тім, що Закон від 14 липня 2020 р. (ст. ст. 2, 24, 25 та ін.) дозволяє організувати та проводити певні азартні ігри в мережі Інтернет. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 30 Закону від 14 липня 2020 р. організація та проведення азартних ігор казино в мережі Інтернет здійснюються організатором азартних ігор казино в мережі Інтернет на підставі відповідної ліцензії відповідно до вимог цього Закону та законодавства про азартні ігри з обов'язковим використанням онлайн-системи організатора азартних ігор.

Як зазначається в юридичній літературі, інтерактивні заклади, які, як і реальні заклади (тобто ті, що мають приміщення і персонал), надають інформаційно-комунікаційні послуги з доступу до участі в азартних іграх у мережі Інтернет у режимі реального часу (онлайн), можуть бути віртуальними, тобто фактично становити собою електронні програмні комплекси і розміщуватись на сайтах в Інтернеті (віртуальні казино, букмекерська контора тощо) [24, с. 87–88]. Поширеність (доступність) інформаційно-телекомунікаційних технологій дозволяє організаторам незаконних азартних ігор мати значну клієнтську базу і по суті надає їм необмежені можливості для її постійного розширення [25, с. 127]. Інтернет-казино надають переваги гравцям 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) [11, с. 25].

Таким чином, організація або забезпечення функціонування (утримання) закладу з метою надання доступу до азартних ігор, які проводяться в мережі Інтернет, за умови здійснення такої діяльності на підставі належної (відповідної) ліцензії є правомірною поведінкою, однак вказаний нюанс не береться до уваги чинною редакцією ст. 203-2 КК, яка не містить необхідної у цьому разі криміноутворювальної ознаки і здатна наштовхнути на хибну думку про те, що вказана поведінка беззастережно заборонена регулятивним законодавством.

Далі. Запровадження кримінальної відповідальності за організацію чи забезпечення функціонування закладу з метою надання доступу до лотерей, які проводяться в мережі Інтернет, видається логічним кроком з огляду на те, що ч. 4 ст. 4 Закону від 6 вересня 2012 р. (цією нормою останній був доповнений на підставі Закону від 14 липня 2020 р.) забороняє, зокрема, організацію та надання точок доступу третім особам в мережу Інтернет до вебсайтів, через які здійснюється організація та проведення лотерей (інтернет-клубів, інтернет-кафе тощо), крім вебсайтів операторів державних лотерей.

У цій частині при бажанні можна розгледіти узгодженість положень кримінального і регулятивного законодавства. Водночас у ч. 1 ст. 203-2 КК варто було уточнити, що метою злочинного діяння є надання доступу до *недержавних* лотерей. Бо забезпечення доступу до вебсайтів операторів державних лотерей (за умови забезпечення цього доступу належним оператором) може бути правомірною поведінкою. Закон від 6 вересня 2012 р. допускає розповсюдження державних лотерей, що проводяться (повністю або частково) через мережу Інтернет. Виходить, що і в цій частині законодавець відніс до кримінально протиправної поведінку, дозволену іншим (некримінальним) законодавством, тим самим порушивши принцип системно-правової несуперечливості криміналізації діяння.

Не зовсім зрозуміло і те, чому кримінальну відповідальність не запроваджено за порушення розміщеної так само у ч. 4 ст. 4 Закону від 6 вересня 2012 р. заборони на здійснення через мережу Інтернет діяльності з надання телекомунікаційних послуг, яка (треба так розуміти) не передбачає створення і функціонування певного закладу (навіть віртуального), але переслідує таку ж мету (доступ до вебсайтів, через які здійснюється організація та проведення недержавних лотерей). Така фрагментарність при окресленні меж кримінально протиправної поведінки не може не дивувати.

Висловлю припущення, що задум законодавця полягав у тому, щоб шляхом виокремлення аналізованої (третьої) форми об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 203-2 КК, уможливити кримінальну відповідальність працівників відповідних закладів, які самі азартні ігри не проводять, однак надають доступ до них в мережі Інтернет.

Тут доречно нагадати, що виконавцями злочину, передбаченого попередньою редакцією ст. 203-2 КК, визнавались також особи, які виконували розпорядження організаторів азартних ігор, – круп'є, касири, продавці, оператори, менеджери гральних залів, адміністратори, інші наймані працівники (це, наприклад, ті, хто виконує функції з технічного обслуговування гральних автоматів, надає інформаційно-комунікаційні послуги, обслуговує сервери віртуальних інтерактивних закладів, адмініструє відповідні сайти). Таке тлумачення КК ґрунтувалось на тому, що законодавчим визначенням поняття грального бізнесу охоплювалось у т. ч. діяльність з надання

можливості доступу до азартних ігор; доступ до азартних ігор можуть забезпечувати й ті, хто не організовує азартні ігри і не проводить їх [6, с. 649; 26, с. 176, 197]. Нагадаю, що згідно зі ст. 1 Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні» гральним бізнесом визнавалась 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. Інше (обмежувальне) тлумачення КК, обстоюване В. Тацієм, В. Киричком та О. Перепелицею, зводилось до того, що, оскільки надання можливості доступу до азартних ігор змістовно поєднано з їх організацією та проведенням і не є більш суспільно небезпечним, то суб'єктом зайняття гральним бізнесом і в такому виді також мали визнаватись лише організатори такого бізнесу [27, с. 268]. Однак цей підхід не був підтриманий судовою практикою.

Так, у постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 13 жовтня 2016 р. у справі № 5-205кс16 з приводу суб'єктного складу зайняття гральним бізнесом зазначалось, що у ст. 203-2 КК передбачено відповідальність не лише за організацію грального бізнесу та його проведення, а й за надання можливості доступу до азартних ігор. Це – будь-які дії, спрямовані на надання фізичної можливості взяти участь в азартних іграх, обмін грошових одиниць на гральні жетони, забезпечення виплати вигравів учасникам таких ігор тощо. Якщо особа, не будучи організатором забороненого грального бізнесу, усвідомлено та, маючи на меті отримання прибутку, бере участь у забезпеченні (хоча б частковому) діяльності цього бізнесу, виконуючи функції адміністратора, оператора, менеджера, круп'є, касира тощо, то дії такої особи містять склад злочину, передбаченого ст. 203-2 КК. Зокрема, діяльність операторів грального закладу щодо забезпечення доступу осіб до його приміщення, розміну гравцям грошей, надання допомоги у прийнятті ставок, а також видачі грошових вигравів переможцям азартних ігор слід було розцінювати як пов'язану з наданням можливості доступу до азартних ігор, а тому особи, які здійснюють таку діяльність, визнавались виконавцями злочину «зайняття гральним бізнесом» (як і особи, які здійснювали керування діями таких операторів). Раніше викладена правова позиція знаходила відбиття в Аналізі судової практики розгляду кримінальних справ (проваджень) щодо зайняття гральним бізнесом за 2013–2014 рр., затвердженому судовою палатою у кримінальних справах ВССУ (протокол № 21 від 18 листопада 2015 р.).

ККС ВС підтвердив правильність інкримінування ст. 203-2 КК двом особам, які всупереч вимогам Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні» у приміщенні інтернет-центру у м. Черкасах брали участь як адміністратори цього закладу у проведенні та наданні можливості доступу до азартних ігор, забезпечуючи функціонування вказаного грального закладу, зокрема консультуючи гравців з приводу гри, допомагаючи їм зробити ставку і отримати вигреш через термінал самообслуговування [28].

Слід відзначити, що на практиці визнання працівників інтернет-закладів виконавцями злочину «зайняття гральним бізнесом» пов'язувалось із серйозними труднощами, зумовленими заявами цих осіб про те, що вони лише надають послугу до мережі Інтернет; як її використовує клієнт, вони не контролюють, а азартні ігри – лише один із ресурсів мережі Інтернет [24, с. 85]. Проте, як слушно зазначається в літературі, якщо суб'єкт господарювання свідомо надає доступ до конкретного сайту азартних ігор і бере участь в проведенні розрахунків з гравцями, то фактично така діяльність є проведенням азартних ігор. Субагентський договір, як і наявний дозвіл на надання послуг зв'язку, не змінює, а лише прикриває зміст здійснюваної (нелегальної) діяльності. Власник такого закладу не просто надає доступ в мережу Інтернет всім бажаючим, він свідомо бере участь в укладанні угод про вигреш між його відвідувачами і компанією-власником інтернет-казино [25, с. 130–131]. Пропозиція В. Висоцької запровадити (для більш ефективної протидії азартним іграм в Інтернеті) кримінальну відповідальність за сприяння в підготовці, забезпеченні організації та проведення азартних ігор, у т. ч. шляхом надання технічних засобів, приміщення, або у наданні можливості доступу до азартних ігор [26, с. 136, 196] зазнала справедливої критики з боку С. Багірова на тій підставі, що кримінальна відповідальність за таке сприяння уже передбачена в межах інституту співучасті у злочині як дії пособника (ч. 5 ст. 27, ст. 203-2 КК).

Видається, що викладений вище і підтримуваний судовою практикою підхід зберігає свою актуальність щодо третьої форми об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого оновленою

редакцією ст. 203-2 КК. Стосовно ж організації або проведення азартних ігор без належної (відповідної) ліцензії (перша форма об'єктивної сторони), то осіб, поведінку яких є підстави розцінити лише як надання можливості доступу до азартних ігор (не в мережі Інтернет), а не як організацію чи проведення таких ігор, наразі немає підстав визнавати виконавцями розглядуваного злочину. Вказані особи залежно від конкретних обставин за наявності підстав можуть визнаватись хіба що пособниками злочину, караного за ст. 203-2 КК, «прирівнюючись» у цьому сенсі до представників обслуговуючого персоналу (офіціанти, бармени, танцівниці, прибиральники, охоронці тощо). Сумніваюсь у вдалості такого законодавчого кроку, як і в тому, що він став результатом усвідомленого вибору парламентаріїв.

Гравець (визначення цього поняття закріплено в пп. 17 ч. 1 ст. 1 Закону від 14 липня 2020 р.) не визнається суб'єктом злочину, передбаченого ст. 203-2 КК (за умови, що гравець водночас не належить до числа тих, хто організує або проводить безліцензійну азартну гру). Участь в організованій без дозволу азартній грі на гроші, речі та інші цінності тягне адміністративну відповідальність (ст. 181 КУпАП). Дивно, що ця адміністративно-правова заборона не зазнала осучаснення під час ухвалення Закону від 14 липня 2020 р., на що, до речі, звертало увагу Головне юридичне управління Апарату ВРУ у своєму висновку на відповідний законопроект.

Злочин, передбачений ст. 203-2 КК, визнається закінченим незалежно від того, чи вдалося винній особі отримати дохід. Якщо ж фактично одержаний дохід у подальшому «відмивається», то вчинене потребує додаткової кваліфікації за ст. 209 КК (реальна сукупність злочинів).

В оновленій ст. 203-2 КК вказівки на дохід у великих розмірах (іншу подібну криміноутворювальну ознаку) немає. До слова Головне юридичне управління Апарату ВРУ вказувало на виникнення небажаної конкуренції між ст. 203-2 КК і ст. 164 КУпАП, яка передбачає відповідальність, зокрема, за провадження господарської діяльності без отримання ліцензії на провадження виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню відповідно до закону.

В існуючій до 2011 р. ст. 202 КК містилась подібна вказівка, і, не дивлячись на те, що змістовне наповнення доходу у великих розмірах стало справжнім каменем спотикання для теоретиків і практиків [5, с. 593, 594], ця ознака, будучи показником (характеристикою) масштабів злочинної поведінки, дозволяла зосереджувати зусилля правоохоронців на суспільно небезпечних формах нелегального бізнесу і не відволікати увагу на поведінку дрібних «вимушених підприємців». Відповідна обставина («дії ... пов'язані з отриманням доходу у великих розмірах») наразі виступає підставою для посилення адміністративної відповідальності за порушення порядку провадження господарської діяльності (ч. 2 ст. 164 КУпАП). Як наслідок, ми отримали нелогічну ситуацію, за якої незаконна організація або проведення азартних ігор чи лотерей може тягнути кримінальну відповідальність незалежно від масштабів такої поведінки, а здійснення без ліцензії інших видів діяльності, про які йдеться у ч. 1 ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності», навіть якщо це пов'язане з отриманням доходу у великих розмірах, – лише адміністративну відповідальність (ч. 1 або за ч. 2 ст. 164 КУпАП) [1, с. 126].

Відсутність у попередній редакції ст. 203-2 КК вказівки на дохід у великих розмірах (іншу подібну криміноутворювальну ознаку) критикувалась в юридичній літературі на тій підставі, що законодавець встановлював однакове покарання, наприклад, для організатора грального закладу (казино), який отримував мільйонні прибутки, і власника лише одного грального автомату. Стверджувалось, що з погляду 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 [29, с. 771].

Частково ця критика взята до уваги законодавцем, який до кваліфікуючих ознак аналізованого злочину відніс, зокрема, вчинення його за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 203-2 КК). Щоправда, доречність такого кроку потребує окремого дослідження з огляду на розроблені теорією кримінального права вимоги до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності. Двома із трьох основних цих вимог виступають такі взаємопов'язані обставини, як, з одного боку, фактична або вірогідна поширеність на практиці відповідного більш небезпечного варіанту злочинної поведінки, а, з іншого, – нехарактерність цього більш небезпечного варіанту поведінки [30, с. 19–21]. В останньому випадку йдеться про те, що ознака,

якій надається властивість кваліфікуючої, не повинна бути нормою для більшості злочинів. Уявити ж собі одноосібну незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей доволі проблематично. «У сучасних реаліях одноосібне зайняттям гральним бізнесом малоїмовірне» [16, с. 83].

Щодо доходу у великих розмірах (іншої подібної криміноутворювальної ознаки), якою *de lege ferenda* бажано доповнити ст. 203-2 КК, – то і це є (має стати) темою окремої розмови. Показово у світлі сказаного є непослідовність, продемонстрована Н. Лопашенко при аналізі попередньої редакції ст. 171.2 КК РФ: з одного боку, стверджувалось, що дохід від грального бізнесу дуже погано контролюється через специфіку його предмета – азартної гри; з іншого, ідея відмови від доходу у великому розмірі як ознаки складу злочину «незаконні організація і проведення азартних ігор» критикувалася вченою на тій підставі, що труднощі практичного встановлення цієї криміноутворювальної ознаки не можуть виправдати розширення меж криміналізації [31, с. 67, 80–81]. У чинній редакції кримінально-правової заборони, присвяченої незаконним організації та проведенню азартних ігор, дохід у великому розмірі відіграє роль не криміноутворювальної, а кваліфікуючої ознаки, і частиною російських науковців такий законодавчий крок оцінюється схвально [32, с. 149].

Звісно, відсутність у чинній редакції ст. 203-2 КК згадування про дохід чи суспільно небезпечні наслідки узгоджується з таким принципом криміналізації, як можливість здійснення процесуального переслідування, проте існують й інші, не менш поважні принципи криміналізації.

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про існування низки міжгалузевих колізій у правовому регулюванні суспільних відносин, пов'язаних з організацією і проведенням азартних ігор і лотерей, неповну узгодженість кримінально- та адміністративно-правових заборон, присвячених деліктам у вказаних сферах господарської діяльності, а також про те, що послугоування спеціальними (казуїстичними) кримінально-правовими заборонами дозволяє лише фрагментарно реагувати на наявність економічних зловживань. Подолання виявлених колізій і суперечностей доцільно здійснювати в порядку реалізації комплексного і системного підходу до кримінально-правової охорони господарської та фінансової діяльності, у межах якого перевага має надаватись загальним кримінально-правовим заборонам на кшталт ст. 202 і ст. 203 КК, закріплених в його первинній редакції. Йдеться, однак, не про механічне відтворення таких заборон, а про розроблення їхніх сучасних аналогів, законодавчі формулювання яких повинні брати до уваги як здобутки кримінально-правової науки, так і напрацювання слідчо-прокурорської та судової практики.

1. Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Розвиток законодавства України про кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності: проблеми і тенденції. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2020. Вип. 4. С. 120–140.
2. Мовчан Є.О., Драчевський Є.Ю. Оновлення статті 203-2 Кримінального кодексу України як наслідок скасування грального бізнесу: аналіз на предмет відповідності принципу суспільної безпеки. Юридичний науковий електронний журнал. 2020. № 8. С. 386–390.
3. Дудоров О., Письменський Є. Комплексне реформування кримінального законодавства України. Перший вагомий крок зроблено. Юридичний вісник України. 20–26 листопада 2020 р., № 46.
4. Висновок антикорупційної експертизи проєкту Закону «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор». НАЗК. URL: <https://nazk.gov.ua/uk/documents/vysnovok-antykoryptsijnoyi-ekspertyzy-proyektu-zakonu-ukrayiny-pro-derzhavne-regulyvannya-diyalnosti-shhodo-organizatsiyi-ta-provedennya-azartnyh-igor> (дата звернення: 25.05.2021).
5. Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ: Ваіте, 2017. 872 с.
6. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. 1368 с.
7. Пеліхос Є. Ставка на азарт. Закон і Бізнес. 8–14 серпня 2020 р., № 32.
8. Топорецька З.М. Гральний бізнес як один з видів діяльності організованих злочинних угруповань. Вісник кримінального судочинства. 2017. № 1. С. 134–141.
9. Васильєва Д.О. Кримінологічне поняття грального бізнесу. Науковий вісник публічного та приватного права. 2017. Вип. 3. С. 156–160.

10. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 18 листопада 2020 р. у справі № 715/190/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93053756> (дата звернення: 25.05.2021).
11. Петричко Н.О. Незаконні азартні ігри: кримінально-правове та кримінологічне дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2010. 258 с.
12. Иванова О.А. Уголовная ответственность за незаконные организацию и проведение азартных игр: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Саратов, 2016. 35 с.
13. Неклюдов Н.А. Руководство к Особенной части русского уголовного права. Том второй. Преступления и проступки против собственности. Санкт-Петербург, 1878. 757 с.
14. Шмаров И., Стецовский А. Ответственность за участие в азартных играх и их организацию. Социалистическая законность. 1989. № 7. С. 34–35.
15. Кримінальне право України (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 1. Луганськ: вид-во «Елтон – 2», 2012. 780 с.
16. Гладун О. Суспільна небезпечність зайняття гральним бізнесом. Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. 2014. № 4. С. 81–85.
17. Карний казначейський кодекс Республіки Польща. Переклад / наук. ред. П.С. Берзін. Київ: Ваіте, 2015. 164 с.
18. Кузнецов В.В., Семчук Н.О., Чабанюк В.Д. Кримінально-правова охорона моральності неповнолітніх: порівняльно-правове дослідження: монографія. Київ: ФОП Кандиба Т.П., 2017. 276 с.
19. Систему контроля за игорным бизнесом нельзя построить за две недели – Филипп Флемминк. URL: https://protocol.ua/ru/sistemu_kontrolya_za_igornim_biznesom_nelzya_postrait_za_dve_nedeli_filipp_flemmink (дата звернення: 25.05.2021).
20. Моисеенко А. Национальная лудомания: почему Украину заполонили игорные заведения? URL: <https://www.erpravda.com.ua/rus/publications/2018/05/31/637058> (дата звернення: 25.05.2021).
21. Миколайчук Б. Однорукий бандит в законі: що відбувається у гральному бізнесі і чого очікувати у разі його легалізації. URL: https://lb.ua/pravo/2019/12/25/445789_odnorukiy_bandit_zakoni_shcho.html (дата звернення: 25.05.2021).
22. Рябчук С.В. Кримінологічна характеристика та запобігання гральному бізнесу: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2018. 225 с.
23. Звіт за результатами дослідження ринку випуску та проведення лотерей. Схвалено Антимонопольним комітетом України 22 лютого 2018 року, протокол № 13. 119 с. URL: https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/Docs/doslidzhennya_rynkiv/Zvit%20лотереї.pdf (дата звернення: 25.05.2021).
24. Канібер Ю.М. Об'єктивні ознаки злочину, передбаченого статтею 203-2 КК України «Зайняття гральним бізнесом». Вісник Кримінологічної асоціації України. 2012. № 2. С. 81–90.
25. Науменко О.В. О некоторых аспектах реализации уголовно-правовой нормы об ответственности за организацию и проведение азартных игр в сети Интернет. Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2015. № 1. С. 127–131.
26. Висоцька В.В. Зайняття гральним бізнесом: кримінально-правовий аналіз складу злочину: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2016. 240 с.
27. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В. І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 5-те вид., допов. Харків: Право, 2013. Т. 2. 1040 с.
28. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 10 грудня 2019 р. у справі № 711/8582/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86333728> (дата звернення: 25.05.2021).
29. Медицинский И.Б. Некоторые размышления по поводу уголовного запрета игорного бизнеса в Украине. Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: материалы VI Российского конгресса уголовного права (26–27 мая 2011 г.). Москва: Проспект, 2011. С. 769–772.
30. Козаченко И.Я., Костарева Т.А., Кругликов Л.Л. Преступления с квалифицированными составами и их уголовно-правовая оценка: текст лекций. Екатеринбург: Изд-во Урал. юрид. акад., 1994. 59 с.
31. Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономической деятельности: теоретический и прикладной анализ: монография. В 2 ч. Ч. II. Москва: Юрлитинформ, 2015. 640 с.
32. Мосечкин И.Н. Уголовно-правовые меры противодействия незаконной игорной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2016. 190 с.

Стаття 205-1 Кримінального кодексу України як антирейдерська заборона: проблеми тлумачення, застосування і вдосконалення²⁷

Ст. 42 Конституції України гарантує кожному право на не заборонену законом підприємницьку діяльність, а ст. 6 Господарського кодексу України (далі – ГК) закріплює загальні принципи господарювання. Однак ці декларативні норми значною мірою нівелюються внаслідок поширених випадків протиправних захоплень суб'єктів господарювання, що чинить дестабілізуючий вплив на економічні відносини. Будучи складним явищем, рейдерство пов'язане з низкою реальних загроз економічній безпеці країни, серед яких традиційно виокремлюють погіршення інвестиційного клімату, зниження рівня податкових надходжень, зростання рівня корумпованості і безробіття, монополізацію окремих сегментів ринку, втрату конкурентоспроможності, зниження виробництва, руйнування трудових колективів, дискредитацію органів державної та місцевої влади, правоохоронних органів і судів, деформацію правової ідеології суспільства тощо. За результатами дослідження «Портрет українського підприємця», проведеного Спілкою українських підприємців у вересні 2020 р., 54% власників бізнесу однією з основних проблем підприємницької діяльності у сьогоденній Україні назвали незахищеність приватної власності і рейдерство [1].

Найвні законодавчі формулювання антирейдерських заборон, закріплених у Кримінальному кодексі України (далі – КК), відзначаються казуїстичністю і громіздкістю, перевантажені бланкетними ознаками, нерідко позбавлені правової визначеності, а практика їхнього застосування є вкрай нерівномірною і заплутаною. Сучасний стан кримінально-правової протидії рейдерству характеризується відсутністю єдиної концепції, фрагментарною криміналізацією його окремих проявів, недотриманням вимог як сучасної кримінально-правової політики України, так і усталених стандартів нормотворчості. З урахуванням цього необхідним є виважене вдосконалення КК шляхом не механічного посилення кримінальної відповідальності за певні протиправні діяння, а продуманої (включаючи врахування ознаки бланкетності диспозицій відповідних кримінально-правових заборон) деталізації меж кримінально протиправної поведінки.

Сказане повною мірою ст. 205-1 КК «Підроблення документів, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи та фізичних осіб – підприємців», яка активно затребувана правозастосувачами. Так, лише протягом 10 місяців 2020 р. за цією статтю КК відкрито 563 кримінальні провадження (порівняно з 478 такими провадженнями за весь 2019 р.) [2], а засуджено за минулий рік 88 осіб (у 2018 р. – 141 особу, а в 2019 р. – 81 особу).

Та обставина, що ст. 205-1 КК має антирейдерську спрямованість (попри те, що остання не знаходить безпосереднього відображення в тексті цієї кримінально-правової заборони), підтверджується не лише історією її появи, а й переконаністю фахівців (причому некриміналістів) у тому, що рейдерство безпосередньо пов'язане із системою функціонування частини державних реєстрів. Так, однією з найбільш розповсюджених рейдерських схем визнається заволодіння майном шляхом внесення змін до державних реєстрів на підставі поданих державному реєстратору підроблених рішень органів управління юридичної особи, договорів про відчуження, рішень суду тощо. У межах цієї схеми рейдери подають реєстратору протокол зборів учасників господарського товариства (інші документи, відповідно до яких права переходять до третьої особи), а реєстратор, своєю чергою, здійснює відповідну реєстраційну дію та передає корпоративні права такій особі [3, с. 18]. Конкретні кейси із практики діяльності Ради бізнес-омбудсмена України підтверджують слушність цієї думки.

У Пояснювальній записці до проєкту Закону України (далі – ЗУ) «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб підприємців та громадських формувань» (щодо надання правових інструментів для боротьби з рейдерством та зміни порядку доступу до відомостей, які містяться в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань)» (реєстр. № 3179 від 5 березня 2020 р.) із вводу реєстраційної складової рейдерства зазначається, що маніпуляції в Єдиному державному

²⁷ Стаття написана у співавторстві з Д.В. Каменським і С.С. Титаренком та опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2021. Вип. 1. С. 116–135.

реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань (далі – ЄДР) є одним із різновидів корпоративного рейдерства. За різними оцінками, протягом останніх шести років сталось понад три тисячі рейдерських захоплень. Зазвичай це зміна власника шляхом використання підроблених документів або безпідставне скасування реєстраційних записів в ЄДР.

Питання кримінально-правової характеристики підроблення документів, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи та фізичних осіб – підприємців, висвітлюються у поодиноких (до того ж поверхневих) публікаціях [4; 5], а також у навчальній літературі [6, с. 251–252]. Автори цих рядків вже звертались до обраної проблематики [7, с. 667–671; 8, с. 93–183], необхідність чергового аналізу якої зумовлена: а) суперечливістю тлумачення окремих ознак складу злочину, передбаченого ст. 205-1 КК, у судовій практиці та необхідністю осмислення її тенденцій за відсутності кримінально-правової заборони, присвяченої фіктивному підприємництву (ст. 205 виключено з КК на підставі ЗУ від 18 вересня 2019 р. «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо зменшення тиску на бізнес»); б) оновленням регулятивного (реєстраційного) законодавства, до положень якого відсилає бланкетна диспозиція ст. 205-1 КК; в) потребою визначення перспективи цієї кримінально-правової заборони за умов триваючої роботи над проектом нового КК.

Зазначені чинники й обумовили написання цієї статті, метою якої є з'ясування проблемних питань тлумачення і застосування ст. 205-1 КК і висунення на цій підставі аргументованих пропозицій щодо її вдосконалення.

Передусім відзначимо окремі, пов'язані із недотриманням вимог законодавчої техніки неточності, допущені під час конструювання досліджуваної кримінально-правової заборони: 1) у назві ст. 205-1 КК термін «юридична особа» використано в однині, а термін «фізична особа – підприємець» – у множині; вони розділені недоречним у цьому разі сполучником «та». Натомість у диспозиції ч. 1 вказаної статті КК обидва терміни вживаються в однині, а між ними слушно використано сполучник «або»; 2) критично слід оцінити те, що у назві ст. 205-1 КК використано словосполучення «підроблення документів» тоді, як у диспозиції її ч. 1 вказано на «внесення в документи ... завідомо неправдивих відомостей». Адже поняття підроблення документа, охоплюючи внесення до нього неправдивих відомостей, є ширшим за друге.

Предметом злочину, передбаченого ст. 205-1 КК, виступають документи, які відповідно до закону подаються для державної реєстрації юридичної особи або фізичної особи – підприємця (далі – реєстраційні документи). *De lege lata* це можуть бути документи, які подаються для державної реєстрації будь-яких юридичних осіб незалежно від їхньої організаційно-правової форми, форми власності та підпорядкування, зокрема тих, які не є суб'єктами господарської діяльності. Це не є логічним з урахуванням розташування аналізованої кримінально-правової заборони в «економічному» розділі Особливої частини КК. До речі, у висновку на проект ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії протиправному поглинанню та захопленню підприємств» (реєстр. № 6434 від 27 травня 2010 р.) парламентські експерти слушно зауважили, що сам факт розміщення тієї чи іншої статті у розділі VII Особливої частини КК зумовлює вимогу про те, щоб діяння, про які у ній йдеться, стосувались саме господарської діяльності, а не якихось інших суспільних відносин. Водночас згадування у ст. 205-1 КК про документи, які подаються для державної реєстрації фізичної особи – підприємця (далі – ФОП), на нашу думку, заслуговує схвальної оцінки з огляду на значні повноваження ФОПів, які є повноцінними суб'єктами господарювання і платниками податкових внесків, через що ця організаційно-правовою форма приватного підприємництва може використовуватись у кримінально протиправних цілях.

Вичерпні переліки документів, які подаються для державної реєстрації юридичної особи та ФОПу, встановлені ЗУ від 15 травня 2003 р. «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» (далі – Закон про реєстрацію бізнесу). Зіставлення видів документів, про які йдеться у ст. 205-1 КК, із поняттям «офіційний документ» дозволяє зробити висновок про те, що не всі реєстраційні документи можуть визнаватись офіційними. Зокрема, деякі з них, як видається, не відповідають критеріям офіційного документа, закріпленим у кримінальному законі (примітка ст. 358 КК).

В обґрунтування своєї позиції змодельюємо таку ситуацію. Якщо ТОВ створюється, наприклад, трьома громадянами України, то одним з обов'язкових документів для його реєстрації повинен

бути установчий документ юридичної особи. Це може бути статут, засновницький договір тощо. Виходячи з примітки ст. 358 КК, статут є документом, що містить на паперовому носії інформацію, яка посвідчує певні факти, здатні спричинити наслідки правового характеру. Водночас статут, який підписується трьома засновниками – громадянами України, не може визнаватись документом, який складається чи посвідчується повноважними (компетентними) особами органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми. У змодельованій ситуації юридична особа ще не створена, у зв'язку з чим вона а рїогї не може мати повноважних осіб. Щодо альтернативного варіанту визнання документа офіційним через його складання чи посвідчення окремими громадянами, у т. ч. самозайнятими особами, то примітка ст. 358 КК вимагає, щоб закон надавав їм право складати чи посвідчувати певні види документів у зв'язку з їхньою *професійною чи службовою* діяльністю. Як бачимо, і такий варіант охоплення поняттям офіційного документа статуту ТОВ неможливий, бо громадяни-засновники не мають професійного чи службового зв'язку зі складеним ними статутом.

Звернемось до матеріалів судової практики.

За ч. 1 ст. 205-1 КК засуджено Особу-1, який, складаючи рішення засновника (учасника) про створення ТОВ «Пальміра Трейд Груп», вніс у нього завідомо неправдиві відомості щодо місцезнаходження (юридичної адреси) цього ТОВ. Згодом вказане рішення разом з іншими документами, необхідними для проведення реєстраційної дії «Державна реєстрація новоутвореної шляхом заснування юридичної особи «Товариство з обмеженою відповідальністю «Пальміра Трейд Груп», особою, яка представляла інтереси Особи-1, було подане управлінню державної реєстрації юридичного департаменту Одеської міської ради. На підставі поданих документів державним реєстратором в ЄДР було зроблено запис про реєстрацію ТОВ «Пальміра Трейд Груп» за адресою, яка не відповідає дійсності [9].

Вивчення матеріалів судової практики застосування ст. 205-1 КК демонструє, що нерідко для проведення реєстрації господарських товариств здійснюється підроблення протоколів загальних зборів учасників таких товариств. Щодо цих документів також постає питання стосовно того, чи здатні вони спричинити наслідки правового характеру (як цього потребує примітка ст. 358 КК), а відтак стосовно їхньої належності до числа офіційних документів.

З урахуванням викладеного вважаємо, що не всі види документів, які утворюють предмет злочину, передбаченого ст. 205-1 КК, є підстави визнавати офіційними документами з погляду кваліфікації за ст. 358 і ст. 366 КК. Крім цього, затверджені Міністерством юстиції України (далі – МЮ) (наказ МЮ від 19 травня 2020 р. № 1726/5 «Про оновлення форм заяв у сфері державної реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань») форми відповідних заяв є не документами, а їхніми бланками, до яких заявниками вносяться певні відомості.

У Пояснювальній записці до законопроектів «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії протиправному поглинанню та захопленню підприємств» (реєстр. № 6434, від 12 жовтня 2011 р.), згодом ухваленого як ЗУ від 10 жовтня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правового регулювання діяльності юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» (далі – Закон від 10 жовтня 2013 р.), одне із завдань ст. 205-1 КК вбачалось у запровадженні кримінальної відповідальності за підроблення не лише реєстраційних документів, а й їхніх бланків. Проте чи варто вести мову про підроблення саме бланку документа, зокрема реєстраційного? Ніхто, мабуть, не сумнівається в тому, що дії особи, яка, скориставшись бланком документа, заповнює його відповідним (перекрученим) текстом, мають розцінюватись як підроблення документа. Відтак окрему вказівку на підроблення бланку документа у вдосконаленій редакції ст. 205-1 КК вважаємо недоречною.

У ч. 1 чинної редакції ст. 205-1 КК йдеться про внесення завідомо неправдивих відомостей лише в реєстраційні документи, а не їхні бланки, що зайвий раз змушує вказувати на неповну узгодженість назви аналізованої кримінально-правової заборони (охоплює підроблення офіційного документа шляхом заповнення його бланку) і змісту цієї заборони (передбачає, повторимо, караність внесення завідомо неправдивих відомостей лише в реєстраційні документи, а не їхні бланки). Водночас слід мати на увазі таке. Після того, як бланк, наприклад, заяви щодо дер-

жавної реєстрації юридичної особи або заяви щодо державної реєстрації ФОПу заповнений і підписаний заявником, цей бланк набуває статусу документа, і якщо останній містить завідомо неправдиві відомості, то його подання для державної реєстрації утворює склад злочину, передбаченого ст. 205-1 КК.

Тому у нас не викликає заперечень кваліфікація за ч. 1 ст. 205-1 КК дій Особи-1, яка, будучи ФОПом й отримавши від Особи-2 копію паспорту та ідентифікаційного коду платника для працевлаштування її на роботу продавцем-реалізатором, вирішила зареєструвати Особу-2 (без відома останньої) як ФОПа. Для цього Особа-1, як зазначається у вироку, роздрукувала: опис документів, що надаються фізичною особою державному реєстратору для проведення реєстраційної дії «Державна реєстрація фізичної особи-підприємця» і власноручно поставила у ньому підпис у графі «Заявник» від імені Особи-2; заяву про державну реєстрацію фізичної особи підприємцем та підписала її від імені Особи-2. Надалі вказані документи Особа-1 подала приватному нотаріусу з метою державної реєстрації Особи-2 як ФОПу, що призвело до внесення відповідних даних до ЄДР [10]. Погоджуючись з тим, що Особа-1 вчинила умисне подання для державної реєстрації ФОПу документів, які містять завідомо неправдиві відомості, водночас зауважимо, що заповнення згаданої заяви-бланку навряд чи може розцінюватись як внесення в реєстраційний документ завідомо неправдивих відомостей, як цього вимагає чинна редакція ст. 205-1 КК.

Отже, не всі реєстраційні документи є офіційними документами у кримінально-правому значенні цього поняття, а кримінально протиправним визнається і внесення завідомо неправдивих відомостей у бланки реєстраційних документів (це – підроблення останніх). Зазначене, по-перше, вказує на те, що співвідношення ст. 358 і ст. 205-1 КК не повністю «вписується» у поняття конкуренції загальної і спеціальної кримінально-правових норм і, по-друге, свідчить на користь збереження ст. 205-1 КК як окремої кримінально-правової заборони з відповідним анти-рейдерським потенціалом. Ще одним аргументом на користь її подальшого самостійного існування може слугувати право держави (у частині співвідношення ст. 358 і ст. 205-1 КК, охоплюваного поняттям конкуренції загальної і спеціальної кримінально-правових норм) диференціювати кримінальну відповідальність за різні прояви фальсифікації документів.

Щоправда, наш законодавець доволі легко, не обтяжуючи себе пошуком потрібної аргументації, змінює статус того чи іншого кримінального правопорушення (далі – к. пр.). Так, підроблення документів, які подаються для державної реєстрації юридичної особи та ФОПу, віднесене згідно із ЗУ від 22 листопада 2018 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» до числа кримінальних проступків, повернуло собі статус злочину на підставі ЗУ від 6 грудня 2019 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення». І це при тому, що підроблення документів, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи та ФОПу, немає підстав визнавати предикатним діянням із погляду інкримінування ст. 209 КК. Принаймні у звіті судів про стан розгляду справ про злочини щодо легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення за 2020 р. злочин, передбачений ст. 205-1 КК, цілком природно не фігурує у переліку предикатних к. пр., що передували відмиванню.

Якщо буквально тлумачити вжитий у ст. 205-1 КК зворот «внесення в документи ... завідомо неправдивих відомостей», то злочином має визнаватись саме включення відповідної інформації в реєстраційні документи. Тому саме по собі передавання однією особою своїх документів (їхніх копій) для подальшого відображення персональних даних у реєстраційних документах, здійснюваного іншою особою, не утворює складу розглядуваного злочину, однак за наявності підстав може розцінюватись як пособництво. Останнє тут вбачається в «усуненні перешкод» на шляху реєстрації суб'єкта господарювання, які неминуче виникнуть за невнесення персональних даних щодо пособника – підставної особи. Як така особа може виступати реально існуючий громадянин зі специфічним соціальним статусом (малозабезпечена, психічно хвора, той, хто перебуває у місці позбавлення волі, тощо) – такий висновок впливає з вивчення матеріалів судової практики, тренди якої сильно нагадують тенденції правозастосування в частині інкримінування ст. 205 «Фіктивне підприємництво» до моменту її виключення з КК.

З урахуванням, зокрема, того, що: а) поняттям створення суб'єкта підприємницької діяльності, караного за ст. 205 КК, охоплювалось подання установчих та інших необхідних документів державному реєстратору, б) доказами фіктивності суб'єкта підприємництва визнавались, серед іншого, реєстрація підприємства за підробленими документами, внесення в установчі документи неправдивих даних, залучення до протиправної діяльності у формі призначення на посаду керівника комерційної юридичної особи реально існуючого громадянина зі специфічним соціальним статусом, ст. 205-1 КК може вважатись своєрідним «правонаступником» ст. 205 КК. Цікаво і те, що господарсько-правове поняття «фіктивна діяльність суб'єкта господарювання» і кримінально-правове поняття «підроблення документів, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи та фізичних осіб – підприємців» частково перехрещуються. Це впливає із закріпленого у ст. 55-1 ГК переліку ознак фіктивності, що дають підстави для звернення до суду про припинення юридичної особи або припинення діяльності ФОПом.

Одна з відмінностей складу злочину, передбаченого ст. 205-1 КК, від складу злочину «фіктивне підприємництво» деякими авторами вбачається в тому, що реєстрація суб'єкта підприємницької діяльності на реальну особу, яка надала свої справжні документи для реєстрації або самостійно зареєструвала такий суб'єкт без наміру здійснювати в подальшому підприємницьку діяльність, не може кваліфікуватись за ст. 205-1 КК [11]. Практика застосування ст. 205-1 КК, однак, спростовуючи правильність цієї точки зору, складається таким чином, що передавання однією особою власних персональних даних для їх подальшого включення в реєстраційні документи іншими особами (зазвичай не встановленими органами досудового розслідування) кваліфікується (за наявності підстав) як виконання злочину, передбаченого ст. 205-1 КК.

Так, за ч. 2 ст. 205-1 КК кваліфікував суд дії Особи-1, який за грошову винагороду погодився на пропозицію невстановленої слідством Особи-2, стати засновником і директором ТОВ «Авто Лавр Україна». Спочатку Особа-1 надав Особі-2 копію свого паспорта громадянина України та копію реєстраційного номера облікової картки платника податків, а згодом, розуміючи, що виготовлені Особою-2 документи, необхідні для державної реєстрації внесення змін до відомостей про юридичну особу – ТОВ «Авто Лавр Україна», містять неправдиві відомості (зокрема, щодо формування статутного капіталу цієї юридичної особи та виконання Особою-1 функцій засновника та директора ТОВ), підписав акти приймання-передачі частки у статутному капіталі ТОВ «Авто Лавр Україна», визнавши себе засновником і директором зазначеної юридичної особи, і передав ці документи Особі-2. Остання подала реєстраційні документи, зокрема підписані Особою-1, приватному нотаріусу Запорізького міського нотаріального округу Запорізької області, на підставі чого було проведено державну реєстрацію змін до установчих документів ТОВ «Авто Лавр Україна» і внесено зміни до ЄДР [12]

Наведений із судової практики типовий приклад є вельми показовим у тому сенсі, що у переважній більшості випадків справжні «махінатори» і замовники персональних даних громадян, які розробляють пакети реєстраційних документів, вносять до них завідомо неправдиві відомості з метою реалізації своїх протиправних (таких що порушують господарські правовідносини) цілей, залишаються недосяжними для правосуддя. Матеріали щодо таких осіб зазвичай виділяються в окремі кримінальні провадження, що і констатується судами. За вказаних обставин немає підстав говорити, що чинна редакція ст. 205-1 КК відповідає тій меті, яка ставилась, коли цією заборонаю доповнювався кримінальний закон.

Більше того: через те, що інші особи злочинної схеми залишаються невстановленими, нерідко не відбувається кваліфікація дій за ч. 2 ст. 205-1 КК, яка закріплює відповідну кваліфікуючу ознаку (вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб), хоч насправді попередня змова тут має місце: одна особа (не встановлена органом досудового розслідування) вносить неправдиві відомості в реєстраційні документи, а особа, надалі засуджувана за ст. 205-1 КК, посвідчує документи своїм підписом, так само їх фальсифікуючи. При цьому «підписант» зазвичай навіть не подає неправдиві документи на реєстрацію – за нього це роблять невстановлені зловмисники.

Судова практика із позначеного питання кваліфікації є суперечливою. На наш погляд, інкримінування у розглядуваних ситуаціях такої кваліфікуючої ознаки, як вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб, є неправильним, бо у поведінці особи, не встановленої органом досудового розслідування особи, з тих чи інших причин може бути відсутній склад аналізованого

злочину (розуміємо, що це малоімовірно, тим не менш). Принципова інша ситуація має місце тоді, коли злочин, зокрема передбачений ст. 205-1 КК, вчинюється декількома особами, але всі належні співучасники, крім одного, звільняються від кримінальної відповідальності або не приносяться до неї за підставами, вказаними у законодавстві (наприклад, дипломатичний імунітет). У цьому разі злочин треба визнавати вчиненим у співучасті, а відтак кваліфікація за ч. 2 ст. 205-1 КК за ознакою «за попередньою змовою групою осіб» не виключається.

Отже, повторимо, стверджувати, що ст. 205-1 КК повноцінно працює, не доводиться – навіть при тому, що ця кримінально-правова заборона не належить (на відміну від багатьох інших норм розділу VII Особливої частини КК) до числа «мертвих» й активно застосовується на практиці (відповідні статистичні дані наводились нами на початку статті).

Як зазначають експерти Офісу протидії рейдерству МЮ, заволодіння корпоративними правами чи активами юридичної особи відбувається, як правило, шляхом внесення змін до ЄДР щодо двох позицій – зміни керівника юридичної особи або складу учасників/засновників [13]. На нашу думку, використане у диспозиції ч. 1 ст. 205-1 КК формулювання «проведення державної реєстрації» спонукає не до буквального, а поширювального тлумачення, через що цим поняттям потрібно охоплювати не лише випадки *створення* суб'єкта господарювання, як може видатись на перший погляд, а передбачені Законом про реєстрацію бізнесу випадки як «початкової» державної реєстрації, так й інших дій та подій, пов'язаних із функціонуванням суб'єктів господарювання. Саме таке тлумачення, яке вважаємо доречним і задля наголосу на анти-рейдерській спрямованості ст. 205-1 КК, панує й у судовій практиці.

Наприклад, за ч. 2 ст. 205-1 КК кваліфікував суд дії Особи-1, який, не маючи наміру здійснювати господарську діяльність, передбачену протоколом загальних зборів учасників ТОВ «Порабич», для виготовлення реєстраційних документів, що посвідчують придбання цього ТОВ, передав не встановленій органом досудового розслідування особі копії власних паспорту громадянина України і довідки про присвоєння ідентифікаційного коду, а згодом поставив свій підпис у графі «Покупець» у договорі купівлі-продажу часток у статутному капіталі ТОВ «Порабич». На підставі поданих невстановленою особою документів, які містили завідомо неправдиві відомості, державний реєстратор здійснив державну реєстрацію змін до відомостей, що містяться в ЄДР, щодо ТОВ «Порабич» [14].

Погоджуючись з інкримінуванням Особи-1 ст. 205-1 КК, водночас із причини, згаданої вище, відзначимо неправильність кваліфікації скоєного за ч. 2 цієї статті КК (за ознакою вчинення дій за попередньою змовою групою осіб). Вельми неоднозначно сприймається і включення в обсяг обвинувачення Особи-1 формулювання «без наміру здійснювати господарську діяльність, передбачену протоколом загальних зборів учасників вказаного товариства». Тут варто нагадати, що у ст. 148-4 КК 1960 р для характеристики суб'єктивної сторони фіктивного підприємництва використовувалось подібне формулювання – «без наміру здійснювати статутну діяльність». Недоречність такого формулювання у тексті КК підтверджувалась зверненням до регулятивного законодавства. В юридичній літературі з цього приводу зазначалось, що жоден нормативно-правовий акт України не покладає на засновника, наприклад, ТОВ обов'язок займатись господарською чи фінансовою діяльністю. Усі питання, що стосуються діяльності ТОВ, згідно зі ст. 62 ЗУ «Про господарські товариства» (втратив чинність у частині, що стосується ТОВ і ТДВ, на підставі ЗУ від 6 лютого 2018 р. «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю») входять до компетенції його виконавчого органу, яким є дирекція [15, с. 88]. У тому разі, коли загальні збори засновників ТОВ створюють виконавчий орган, який здійснює поточне керівництво його діяльністю, а загальні збори акціонерів створюють правління чи інший виконавчий орган, намір засновників цих юридичних осіб не займатись задекларованою господарською діяльністю є цілком правомірним і не може відігравати роль ознаки кримінально-правової характеристики того чи іншого к. пр.

Ми вже висловлювались за те, що залишити в межах поліпшеної ст. 205-1 КК відповідальність саме і тільки за подання фальсифікованих документів. У такий спосіб наявна варіативність описання форм кримінально протиправної поведінки поступиться місцем одній формі реалізації злочинного умислу, яка складатиметься з двох взаємопов'язаних дій, – внесення в реєстраційні документи (іхні бланки) неправдивої інформації, поєднаного з подальшим поданням підроблених

документів державному реєстратору [8, с. 222–223]. Перевага наведеної пропозиції вбачається, серед іншого, в тому, що за таких обставин «з-під удару» кримінального закону будуть виведені ті суб'єкти, які на сьогодні визнаються виконавцями злочину, передбаченого ст. 205-1 КК, – зазвичай малозабезпечені особи, які за символічну винагороду надають організаторам «реєстраційних» схем свої персональні дані та завіряють реєстраційні документи, які містять завідомо неправдиві відомості, своїми підписами. У випадку законодавчої реалізації ініційованого підходу такі особи (зрозуміло, за відсутності у вчиненому ознак співвиконавства) визнаватимуться хіба що пособниками, «поступившись місцем» тим особам, які складають, а згодом подають на реєстрацію документи, що містять завідомо неправдиві відомості.

До слова на етапі доопрацювання законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії протиправному поглинанню та захопленню підприємств» (реєстр. № 6434, від 12 жовтня 2011 р.), згодом ухваленого як Закон від 10 жовтня 2013 р., із подібною пропозицією виступав народний депутат України Ю. Кармазін. Він висловлювався за викладення диспозиції ч. 1 ст. 205-1 КК в такій редакції: «Подання до відповідного державного органу документів із завідомо неправдивими відомостями для проведення державної реєстрації юридичної особи, якщо це заподіяло значну матеріальну шкоду цій юридичній особі, її учасникам або засновникам чи іншій юридичній особі...».

Ми, проте, вважаємо неправильним конструювати подання завідомо підробленого документа для проведення державної реєстрації суб'єкта господарювання як злочин із матеріальним правом. Пригадується дискусія щодо недоцільності визнання заподіяння великої матеріальної шкоди певним особам кваліфікуючою ознакою фіктивного підприємництва. Фактично суспільно небезпечні наслідки у вигляді матеріальної шкоди державі, банку, кредитній установі, іншим юридичним особам або громадянам спричинялись не стільки створенням або придбанням суб'єкта підприємництва, скільки незаконними діями, заради приховування (утаювання) або здійснення яких і була створена (придбана) юридична особа. Звичайно, не виключались випадки, коли саме створення або придбання суб'єкта підприємництва здатне було заподіяти матеріальну шкоду, проте такі випадки не могли вважатись типовими з погляду кримінально-правової протидії фіктивному підприємництву [16, с. 321].

Чудово усвідомлюємо ту обставину, що навіть ініційовані нами зміни ст. 205-1 КК (конкретна пропозиція *de lege ferenda* буде наведена у висновках статті) не усунуть труднощі в частині кримінального переслідування справжніх «натхненників» реєстраційних схем. У цьому сенсі показовим є засудження за ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 205-1 КК суб'єкта, який за попередньою змовою із «невстановленою слідством особою» за грошову винагороду на виконання раніше розробленого злочинного плану неодноразово надавав цій особі свої анкетні дані і документи, що посвідчують його (суб'єкта) особу, підписував статутні та інші установчі документи з реєстрації господарських товариств, а також подавав державним реєстраторам ці документи для проведення реєстраційних дій «Державна реєстрація новоутвореної шляхом заснування юридичної особи» та «Внесення змін до відомостей про юридичну особу, що не пов'язані зі змінами в установчих документах». Усього засуджений фігурував за відповідними реєстраційними документами як засновник і директор 99 (!) суб'єктів господарської діяльності, що надало невстановленим слідством особам можливість здійснювати незаконну діяльність, використовуючи реквізити вказаних юридичних осіб. Суд вирішив, що суб'єкт своїми умисними діями повторно вчинив пособництво при внесенні в документи, які відповідно до закону подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи, завідомо неправдивих відомостей, а також пособництво в умисному поданні для такої реєстрації документів, які містять завідомо неправдиві відомості [17].

На нашу думку, засуджений суб'єкт як той, хто виконав об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ст. 205-1 КК (причому він вчинив як внесення в реєстраційні документи завідомо неправдивих відомостей, бо засвідчував справжність останніх своїм підписом, так і подання цих документів для проведення державної реєстрації), мав бути визнаний не пособником, а виконавцем досліджуваного злочину. Основною ж вадою кримінально-правового реагування на реєстраційні зловживання і в цьому разі стала недосяжність для правоохоронних органів «невстановлених слідством осіб» – справжніх бенефіціаріїв численних реєстраційних обороток.

З урахуванням термінології, вжитої у ст. 14, 17, 18 Закону про реєстрацію бізнесу, такі документи, як паспорт громадянина України або інший документ, що посвідчує особу, національний, дипломатичний чи службовий паспорт іноземця або інший документ, що посвідчує особу іноземця або особи без громадянства, документ, що підтверджує повноваження законного представника особи, або нотаріально посвідчена довіреність, навряд чи можуть визнаватись такими, що подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи або ФОПу, як цього вимагає чинна редакція ст. 205 КК. Тому якщо один із таких документів є підробленим, то пред'явлення (подання) його державному реєстратору потребує додаткової кваліфікації за ч. 4 ст. 358 КК. Судова практика, однак, цей теоретичний підхід не сприймає; типовим є, зокрема, віднесення до документів, що подаються для державної реєстрації юридичної особи, як предмета злочину, передбаченого ст. 205 КК, довіреності на представлення інтересів суб'єкта господарювання.

Оскільки об'єктивна сторона складу розглядуваного злочину обмежується внесенням завідомо неправдивих відомостей у документи, які подаються для проведення державної реєстрації певних суб'єктів, і поданням таких документів державному реєстратору, то за ст. 205-1 КК не може кваліфікуватись внесення завідомо неправдивих відомостей до самого ЄДР. Дії як державного реєстратора, так і відповідної службової особи (наприклад, Пенсійного фонду України, Державної служби фінансового моніторингу України), які безпосередньо склали чи видали завідомо підроблені офіційні документи, нами свого часу було запропоновано кваліфікувати залежно від суб'єкта за ст. 358 або ст. 366 КК [7, с. 670; 8, с. 155].

В юридичній літературі правильність кримінально-правової оцінки внесення завідомо неправдивих відомостей до ЄДР і Державного реєстру речових прав на нерухоме майно (далі – ДРРПН) як підроблення документів інколи заперечується на тій підставі, що державні реєстри не є офіційними документами. Через це запропоновано доповнити КК статтю 358-2, яка передбачатиме відповідальність за «умисне внесення в один з єдиних державних реєстрів, передбачених законодавством України, завідомо недостовірних відомостей, а також навмисне знищення або фальсифікацію документів, на підставі яких були внесені запис або зміна в зазначені єдині державні реєстри, якщо обов'язкове зберігання цих документів передбачено законодавством України...» [18, с. 57].

З урахуванням того, що ЄДР і ДРРПН є єдиними державними *інформаційними системами*, що забезпечують збирання, накопичення, обробку, захист, облік та надання певної інформації, теза про існування прогалини з кримінально-правовою оцінкою внесення неналежних змін до вказаних державних реєстрів і, відповідно, ідея наведеної законодавчої новели, на перший погляд, сприймаються схвально. Однак глибше занурення у матерію регулятивного законодавства показує, що в цьому разі ми маємо справу з черговим «ноу-хау», що за своєю суттю є пошуком законодавчих прогалин там, де їх немає. Адже для проведення реєстраційних дій державному реєстратору подається пакет документів, передбачений законодавством. Державний реєстратор сканує їх, заносить у відповідний реєстр і видає заявнику (або, як це має місце у розглядуваній нами ситуації, підробляє і залишає в себе) документ із назвою «Опис документів, що надаються державному реєстратору для проведення реєстраційної дії...» (далі вказується назва цієї дії). Результатом реєстраційних дій стає виготовлена спочатку в електронному вигляді виписка з ЄДР або витяг з ДРРПН. Тобто внесення завідомо неправдивих відомостей до ЄДР і ДРРПН (навіть якщо не вважати такі реєстри офіційними документами у кримінально-правовому значенні цього поняття) обов'язково передбачає підроблення офіційних документів, перерахованих вище, а тому обстоювана нами теза про звернення у розглядуваній ситуації, зокрема, до ст. 358 КК навряд чи може бути піддана сумніву. Взагалі ж очевидно, що професійна діяльність державного реєстратора не може не супроводжуватись документальним оформленням певних дій.

Скасовуючи вирок Шевченківського районного суду м. Львова та ухвалу Апеляційного суду Львівської області і призначаючи новий розгляд у суді першої інстанції, Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду (далі – ККС ВС) вирішив, що висновок місцевого суду про відсутність у діях Особи-1 складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 358 КК (у ред. 2009 р.), є передчасним. Особа-1 обвинувачувалась у тому, що, будучи приватним нотаріусом Львівського міського нотаріального округу, всупереч вимогам чинного законодавства внесла завідомо неправдиві відомості до офіційних документів і тим самим сприяла двом іншим особам у заволодінні часткою

статутного фонду ТОВ. Надалі ці інші особи затвердили статут ТОВ із незаконно привласненою собі часткою статутного фонду на загальну суму 12,819 %, належною потерпілому. Аргументуючи свою позицію щодо вчинення Особою-1 підроблення офіційного документа приватним нотаріусом, ККС ВС у своїй постанові зазначив, що під підробленням посвідчення або іншого офіційного документа з погляду інкримінування ч. 1 ст. 358 КК (одна з її попередніх редакцій) треба розуміти: 1) виготовлення фальшивого посвідчення або іншого офіційного документа, у т. ч. шляхом внесення до бланків посвідчень (документів) завідомо неправдивих відомостей; 2) внесення до справжнього посвідчення (документа) неправдивих відомостей, у т. ч. внесення змін до тексту посвідчення (документа), які викривляють зміст фактів, що мають юридичну силу і посвідчуються документом [19].

Тут варто привернути увагу до того, що наведений у ч. 1 ст. 358 КК перелік офіційних документів на підставі ЗУ від 6 жовтня 2016 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення державної реєстрації прав на нерухоме майно та захисту прав власності» (далі – Закон від 6 жовтня 2016 р.) конкретизовано за рахунок включення до цього переліку документів, які видаються чи посвідчуються, зокрема, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав або особою, яка уповноважена на виконання функцій держави щодо реєстрації юридичних осіб, ФОПів і громадських формувань.

Крім цього, ч. 2 ст. 358 КК, викладеної в редакції Закону від 6 жовтня 2016 р. передбачає відповідальність, серед іншого, за складання, видачу нотаріусом або державним реєстратором завідомо підроблених офіційних документів, а так само за підроблення такими суб'єктами офіційних документів з метою їх використання або збуту. Причому предметом к. пр., передбаченого ч. 2 ст. 358 КК, на відміну від к. пр., караного за ч. 1 цієї статті, є будь-які офіційні документи, а не лише ті з них, які надають права чи звільняють від обов'язків. До того ж офіційними можуть бути й електронні документи (ст. 5 ЗУ від 22 травня 2003 р. «Про електронні документи та електронний документообіг»).

У розвиток положення про відсутність прогалин у частині законодавчих підстав для кримінально-правового реагування на зловживання з ЄДР і ДРРПН привернемо увагу до одного нюансу, пов'язаного з визначенням суб'єктного складу злочину, передбаченого ст. 205-1 КК. Раніше ми висловили думку про те, що з урахуванням характеру дій, караних за цією статтею КК, виконавцем аналізованого злочину не може бути державний реєстратор, а його дії було запропоновано кваліфікувати за ч. 2 ст. 358 або ст. 366 КК [7, с. 670 – 671; 8, с. 155]. Наразі вимушені уточнити свою позицію.

По-перше, згадування в цьому контексті ст. 366 КК «Службове підроблення» навряд чи є доречним з огляду на кримінально-правовий статус державного реєстратора як особи, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. З огляду на ч. 3 ст. 18 і п. 1 примітки ст. 364 КК особа, яка надає публічні послуги, не повинна вважатись службовою особою для цілей інкримінування тієї чи іншої кримінально-правової заборони. Як слушно зазначається в юридичній літературі, оскільки законодавець виокремив осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, у самостійний вид суб'єктів злочинів, то кваліфікація підроблення офіційних документів особою, яка надає вказані послуги, не може здійснюватись за ст. 366 КК, оскільки суб'єктом злочину, передбаченого цією статтею, є службова особа [20, с. 97]

По-друге, суб'єктом внесення завідомо неправдивих відомостей в документи, які відповідно до закону подаються для державної реєстрації юридичної особи або ФОПу, *de lege lata* може виступити і державний реєстратор. Щоправда, такий сценарій розвитку подій з практичної точки зору видається малоімовірним. Адже, наприклад, якщо державний реєстратор вирішив самостійно «рейдернути» чужу фірму, то він має спочатку підробити низку реєстраційних документів (протокол загальних зборів із підписами учасників, засвідченими нотаріально, нова редакція статуту тощо). Крім цього, у такому разі державний реєстратор підроблятиме й опис реєстраційних документів, які нібито подавались йому, що уможливіє застосування вже згадуваної ч. 2 ст. 358 КК.

Слід мати на увазі і те, що кримінально-правова оцінка зловживанням державних реєстраторів з ЄДР і ДРРПН може даватись за допомогою ст. 362 КК «Несанкціоновані дії з інформацією, яка оброблюється в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих си-

стемах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї».

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 205-1 КК, у частині внесення завідомо неправдивих відомостей у документи, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи або ФОП, є загальним, а в частині подання для проведення державної реєстрації документів, які містять завідомо неправдиві відомості, – спеціальним. Подібної точки зору дотримуються В. Киричко і В. Тацій, які пишуть, що суб'єктом подання державному реєстратору документів, які містять завідомо неправдиві відомості, може бути лише особа, яка мала законні повноваження здійснювати таке подання [6, с. 252]. Такий висновок, на нашу думку, випливає з положень регулятивного законодавства, яке передбачає подання документів для державної реєстрації заявником (наприклад, це може бути засновник створюваної юридичної особи, голова комісії з припинення юридичної особи або фізична особа, яка має намір стати підприємцем, або уповноважена нею особа). Інакше кажучи, тут ми маємо справу з одним із випадків існування спеціальних суб'єктів злочину із нормативно невизначеними ознаками.

За чинною редакцією ст. 205-1 КК слід кваліфікувати і дії того, хто не вносив завідомо неправдиві відомості у відповідні документи, однак подав їх державному реєстратору, усвідомлюючи при цьому те, що реєстраційні документи містять неправдиві відомості. Останні можуть бути внесені як умисно, так і внаслідок помилки того, хто складав документи. «При кваліфікації цього крим. правопорушення у другій його формі слід виходити з того, що причина появи в зазначених документах неправдивих відомостей може бути різною: підроблення документа, помилка особи, яка його склала, тощо» [6, с. 251].

Однією з кваліфікуючих ознак підроблення документів, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи або ФОП, є вчинення цих дій службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 205-1 КК). У подібних випадках, як слушно зауважує В. Громко, треба брати до уваги використання законодавцем подібних, проте відмінних конструкцій – «зловживання службовим становищем» і «зловживання повноваженнями»: перша позначає протиправні діяння «публічних» службових осіб, поняття яких закріплено у примітці ст. 364 КК, а інша – діяння, зокрема, службових осіб юридичних осіб приватного права. Це унеможлиблює посилену кримінальну відповідальність службових осіб юридичних осіб приватного права, якщо у тій чи іншій нормі КК відповідальність пов'язується з використанням (зловживанням) службового становища [8, 177–180, 195] (як це і має місце у ч. 2 ст. 205-1 КК).

Крім того, характерне для цієї норми неврахування підвищеної суспільної небезпеки протиправної поведінки осіб, які надають публічні послуги і водночас не є службовими особами у кримінально-правовому розумінні цього поняття, наразі є очевидною (з огляду на специфічний статус державних реєстраторів та обсяг наданих їм повноважень) прогалиною у кримінально-правовому регулюванні відносин, які складаються з приводу протиправного захоплення суб'єктів господарювання. Відтак формулювання відповідної кваліфікуючої ознаки потребує уточнення. Свого часу один із нас запропонував, щоб у відповідних частинах ст. ст. 205-1, 206, 206-2 КК мова йшла також про ті самі дії, вчинені особою, яка надає публічні послуги, шляхом зловживання своїми повноваженнями [8, с. 188, 225].

Водночас ми усвідомлюємо ту обставину, що згадування у цих трьох анти-рейдерських статтях КК про дії, вчинені службовою особою з використанням службового становища, як і спроби удосконалити відповідне законодавче формулювання у межах цих статей КК, уособлює фрагментарність у вирішенні позначеної кримінально-правової проблеми. Маємо на увазі сформульовану М. Хавронюком ідею уніфікованого (наскрізного) посилення кримінальної відповідальності за злочини, вчинювані шляхом службових зловживань, яка (ідея) знайшла втілення у кваліфікаційній роботі В. Громка [21, с. 196–197], а також у проекті нового КК. В останньому до числа обставин, які підвищують ступінь тяжкості злочину на один ступінь, пропонується віднести «з використанням влади, службового становища, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей» (п. «ж» ч. 1 ст. 2.1.10).

З урахуванням викладеного вище вважаємо, що диспозиція ч. 1 удосконаленої ст. 205-1 КК могла б мати такий вигляд:

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

«1. Подання завідомо підробленого документа у зв'язку державною реєстрацією суб'єкта господарювання (його відокремленого підрозділу), – карається ...».

По-перше, не дивлячись на нашу переконаність у належності ст. 205-1 КК до числа анти-рейдерських заборон, ми виступаємо проти закріплення у вдосконаленій редакції цієї статті КК специфічної рейдерської мети (на кшталт протиправного встановлення контролю над суб'єктом господарювання чи незаконного захоплення управління в такому суб'єкті). Така наша позиція ґрунтується на врахуванні процесуальної здійсненності кримінального переслідування як одного з принципів криміналізації, а також на розумінні того, що ст. 205-1 КК (як виявилось, «правонаступник» ст. 205 КК) покликана забезпечувати протидію не лише рейдерству. Вивчення матеріалів судової практики зайвий раз у цьому переконало.

По-друге, перевага звороту «подання завідомо підробленого документа у зв'язку державною реєстрацією суб'єкта господарювання (його відокремленого підрозділу)» вбачається в: а) переорієнтації правозастосувачів на кримінальне переслідування «творців і натхненників» реєстраційних схем, а не підставних фігур – номінальних засновників і керівників суб'єктів господарювання; б) охопленні ст. 205-1 КК випадків подання не лише підроблених документів, які призначені для державної реєстрації суб'єктів господарювання (їхніх відокремлених підрозділів), а й інших підроблених документів, що опосередковують (забезпечують) відносини, які виникають у сфері державної реєстрації цих суб'єктів (документи, що подаються заявником для підтвердження відомостей про кінцевого бенефіціарного власника юридичної особи, документи, що підтверджують повноваження законного представника особи, тощо).

1. Як грамотно захиститися від рейдерства : найпоширеніші помилки бізнесу. URL : <https://www.epravda.com.ua/projects/antyreid/2020/12/22/669323>. (дата звернення: 5.03.2021).
2. Кінець епохи рейдерства, який не відбувся. URL : <https://www.epravda.com.ua/projects/antyreid/2020/12/3/666947>. (дата звернення: 5.03.2021).
3. Business Ombudsman Council. Системний звіт «Боротьба з рейдерством : сучасний стан та рекомендації» (липень 2017 р.). URL : <https://boi.org.ua/publications/systemicreports/1134-systemic-report-combatting-raidership-current-stat>. (дата звернення: 5.03.2021).
4. Нестеренко О. До проблеми визначення змісту об'єкта підроблення документів, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи та фізичних осіб – підприємців. Юридичний науковий електронний журнал. 2019. № 1. С. 157–160.
5. Нестеренко О. М. Умисна форма поведінки особи як обов'язкова ознака складу злочину ст. 205-1 КК України. Держава і злочинність. Нові виклики в епоху постмодерну; зб. тез доп. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті віце-президента Кримінологічної асоціації України, професора О. М. Литвака (м. Харків, 23 квіт. 2020 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Кримінол. асоц. України. Харків : ХНУВС, 2020. С. 135–137.
6. Кримінальне право України. Особлива частина : підручник / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. проф. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 6-те вид., перероб. і допов. Харків : Право, 2020. 768 с.
7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ : ВД «Дакор», 2018. 1368 с.
8. Титаренко С. С. Кримінальна відповідальність за протиправне захоплення суб'єктів господарювання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Запоріжжя, 2018. 267 с.
9. Вирок Київського районного суду м. Одеси від 17 червня 2020 р. у справі № 947/15028/20. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89863626>. (дата звернення: 5.03.2021).
10. Вирок Центрального районного суду м. Миколаєва від 30 червня 2020 р. у справі № 490/3738/20. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90103402>. (дата звернення: 5.03.2021).
11. Добровольський О. Як вплинула декриміналізація ст. 205 на розслідування ст. 212 КК України. URL : https://jurliga.ligazakon.net/experts/218/926_yak-vpivnula-dekrimnalzatsya-st205-na-rozsliduvannya-st212-kk-ukrani---oleg-dobrovolskiy. (дата звернення: 5.03.2021).
12. Вирок Кіровського районного суду м. Дніпропетровська від 11 листопада 2020 р. у справі № 203/3916/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92766418>. (дата звернення: 5.03.2021).
13. Прості лайфхаки від Мін'юсту, як уникнути рейдерства. URL: https://protocol.ua/ru/prosti_layfhaki_vid_min_yustu_yak_uniknuti_reyderstva. (дата звернення: 5.03.2021).
14. Вирок Печерського районного суду м. Києва від 6 березня 2020 р. у справі № № 757/44574/19-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88072984>. (дата звернення: 5.03.2021).
15. Шипка О., Шешеня О. Угоди завідомо суперечні інтересам держави і суспільства. Юридичний журнал. 2003. № 11. С. 87–90.

16. Дудоров О. О. Кримінальне право : теорія і практика (вибрані праці). Київ : Ваіте, 2017. 872 с.
17. Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 24 лютого 2020 р. у справі № 760/4393/20. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87821639>. (дата звернення: 5.03.2021).
18. Фомічов К. С., Заставська Л. П. Єдині державні реєстри України як предмет посягання при рейдерських захопленнях. Держава та регіони. Серія: Право. 2014. № 3. С. 54–58.
19. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 4 червня 2019 р. у справі № 466/711/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82308561>. (дата звернення: 5.03.2021).
20. Рябенко М. В. Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2016. 267 с.
21. Громко В.Я. Вчинення злочину службовою особою як обставина, що обтяжує відповідальність за кримінальним правом України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2015. 224 с.

Заборона щодо протиправного заволодіння майном підприємства, установи, організації як кримінально-правовий засіб протидії «рейдерству» (окремі дискусійні аспекти)²⁸

Будучи складним протиправним явищем (феноменом), «рейдерство» пов'язане з низкою реальних загроз економічній безпеці країни, серед яких традиційно виокремлюють погіршення інвестиційного клімату, зниження рівня податкових надходжень, зростання рівня корумпованості і безробіття, монополізацію окремих сегментів ринку, втрату конкурентоспроможності, зниження виробництва, дискредитацію органів державної та місцевої влади, правоохоронних органів і судів, деформацію правової ідеології суспільства тощо. У Пояснювальній записці до законопроекту, ухваленого як Закон України від 3 жовтня 2019 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту права власності» (а цей Закон фахівці, хоч і з деякими застереженнями, загалом оцінюють позитивно – як ефективний засіб захисту бізнесу від протиправних посягань на нього), слушно констатується, що протягом декількох останніх років набула особливої гостроти проблема незахищеності власників нерухомості та корпоративних прав від злочинних дій, унаслідок яких відповідне майно протиправно переходить під контроль інших осіб. Кількість і масштаб «рейдерських» захоплень зумовлюють серйозну соціальну напругу в суспільстві, змушують підприємців відволікати значні ресурси для захисту своїх інтересів. В таких умовах складно говорити про сприятливий інвестиційний клімат. Закономірно постає питання, яким має бути місце кримінального закону у системі правових заходів протидії «рейдерству» і, зокрема, чи не варто тут обмежитись іншими (некримінально-правовими) важелями впливу на кшталт наведення порядку в сфері здійснення реєстраційної діяльності, що, власне кажучи, і передбачає згаданий Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту права власності».

Кількість осіб, засуджених на підставі однієї з таких заборон – ст. 206-2 КК «Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації», у 2015 р. становила 1 особу, в 2016 р. – 0 осіб, у 2017 р. – 2 особи, в 2018 р. – 2 особи [1, с. 63], явно сигналізуючи про недосягнення основної мети, яку декларували автори відповідної законодавчої ініціативи (недопущення використання схем і методів протиправного поглинання та захоплення підприємств, що створює реальну загрозу національним і економічним інтересам України та вимагає формування ефективної системи протидії цим негативним проявам).

Зазвичай включення у КК ст. 206-2 називають або криміналізацією, або встановленням кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації. Зважаючи на те, що можливі прояви суспільно небезпечної поведінки, зазначені в ч. 1 ст. 206-2 КК, на момент доповнення КК цією статтею (2013 р.) охоплювались положеннями інших кримінально-правових норм (передусім статей 190, 191, 357 і 358 КК), юридично коректніше у розгляданій ситуації говорити про диференціацію кримінальної відповідальності. Адже внесення змін до статей Особливої частини КК і навіть поява нових кримінально-правових заборон не завжди означають криміналізацію у сенсі збільшення (розширення) обсягу поведінки, яка визнається злочинною і, відповідно, кримінально каранюю. Зокрема, це має місце тоді, коли законодавча новела (спеціальна норма) передбачає відповідальність за діяння, яке і раніше розцінювалось як злочин згідно з іншою (загальною) нормою. Щодо ст. 206-2 КК слід зробити застереження: в її межах відбувається дублювання ознак не однієї, а одразу декількох кримінально-правових норм.

За таких обставини не є дивною та обставина, що з питання про долю кримінально-правової заборони, присвяченої протиправному заволодінню майном підприємства, установи, організації, в юридичній літературі висловлюються діаметрально протилежні судження. Якщо С.С. Титаренко висунув пропозицію «позбутись» ст. 206-2 КК як норми, що, на його думку, через недоречну казуїстику (у вигляді штучного дублювання ознак шахрайства та використання підроблених до-

²⁸ Стаття написана у співавторстві з К.Б. Дудоровою та опублікована: Доступ до правосуддя в контексті реформи децентралізації в Україні: матер. Загальнонаціонального юридичного форуму (м. Сєверодонецьк, 13 грудня 2019 р.). Сєверодонецьк: Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка, 2020. С. 17–27.

кументів) є проявом «надмірної криміналізації», яка до того ж не відображає господарсько-правову специфіку певної протиправної поведінки [2, с. 23, 217], то Н.М. Грищенко обмежилась тим, що запропонувала перенести досліджувану заборону в майже незмінному вигляді до розділу VI Особливої частини КК «Злочини проти власності», змінивши, щоправда, її назву на «Рейдерство» [3, с. 22, 189].

До слова у відгуку Є.О. Письменського на кандидатську дисертацію Н.М. Грищенко критично оцінюється висловлювання цієї авторки про доцільність криміналізації діяння, передбаченого ст. 206-2 КК (оскільки такий крок мовляв дав можливість виокремити кримінально-правові відносини у сфері протиправного заволодіння майном підприємств, установ та визначити конкретний перелік «рейдерських» діянь, що запобігає їхній кваліфікації за іншими нормами КК) [3, с. 54, 59–60]. Адже наведеному твердженню не передувало формування системи аргументів щодо доцільності виокремлення самостійної нормативної підстави кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації; слід було чітко визначити, чи обґрунтованим є рішення про доповнення КК ст. 206-2.

Зважаючи на місце розташування цієї статті в системі Особливої частини КК, предметом передбаченого нею злочину в основному виступає майно суб'єктів господарювання; проте це може бути майно й інших юридичних осіб (причому не лише приватного права). Слід врахувати і те, що основу правового режиму майна суб'єктів господарювання, на якій базується їхня господарська діяльність, становлять право власності, право господарського відання та право оперативного управління (ст. 133 Господарського кодексу України). Водночас господарська діяльність може здійснюватися на основі інших речових прав (зокрема, право володіння, сервітут, емфітевзис, суперфіцій) або зобов'язальних прав (оренда, заклад, іпотека тощо). Невизнання предметом злочину, передбаченого ст. 206-2 КК, майна як об'єкта згаданих прав, вочевидь, означало б обмежувальне тлумачення КК.

Використане у ч. 1 ст. 206-2 застереження «у тому числі частками, акціями, паями їх засновників, учасників, акціонерів, членів» із погляду регулятивного законодавства, яке закріплює відокремленість майна юридичної особи, є некоректним, адже з цього застереження випливає, що частки власників (учасників) юридичної особи є її власністю. Насправді майном юридичної особи є не частки (у тому числі акції або паї) її власників (учасників), а те майно, яке вони передали у статутний фонд юридичної особи під час її утворення. Причому після цієї передачі відповідне майно стає власністю юридичної особи; особи ж, які брали участь у формуванні її статутного фонду, вважаються власниками не переданого ними майна, а майна всієї юридичної особи з урахуванням співвідношення, існуючого між внесками засновників на момент утворення юридичної особи. *De lege ferenda* слова «у тому числі» слід виключити з ч. 1 ст. 206-2 (зрозуміло, що така пропозиція не позбавлена сенсу лише за умови збереження цієї заборони в КК). *De lege lata* розглядуваний злочин варто визнавати посяганням як на правомірну діяльність суб'єктів господарювання у частині закріпленого правового режиму майна, так і на корпоративні права фізичних або юридичних осіб. З'ясований же дефект законодавчої техніки має долатись у порядку судової правотворчості, що відповідатиме конституційному положенню про керування суддею верховенством права під час здійснення правосуддя.

На нашу думку, заволодіння майном суб'єкта господарювання або корпоративними правами його учасника шляхом вчинення правочинів з використанням підроблених або викрадених документів, печаток чи штампів є одним із різновидів шахрайства, а отже, навряд чи характеризується значно підвищеною або зменшеною суспільною небезпекою порівняно з іншими проявами вказаного злочину. Щоправда, не всі науковці поділяють такий підхід. Так, І.М. Федулова, формулюючи положення наукової новизни своєї дисертації, стверджує, що нею спростовано оприлюднену в юридичній літературі позицію, згідно з якою ст. 206-2 КК є дублюючою (спеціальною) нормою щодо ст. 190 КК «Шахрайство». Аргументується таке спростування тим, що каране за ст. 206-2 КК протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації не передбачає притаманну шахрайству обов'язкову участь потерпілого (як сторони відповідного правочину) у добровільній передачі майна винному. Звідси, на думку згаданої авторки, випливає, що об'єктивні сторони складів злочинів, передбачених ст. 206-2 і ст. 190 КК, відрізняються за способом вчинення цих посягань. Специфічність обману у складі досліджуваного злочину вбача-

ється у використанні при вчиненні правочинів підроблених або викрадених документів, печаток, штампів підприємства, установи, організації [4, с. 23, 67, 98–99, 149–151, 180, 187]. При цьому визнається, що в оману може бути введено не лише сторону правочину (потерпілого), а й іншу особу, уповноважену на прийняття рішення, що призводить до юридичної зміни права власності на майно (зокрема, державного реєстратора) [4, с. 123, 143, 150].

Повністю погодитись із наведеними міркуваннями складно, не дивлячись на традиційне визнання особливості шахрайства (ст. 190 КК) тієї обставини, що власник (володілець) майна або особа, якій воно ввірене чи під охороною якої перебуває, уявлення про істину та воля якого сфальсифіковані обманом чи зловживанням довірою, бере безпосередню участь у передачі майна (права на нього). Усталені міркування про специфічну роль потерпілого в передачі винному майна (права на нього) при вчиненні шахрайства, як відомо, ґрунтуються на тому, що обману чи зловживання довірою поза спілкуванням між людьми бути не може. Проте до адресатів обману при вчиненні шахрайства належать не лише власники майна («прирівняні» до них особи), а й інші суб'єкти, уповноважені на вчинення юридично значущих дій стосовно чужого майна. Введення таких осіб в оману дає підстави вести мову про опосередковане вчинення шахрайства. Ст. 190 КК не вимагає, щоб особа, яка вводиться в оману при шахрайстві, і той, кому внаслідок вчинення цього злочину заподіюється майнова шкода, збігались. У законодавчому визначенні шахрайства нічого не говориться про поведінку потерпілого («прирівняної» особи). Якщо в оману з метою заволодіння чужим майном вводиться, наприклад, суддя, нотаріус чи державний реєстратор, то і в цьому випадку є підстави говорити про наявність обману як інформаційного (інтелектуального) впливу однієї людини на свідомість і волю іншої. Врешті-решт така доктринальна позиція знайшла відображення в судовій практиці у вигляді чіткої правової позиції: в одній зі справ різновидом обману як способу вчинення шахрайства Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (постанова від 24 листопада 2016 р. у справі № 5-250кс(15)16) [5] визнала подання безпідставного (завідомо неправдивого) позову, констатувавши існування випадків опосередкованого вчинення шахрайства. Виходить, що винна в шахрайстві особа може заволодіти чужим майном (правом на майно) і без безпосередньої участі в цьому потерпілого.

Протиправне заволодіння майном юридичної особи або корпоративними правами її власника, яке стало результатом неправомірного внесення змін до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських утворень або Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, якщо внесенню таких змін не передувало вчинення правочину з використанням підробленого або викраденого документа, печатки, штампу, не утворює складу злочину, передбаченого чиною редакцією ст. 206-2 КК.

Саме така ситуація вбачається в описаному у ЗМІ «рейдерському» захопленні одного з приміщень університету «Україна». Запис у відповідному реєстрі, який уможливив вказане захоплення, був зроблений державним реєстратором на підставі договору про відступлення прав вимоги на стягнення частини боргів університету «Україна» за договором іпотеки, укладеним свого часу між університетом і ПАТ «КБ «Хрещатик» [6; 7]. Питання про правомірність укладання договору про відступлення прав вимоги на стягнення частини боргів, на підставі якого ТОВ «Офіс сервіс люкс» проголосило себе новим власником будівлі, вирішується в порядку господарського судочинства, однак цей договір немає підстав визнавати підробленим і, тим більше, викраденим, що важливо в аспекті інкримінування ст. 206-2 КК. До того ж до остаточного вирішення у судовому порядку господарського спору за участю університету «Україна» стверджувати про наявність у діях представників ТОВ «Офіс сервіс люкс» як нового іпотекодержателя протиправності заволодіння чужим майном як ще однієї обов'язкової ознаки складу розглядуваного злочину не доводиться.

Повертаючись до ролі обману у вчиненні досліджуваного злочину і специфіки способу протиправного заволодіння майном суб'єкта господарювання або корпоративними правами його учасника, хотіли б привернути увагу до питання, чи завжди заволодіння цими благами, якщо воно відбувається за відсутності участі потерпілого (сторони правочину) і набуває вигляду вчинення правочину з використанням підроблених або викрадених документів, може розцінюватись як опосередковане шахрайство. Мабуть, ні. Адже, наприклад, так званий чорний реєстратор може бути в курсі злочинної оборудки, усвідомлюючи ту обставину, що документи, які надані йому зловмисниками та на підставі яких він здійснюватиме певні реєстраційні дії, сфальсифіковані.

Відповідно, постає питання, чи не призведе виключення ст. 206-2 із КК до прогалини у кримінально-правовій охороні правомірної господарської діяльності. Вважаємо, що прогалини не виникне, адже кримінально-правовим реагуванням на таку змодельовану нами ситуацію, умовно кажучи, «безобманного» заволодіння майном суб'єкта господарювання або корпоративними правами його учасника буде застосування, зокрема, ст. 205-1 КК «Підроблення документів, які подаються для державної реєстрації юридичної особи та фізичних осіб – підприємців», ст. 356 КК «Самоправство» та (або) ст. 365-2 КК «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги». Випадки «рейдерства», які не охоплюються чинною редакцією ст. 206-2 КК, можуть кваліфікуватись і за іншими нормами КК. Наприклад, вчинення державним реєстратором реєстраційної дії всупереч рішенням суду, що набрало законної сили, за наявності підстав має кваліфікуватись за ст. 382 КК «Невиконання судового рішення».

Винуватий у вчиненні злочину, передбаченого ст. 206-2 КК, має, серед іншого, усвідомлювати, що документи, печатки або штампи, які використовуються ним для вчинення відповідного правочину, є підробленими або викраденими. Якщо особа не усвідомлювала цього (бо підроблення або викрадення здійснювалось іншою особою, про що особа, яка пізніше використовувала відповідні предмети, не знала), то відповідальність за ст. 206-2 КК повинна виключатись.

У цьому сенсі викликає інтерес вирок Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська (постановлений 21 березня 2018 р.), яким за ч. 1 ст. 206-2 засуджено особу, Остання, діючи з метою протиправно заволодіти майном ТОВ «Компанія «Тритон», подала приватному нотаріусу підроблене рішення Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська, яке визнавало за нею право власності на цілісний майновий комплекс. Право власності на нього було врешті-решт зареєстровано за особою, яка використала вказаний підроблений документ. Спростовуючи заяву підсудної про те, що вона не здогадувалась про підробленість судового рішення і що сумнівів в його достовірності у неї не виникало, суд у вирокі зазначив таке. Ознайомившись з рішенням Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 21 квітня 2004 р., підсудна не могла не розуміти, що це рішення є підробленим, оскільки воно містило відомості, які не відповідали дійсності у тому числі щодо участі цієї особи в судовому засіданні та щодо боргових зобов'язань, яких ніколи не виникало. До того ж обвинувачена в ході її допиту не змогла назвати жодного договору, який вона нібито уклала з представниками Компанії «Семален Ентерпрайзис ЛТД», якій раніше належав цілісний майновий комплекс, з адвокатом її знайомого чи з її адвокатом, однак чітко і без запинки вказала на те, що комплекс було передано у заставу. Тобто підсудна як особа, яка не володіє юридичною термінологією і не впевнена в тому, чи підписувала вона взагалі якийсь договір хоча б зі своїм адвокатом, що відбулося порівняно нещодавно, впевнено стверджує про укладення більше десяти років тому саме договору застави з представниками згаданої компанії. Отже, слушно резюмував суд, підсудна ніколи не передавала кошти представникам Компанії «Семален Ентерпрайзис ЛТД», не уклала з ними договір застави і, відповідно, не могла бути учасником цивільних відносин з приводу спірного майнового комплексу, а отже, розуміла, що рішення Бабушкінського районного суду є підробленим [8].

Складно погодитись із доктринальною пропозицією змінити назву ст. 206-2 КК на «Рейдерство» [4, с. 63, 73, 185, 189]. По-перше, ця назва здатна створити хибне враження про те, що «рейдерство» (насправді складне і багатоаспектне явище) в кримінально-правовому сенсі уособлює лише одна заборона (розміщена в ст. 206-2 КК), що не відповідає дійсності. Бо насправді до «рейдерських» за своєю спрямованістю кримінально караних посягань варто віднести і злочини, передбачені статтями 205-1 і 206 КК. Крім того, є підстави виділити групу злочинів, додатковим факультативним об'єктом яких виступають правовідносини у сфері захисту суб'єктів господарювання від протиправного захоплення (це щонайменше злочини, передбачені статтями 189, 190, 197-1, 219, 355, 356, 357, 358, 365-2, 375 КК). По-друге, використання терміну «рейдерство» безпосередньо в тексті КК видається небажаним, оскільки це слово є жаргонізмом іноземного походження, за допомогою якого нерідко позначаються випадки недружнього, однак правомірного поглинання (встановлення контролю) одних суб'єктів господарювання іншими. Показово, що дослідниця, яка висловлюється за перейменування ст. 206-2 КК, інколи оперує зворотом «біле рейдерство», позначаючи ним некримінальні ситуації, пов'язані з використанням прогалин

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

у цивільному і господарському законодавстві [4, с. 47, 89]. Виходить (якщо бути послідовним), що уточнена назва ст. 206-2 КК має бути такою – «Чорне рейдерство»?

І.М. Федулова висловлюється за запровадження в межах вдосконаленої ст. 206-2 КК відповідальності за «встановлення протиправного контролю над суб'єктом господарювання», мотивуючи доцільність такого кроку тим, що це дасть змогу притягувати до кримінальної відповідальності винних осіб ще до настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді вилучення певного майна (прав на нього) [4, с. 23, 24, 55, 91, 189]. Наведена пропозиція спонукає висловити такі застереження.

По-перше, «встановлення протиправного контролю над суб'єктом господарювання» пропонується розглядати як результат вчинення правочину з використанням підроблених або викрадених документів, печаток, штампів суб'єкта господарювання. Водночас за КК Казахстану (а досвід саме цієї країни надихнув згадану авторку на ініціювання розглядуваної новели) злочинне встановлення контролю над юридичною особою визнається наслідком певних «управлінських» зловживань (умисне спотворення результатів голосування, перешкоджання вільній реалізації права при прийнятті рішення вищим органом шляхом внесення до протоколів зборів, засідання, до витягів із них завідомо неправдивих відомостей, складання завідомо неправдивого підрахунку голосів, блокування або обмеження фактичного доступу акціонера, учасника, члена органу управління або члена виконавчого органу до голосування, неповідомлення відомостей про проведення зборів, засідання тощо).

По-друге, І.М. Федулова, висуваючи свою пропозицію, не враховує того, що «встановлення протиправного контролю над суб'єктом господарювання» охоплюється (принаймні частково) диспозицією ст. 206 КК «Протидія законній господарській діяльності». Вказане неврахування стало наслідком того, що, здійснивши порівняльний аналіз складів злочинів, передбачених ст. 206 і ст. 206-2 КК, дослідниця не помітила «анти-рейдерську» складову кримінально-правової заборони, присвяченої протидії законній господарській діяльності. З приводу цієї складової А.М. Ришелюк слушно зазначає, що статтею 206 КК охоплюється незаконне захоплення відповідного об'єкта, тобто «встановлення контролю над ним за відсутності до цього законних підстав» [9, с. 673]. Об'єктивну сторону протидії законній господарській діяльності у формі захоплення цілісного майнового комплексу або його частини утворює «протиправне встановлення фактичного контролю над хоча б одним об'єктом у поєднанні з незаконним припиненням або обмеженням діяльності на ньому та обмеження доступу до нього» [10, с. 848]. Відтак за ст. 206 КК, яка, на відміну від ст. 206-2 КК, не містить казуїстичної вказівки на спосіб захоплення (заволодіння), можуть кваліфікуватись, наприклад, випадки встановлення контролю над тим чи іншим об'єктом, що поєднується з використанням підробленого рішення суду, рішення суду, яке не набрало законної сили, або рішення суду, яким насправді не передбачається вчинення певних дій. До речі, В.Б. Дацюк, вельми скептично налаштований щодо дієвості ст. 206-2 КК, аргументує свою точку зору головним чином тим, що «рейдерські» захоплення в Україні нерідко відбуваються на підставі певного рішення суду; як наслідок, дії «рейдерів» на момент захоплення трактуються як правомірні, оскільки попередньо легалізовані судом [11, с. 137].

Більш перспективним вважаємо інший доктринальний підхід, який полягає в тому, щоб злочином (згідно з поліпшеною ст. 206 КК) визнавати протидію законній господарській діяльності, вчинювану, зокрема, шляхом захоплення цілісного майнового комплексу чи його частини, незаконного припинення або обмеження діяльності на цих об'єктах (обмеження доступу до них), або заволодіння корпоративними правами учасника (члена) суб'єкта господарювання [2, с. 219–220]. Такий підхід, на наш погляд, більше узгоджується із суттю відповідних суспільних відносин: останні, уособлюючи реалізацію корпоративних прав, стосуються не лише майна. Це впливає із законодавчого визначення корпоративних прав (ст. 167 Господарського кодексу України), під якими розуміються, зокрема, правомочності на участь особи в управлінні господарською організацією, а також інші правомочності, передбачені законом і статутними документами.

1. Стан здійснення судочинства в Україні судами кримінальної юрисдикції у 2018 році. Опрацьовано статистичні дані Державної судової адміністрації України, Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Київ:

- Верховний Суд, 2019. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Analiz_kramin_sud_2018.pdf (дата звернення: 30.11.2019).
2. Титаренко С.С. Кримінальна відповідальність за протиправне захоплення суб'єктів господарювання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Запоріжжя, 2018. 262 с.
 3. Грищенко Н.М. Кримінальна відповідальність за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Дніпро, 2019. 219 с.
 4. Федуллова І.М. Кримінальна відповідальність за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2019. 216 с.
 5. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/6B4941568A7118C8C225808A0049A5AE](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/6B4941568A7118C8C225808A0049A5AE) (дата звернення: 30.11.2019).
 6. Примищення Університету «Україна» захопили рейдери. Голос України. 2108. 28 серп. (№ 159).
 7. Котнюк Ю. Університет «Україна» – атака рейдерів. Юридичний вісник України. 2018. 14–20 верес. (№ 37).
 8. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72861977> (дата звернення: 30.11.2019).
 9. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. 1368 с.
 10. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2016. Т. 17: Кримінальне право / редкол.: В. Я. Тацій (голова), В. І. Борисов (заст. голови) та ін.; Нац. акад. прав. Наук України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2017. 1064 с.
 11. Дацюк В.Б. Сучасний стан кримінально-правового забезпечення охорони корпоративних відносин в Україні. Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності: тези II Всеукраїнської науково-практичної конференції (Хмельницький, 2 березня 2018 р.). Хмельницький: Вид-во НАДП-СУ, 2018. С. 134–137.

Інсайдерська інформація і кримінальний закон: від американських реалій до європейських перспектив²⁹

Про місію фондового ринку і доречність компаративістських досліджень проблематики інсайдерських зловживань. Із переходом економіки України до ринкових засад набули поширення різноманітні цінні папери, сформувався фондовий ринок, який визнається важливим елементом мобілізації національних заощаджень та їх трансформації в інвестиційні ресурси. Світовий досвід засвідчує, що фінансування суб'єктів господарювання шляхом розміщення цінних паперів має істотні переваги перед іншими формами інвестування, оскільки характеризується високою ліквідністю, у зв'язку з чим у переважній більшості країн із розвинутою ринковою економікою відбувається поступовий процес втрати банками ролі основного кредитора на користь фондового ринку. Його розвиток вважається індикатором лібералізації економіки та успішного проведення ринкових реформ, створює важливий компонент сучасного механізму економічного регулювання, надає економіці гнучкості та мобільності, забезпечує можливість швидкого направлення ресурсів з одних галузей в інші та здійснення структурної перебудови виробництва.

За часи незалежності Україна досягла певного прогресу у формуванні організаційних і правових засад функціонування фондового ринку, що знайшло закріплення й на законодавчому рівні у вигляді ухваленого 23 лютого 2006 р. Закону «Про цінні папери та фондовий ринок», який доречно врахував не лише досвід діяльності вітчизняного та європейського фондових ринків, а й положення прийнятих у 2003 р. Цивільного і Господарського кодексів України.

Розвиток фондового ринку зумовлюється низкою факторів, серед яких – стан законодавчого забезпечення протидії відповідним правопорушенням. Вчинювані на фондовому ринку злочини та інші делікти (розповсюдження практик маніпулятивного та інсайдерського характеру, розміщення «сміттєвих» цінних паперів, фіктивні емісії тощо) створюють підґрунтя для недовіри з боку інвесторів, збільшують інвестиційні ризики та, як наслідок, погіршують інвестиційний клімат, ускладнюють формування сучасної ринкової економіки в Україні, посягають на інтереси власників цінних паперів та інших учасників фондового ринку, сприяють відмиванню «брудних» доходів тощо.

За таких обставин не викликає сумніву необхідність забезпечити належне функціонування фондового ринку України у тому числі за допомогою якісного кримінально-правового інструментарію.

Криміналізація інсайдерських зловживань, будучи одним із заходів у комплексі кримінально-правової охорони ринку інвестицій, вважається звичною вимогою до кримінального закону суспільства, економіка якого ґрунтується на ринкових засадах. Причинами недостатності та неефективності адміністративно-правових заборон є: 1) небезпека інсайдерських зловживань, механізм вчинення яких нагадує витончене шахрайство; 2) заподіяна такими зловживаннями типова шкода значно перевищує розмір штрафу як адміністративного стягнення; 3) сумнівність встановлення факту інсайдерського зловживання у межах провадження у справах про адміністративні правопорушення та зумовлена цим потреба у проведенні оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних заходів. При цьому кримінальний закон, за влучним висловлюванням І.А. Клепицького, чітко окреслюючи межі забороненої поведінки і не втручаючись в діяльність сумлінних учасників ринку, є найбільш ліберальним («ринковим») засобом державного впливу на ринок цінних паперів у той час, як адміністративні та інші подібні методи регулювання здатні значно більшою мірою зашкодити фондовому ринку. Так само як для преси відповідальність за наклеп і образи є менш шкідливою, ніж цензура, так і для економіки кримінальна відповідальність за економічні злочини є менш обтяжливою, ніж суто бюрократичне адміністрування [1, с. 213–215; 2, с. 4].

Є, однак, підстави констатувати несприйняття (або щонайменше недооцінку) вітчизняним кримінальним правом феномену відповідальності за інсайдерські зловживання – попри закріплення

²⁹ Стаття написана у співавторстві з Д.В. Каменським та опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. 2019. № 3. С. 185–201.

окремої кримінально-правової заборони, присвяченої незаконному використанню інсайдерської інформації (ст. 232-1 КК України), й активне доктринальне опрацювання цієї проблематики (праці О.Ю. Вітка, Р.А. Волинця, О.О. Кашкарова, О.Я. Кондри, О.І. Кохановської, А.М. Ришелюка, В.В. Саєнка, Ю.Г. Старовойтової та ін.). Ту обставину, що Україна на сьогодні не може похвалитись здобутками в частині практичної протидії інсайдерським зловживанням, красномовним показником чого виступає відсутність відповідної правозастосовної практики, передусім пояснюється особливостями функціонування національного фондового ринку і загалом його нерозвиненістю. І такий стан речей зайвий раз підтверджує слушність усталеної тези про первинність економічних відносин стосовно правових, а отже, домінування перших над другими.

Свідченням стагнації фондового ринку України вважаються незначне число його учасників, емітентів, інструментів, недостатні обсяги коштів, що обертаються на ньому, його істотне відставання за більшістю показників не тільки від високорозвинених країн світу, а й від переважної більшості країн колишнього СРСР і Східної Європи. Функція перерозподілу фінансових ресурсів на фондовому ринку України здійснюється в наднизьких обсягах через певні фінансові інструменти, але їхня сукупна роль малопомітна навіть порівняно з показниками банківської системи. Функцію абсорбції «зайвих» коштів з обороту і зниження рівня інфляції в економіці наш фондовий ринок також не виконує, оскільки населення і бізнес-структури, очікуючи системних ризиків і отримуючи збитки, у переважній більшості ігнорують фондовий ринок як центр інвестування і примноження коштів. Не виконує фондовий ринок і функцію щодо визначення цін на активи в державі. Реалії в Україні є такими, що ціни формуються під кон'юнктурним впливом мажоритарного акціонера і залежно від його інтересів. Фактично рівноважна біржова ціна на активи в умовах олігархічно-монопольного корпоративного сектору не може сформуватись, а фондовий ринок не може стати своєрідним економічним барометром ділової активності [3]. Про непрозорість, нерозвиненість та інвестиційну непривабливість вітчизняного фондового ринку пишуть й інші дослідники [4, с. 5].

Вельми красномовними є і статистичні показники. Так, у 2018 р. сукупні обсяги торгів цінними паперами на фондовому ринку України склали 260,866 млрд. грн. При цьому обсяги торгів акціями склали лише 1,18 млрд. грн. (або 0,45% від загального обсягу), корпоративними облігаціями – 10,26 млрд. грн. (4%), ОВДП – 245,73 млрд. грн. (94,1%), іншими цінними паперами – 3,68 млрд. грн. (1,4%). Коментуючи ту обставину, що майже 95% вчинених у минулому році угод є правочинами з державними цінними паперами, керівництво Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – НКЦПФР) констатує, що сучасний український фондовий ринок є більш-менш ефективним лише з питань власності (зміни прав, перерозподілу часток тощо); натомість його ефективність як джерела залучення коштів для розвитку бізнесу, що є ключовою функціональною ознакою фондових ринків розвинених країн, залишається вкрай незадовільною [5].

З урахуванням відсутності вільного і значного за обсягом ринку передусім акцій наразі просто немає сенсу вести мову про ефективність кримінальної відповідальності за інсайдерські зловживання, адже останнім в Україні просто немає, де і з приводу чого відбуватись. Водночас, судячи з відомостей, які характеризують правозастосовну діяльність НКЦПФР, спостерігається низький рівень дотримання вимог законодавства про фондовий ринок, що, серед іншого, є наслідком неадекватності існуючих санкцій масштабам заподіюваної шкоди, а в багатьох випадках – відсутності належних покарань за порушення зазначеного законодавства. Формулювання відповідних кримінально-правових заборон відзначаються казуїстичністю і громіздкістю, перевантажені бланкетними ознаками та позбавлені визначеності, а це неминуче ускладнює їхнє сприйняття і, відповідно, застосування. Точність та адекватність понятійного апарату, використаного у цих кримінально-правових заборонах, викликає чимало запитань, які потребують фахових відповідей.

Звернення до спеціальних норм КК України про відповідальність за злочини проти фондового ринку і практики їхнього застосування (точніше незастосування, бо переважна більшість цих норм належить до когорти «мертвих») у черговий раз переконує в тому, що однією з негативних тенденцій розвитку нашого законодавства про кримінальну відповідальність за господарські (і прирівняні до них) злочини є кількісне зростання обсягу законодавчого матеріалу при фактично незмінній криміналізації, коли поява в КК нових статей фактично не веде до очікуваного збіль-

шення кола злочинних діянь і, головне, до бажаного ефекту, на який розраховують суб'єкти законодавчої ініціативи і парламентарії.

З'ясований status quo спонукає ставитись до прогресивного зарубіжного (американського та західноєвропейського) досвіду в досліджуваній сфері як до такого собі превентивного інструменту отримання знань і досвіду. Переконані в тому, що ці знання і досвід стануть у нагоді, однак дещо згодом – коли в Україні запрацює повноцінний фондовий ринок. У тому, що це врешті-решт станеться, ми не сумніваємось, бо такий сценарій розвитку подій узгоджується із сучасними трендами економічної глобалізації та ключовими векторами розвитку національних економік.

На доречність проведення відповідних порівняльно-правових досліджень вказує висловлювання польської авторки А. Блахньо-Пажих про те, що досвід інших країн, включаючи США, є цінним джерелом інформації про методи, які використовують «автори» інсайдерських зловживань, і про методи їх викриття. Кваліфікація подібних дій у Польщі вимагає обов'язкового посилання на національне законодавство. Якщо ж у положеннях національного законодавства існує поняття, близьке до такого, що використовується в США, то можна додатково посилатися на спосіб його розуміння, сформований у цій країні. Однак, справедливо зауважує дослідниця, навіть у цьому випадку потрібно враховувати відмінності, що впливають з іншої законодавчої системи, іншої правозастосовної практики та іншої правової культури. Закони не діють у порожнечі – на їхнє тлумачення впливає багато чинників. Тому, бажаючи скористатись досвідом США або іншої країни, потрібно усвідомлювати, як певне законоположення застосовується в цій країні, чи не критикують його, а якщо критикують, то з яких саме причин [6].

Подібним чином розмірковує вітчизняний дослідник В.В. Саєнко, на думку якого існуюча в США модель заборони зловживань з інсайдерською інформацією через її складність і нестабільність навряд чи може бути запозичена Україною. Водночас корисним є вивчення принципів регулювання використання інсайдерської інформації, підходів до визначення її поняття, методів виявлення і розслідування відповідних правопорушень [7, с. 8.]. До речі, в США законодавство, спрямоване на боротьбу з інсайдерськими зловживаннями, а отже, і відповідна правозастосовна практика почали формуватись ще в 30-х роках минулого століття. Невипадково США називають юрисдикцією, в якій питання протидії незаконному використанню інсайдерської інформації досліджувались протягом найбільш тривалого періоду [8, с. 25].

Про чинники криміналізації інсайдерських зловживань. Курс (ринкова ціна) цінного паперу визначається як його цінністю для інвестора та емітента, так й іншими ціноутворюючими факторами, у тому числі макроекономічними і спекулятивними. Неправомірне використання інсайдерської інформації, будучи недобросовісною практикою ведення бізнесу на фондовому ринку і порушуючи механізм котирування (зіставлення попиту і пропозиції на цінні папери), дезорганізує стабільність фондового ринку, веде до його розбалансованості, утворення штучних цін, виникнення економічної диспропорції та отримання необґрунтованого прибутку, призводить до скорочення інвестицій у цінні папери. Незаконна інсайдерська діяльність спроможна заподіяти істотну шкоду емітентам та інвесторам (наприклад, внаслідок падіння курсу цінних паперів, зриву укладання договору або придбання контрольного пакету акцій за завищеною ціною). Прибічники ідеї державного регулювання порядку використання інсайдерської інформації спираються переважно на міркування про загрози економічній безпеці, що виникають під час використання такої інформації, про надприбутки інсайдерів, що ставить інших учасників ринку у дискримінаційне становище і тим самим руйнує засади функціонування фінансового ринку.

Відомий фінансист Джордж Сорос пише, що фондовий ринок є найбільш успішним прикладом досконалої конкуренції. На користь цієї тези вказують такі обставини, як централізоване ведення торгів, однорідні продукти, низькі транзакційні і транспортні витрати, миттєва комунікація між учасниками ринку, велика кількість учасників, жоден з яких за звичайним перебігом подій не може вплинути на ціни на ринку, спеціальні правила інсайдерських операцій, а також наявність спеціальних механізмів для забезпечення всім учасникам доступу до релевантної інформації [9, с. 49–50]. Видається, однак, що згаданий автор оперує ідеалізованою концепцією, яка не враховує реалії «паразитизму» на фондовому ринку, зокрема, у вигляді використання інсайдерської інформації, що впливає на стан конкуренції на фондовому ринку. До слова сам пан Сорос не гребує інсайдерськими зловживаннями. Так, він свого часу був змушений сплатити чи-

малий штраф за придбання і подальший продаж на фондовій біржі пакетів акцій чотирьох французьких компаній із використанням при цьому внутрішньої інформації про майбутнє поглинання компаній, джерелом якої стали радник уряду і міністр фінансів Франції [10, с. 116].

Як слушно зазначає В.В. Хилюта, незаконна інсайдерська діяльність може заподіяти істотну шкоду як окремим господарюючим суб'єктам-емітентам, так й іншим учасникам ринку цінних паперів. Маючи переваги над іншими учасниками фондового ринку, інсайдер маніпулює їхньою економічно значущою поведінкою, примушуючи здійснювати певні біржові операції, які в подальшому можуть призвести до значних збитків із боку таких учасників. Більше того: незаконна інсайдерська діяльність виступає одним із знарядь обмеження свободи конкуренції (на фондовому ринку), що у випадку поширення інсайдерських практик здатне призвести до дестабілізації економічних відносин як на мікро-, так і на макрорівні [11, с. 98].

Інвестор, який вкладає власні кошти у придбання цінних паперів, маючи на меті, наприклад, збереження коштів від знецінення, отримання прибутку або встановлення контролю над емітентом, повинен отримати достовірну і достатньо повну інформацію про об'єкт інвестування для того, щоб ухвалити кваліфіковане інвестиційне рішення. У разі надання інсайдерам дозволу вільно торгувати акціями своїх компаній вони можуть маніпулювати розкриттям внутрішньої інформації для отримання власної матеріальної вигоди. Інвестори ж, відповідно, без володіння такою інформацією опиняться в завідомо менш вигідному становищі, що, своєю чергою, призведе до зростання спекулятивної торгівлі на ринку цінних паперів і масштабного витоку конфіденційної інформації [12, с. 71]. Інсайдерська торгівля може знищити інтегрованість ринку шляхом надання переваги обраній групі осіб, які мають доступ до конфіденційної інформації [13, с. 337]. Показово, що ризики втрати фондовим ринком ліквідності, а згодом інвестиційної привабливості обґрунтовуються саме через інсайдерську торгівлю [14, с. 88–89].

Навіть без спеціальних знань у галузі фінансів очевидним є те, що «надування» акцій безпідставною вартістю через ажіотаж, викликаний спекуляціями з інсайдерською інформацією, суперечить реаліям ринкової економіки, коли ринок через відносини попиту та пропозиції, а головне через доступну для всіх його учасників інформацію корегує вартість компанії.

Як справедливо пише О.В. Кологойда, необхідною умовою конкурентного ціноутворення на фондовому ринку є повне та своєчасне розкриття інформації в порядку та на умовах, визначених законом, її однакова доступність для всіх учасників фондових відносин [15, с. 304]. Фундаментальною для правильного функціонування фондового ринку є інформаційна симетрія: масив інформації, значущої для визначення вартості цінних паперів, має бути однаково доступним для всіх адресатів. Інша річ, як той або інший учасник фондового ринку інтерпретує та використовує цю інформацію. При цьому необхідно мати на увазі і те, що цінність будь-якої інформації, яка використовується на фондовому ринку, значною мірою зумовлена її індивідуальним сприйняттям конкретним суб'єктом, який ухвалює рішення, тобто цінність відповідних відомостей має швидше суб'єктивний, а не об'єктивний характер. З огляду на це, інформація, включаючи інсайдерську, може і не мати будь-якої комерційної цінності, здатної гарантувати настання певних подій у майбутньому. Однією з властивостей обігу інформації є його «гнучкість», здатність бути предметом різноманітних інтерпретацій, які, своєю чергою, істотно відрізняються залежно від індивідуального досвіду і знань осіб, які нею володіють.

Таким чином, інформаційна перевага інсайдера та, як наслідок, успіх його діяльності на фондовому ринку залежить від інтерпретації інформації та очікувань з боку інших учасників ринку. Інсайдер вчиняє угоди з цінними паперами, сподіваючись на те, що інші учасники ринку будуть реагувати на розкриття інформації так само, як і він, однак із значною перевагою в часі, що дає йому можливість отримати значно більший дохід від курсової різниці цінних паперів. Насправді цілком можливим є і сценарій, за якого ринок не виправдає сподівань інсайдера: у результаті замість очікуваного прибутку або уникнення витрат він може отримати протилежний результат [16, с. 17–18].

Водночас очевидно, що зловживання з інсайдерською інформацією породжують інформаційну асиметрію: чутлива, економічно значуща та потенційно «прибуткова» інформація опиняється в розпорядженні та згодом використовується декількома інсайдерами (первинними чи вторинни-

ми), чим ставить абсолютну більшість інших зацікавлених учасників фондового ринку у завідомо невігідне (дискримінаційне) становище.

Сучасним і вельми наочним прикладом того, як фондовий ринок чутливо реагує на різноманітні прояви інформаційної асиметрії слугує справа відомого розробника нових технологій Ілона Маска. 27 вересня 2018 р. Комісія з цінних паперів та фондового ринку США (далі – КЦПФР США) звинуватила його у вчиненні шахрайства з цінними паперами, яке виявилось в оприлюдненні серії фальшивих, таких, що вводять в оману, твітів (текстових повідомлень у соціальній мережі Twitter) про потенційну угоду щодо перетворення компанії «Tesla» з публічної (її акції перебувають у вільному обігу на фондовій біржі) в приватну (закриту для інвесторів). Позовну заяву було подано до федерального суду Південного округу м. Нью-Йорк, юрисдикція якого охоплює діяльність Нью-Йоркської фондової біржі, на якій обертаються акції компанії «Tesla». Розслідуванням КЦПФР США встановлено, що 7 серпня 2018 р. Маск повідомив у вказаній соціальній мережі 22 мільйонам своїх прихильників про те, що: 1) він може викупити акції «Tesla» (тобто зробити компанію приватною) за ціною 420 дол. за одну акцію, що істотно перевищувало встановлену на той час вартість акції; 2) фінансування такої угоди гарантовано; 3) невизначеність щодо такої угоди пов'язана лише з результатами голосуванням акціонерів за нею. Проведене розслідування з'ясувало, що насправді Маск не обговорював конкретні умови угоди з будь-якими потенційними фінансовими партнерами, а також усвідомлював, що потенційна угода є насправді невизначеною (малоймовірною) і залежить від низки непередбачуваних обставин. Також встановлено, що невідкріплене фактичними обставинами повідомлення Маска мало реальний фінансовий ефект: протягом 7 серпня вартість акцій «Tesla» зросла більш ніж на шість відсотків, а це призвело до помітних потрясінь на фондовому ринку. Згодом Ілон Маск і КЦПФР США уклали мирову угоду, яку у жовтні 2018 р. затвердив федеральний суд. За умовами угоди Ілон Маск повинен сплатити штраф у розмірі 20 млн. дол. США та подати у відставку з посади голови правління «Tesla» протягом 45 днів після затвердження угоди і на період не менше трьох років. Крім цього, компанія повинна запровадити систему моніторингу публічних заяв Маска, оприлюднених у мережі Twitter, блогах чи будь-якому іншому інформаційному ресурсі. На компанію «Tesla» було накладено окремий штраф у розмірі 20 млн. дол.; також було призначено двох незалежних членів ради директорів [17].

Водночас існує альтернативна точка зору з питання визначення порядку використання інсайдерської інформації. Так, лауреат Нобелівської премії з економіки М. Фрідман, висловлюючись за дозволеність інсайдерської торгівлі, вважав, що торговець не зобов'язаний повідомляти громадськість про таку торгівлю, оскільки напруження навколо купівлі чи продажу саме по собі є інформацією для ринку [18]. Супротивники правового регулювання інсайдерських операцій вказують і на те, що серйозний інвестор як сторона угоди керується при прийнятті рішення про придбання або продаж цінних паперів фундаментальними особистими причинами, які жодним чином не стосуються короткочасної інформації інсайдера [19, с. 138].

Прибічники ідеї легалізації торгівлі цінними паперами на підставі інсайдерської інформації пропонують два ключові аргументи на користь своєї позиції: 1) інсайдерська торгівля сама по собі є вкрай складним та неоднозначним соціально-економічним феноменом і несе в собі деякі переваги; 2) легалізація відповідної діяльності може стати одним із дієвих методів протидії економічним загрозам, що виникають під час використання інсайдерської інформації. Стверджується, що позитивом від легалізації інсайдерської діяльності (остання не є винятково деструктивним явищем) може стати більш оперативне поширення економічно значущої інформації між учасниками фондового ринку, що нагадує ланцюжкову реакцію. Так, володільці інсайдерської інформації укладають на її підставі вигідні для себе угоди, тим самим отримуючи додатковий дохід порівняно з іншими учасниками ринку. При цьому курс фінансових інструментів у більшості випадків не буде істотно змінюватись, оскільки загальна сума таких угод не буде значною через обмежену кількість учасників. Надалі інші учасники ринку, у тому числі тісно пов'язані з інсайдерами, діють у своїх фінансових операціях за прикладом таких первинних учасників операцій, розраховуючи на те, що наявна в інсайдерів інформація є достовірною та завідомо прибутковою. Оскільки на цьому рівні загальна сума фінансових операцій з цінними паперами є більш значною, це призводить до появи нових, більш помітних трендів на фондовому ринку. Останнім починають слідувати інші

учасники ринку під час придбання/продажу цінних паперів, і таким чином цінні папери отримують свою реальну ринкову вартість [20, с. 96–97]. Інакше кажучи, вартісні показники, а також співвідношення попиту та пропозиції на окремі групи і види акцій істотно змінюються на підставі раніше здійснених інсайдерських операцій, і це відіграє роль своєрідного каталізатора кон'юнктурних змін на фондовому ринку.

Наведені аргументи видаються недостатньо переконливими. З одного боку, можна вести мову про компенсацію праці топ-менеджерів компаній за рахунок інсайдерської інформації, а також про таку інформацію як більш досконалий інструмент відстеження змін у макропоказниках економічної діяльності компаній-емітентів та як індикатор реальної вартості цінних паперів. З іншого, якщо почати аналіз на предмет користі/ризиків від легалізації використання такої інформації не з позицій економічної теорії чи в контексті пошуку шляхів удосконалення економічної політики, а з дослідження матеріалів проваджень про інсайдерські зловживання (передусім з урахуванням усталеної американської практики в цій частині, яка аналізуватиметься нижче), то з усією очевидністю вимальовується протилежний висновок: інсайдерська торгівля є нічим іншим, як специфічним проявом шахрайства, оскільки в цьому разі має місце обман акціонерів та інших працівників своєї компанії, обман всіх інших зацікавлених учасників фондового ринку, які мають право на справедливі та гарантовані державою однакові умови діяльності для всіх учасників. Інакше у словосполученні «фондовий ринок» термін «ринок» доведеться замінити словом «хаос». Звичайно, «інсайдерське» шахрайство є значно складнішим, більш латентним і потенційно більш небезпечним антисоціальним феноменом порівняно із «загально-кримінальним» шахрайством. Проте зовнішня «оболонка» аналізованої поведінки не змінює її суті – це *de facto* фінансовий обман, спрямований проти добросовісних учасників фондового ринку та інших зацікавлених осіб, який повинен жорстко присікатись державою, що прагне зміцнити свою економіку, зробивши її диверсифікованою, прозорою та інвестиційно привабливою.

Ст. 232-1 КК України, за слушним висловлюванням В.О.Навроцького, – приклад такої законодавчої новели у сфері кримінальної відповідальності за господарські злочини, яка за великим рахунком є різновидом шахрайства в його широкому розумінні [21, с. 132]. Так само ототожнюючи інсайдерську торгівлю з шахрайством у широкому розумінні цього слова, А. Страдлер та Е. Ортс висувають цікаву тезу про аморальність такої поведінки як першооснову для її несприйняття фондовим ринком та застосування відповідних механізмів юридичної відповідальності, включаючи кримінальну. Аналізуючи прецедентну практику та одночасно піддаючи гострій критиці панівну теорію порушення фідучіарних обов'язків корпоративних інсайдерів до необізнаних фактичних і потенційних акціонерів компанії, згадані автори для обґрунтування незаконності інсайдерської поведінки пропонують спиратись на деонтологічний моральний принцип. Якщо особа використала економічну та будь-яку іншу інформацію, що перебуває в публічному доступі, на свою користь, керуючись при цьому виключно своїми знаннями, спеціальними навичками чи навіть простою вдачею, то має місце абсолютно законна поведінка, а правомірність отриманого особою доходу не повинна викликати жодних питань і сумнівів. Натомість якщо особа «торгує» на конфіденційній, відомій їй одній інформації, то моральні принципи і закон тут уже явно не на її боці. Ключовими елементами фундаментально аморальної та одночасно протиправної поведінки тут виступають введення в оману інших інвесторів (у цінні папери) та незаконне (несправедливе) збагачення [22, с. 437].

Критичний погляд на інсайдерські зловживання незалежно від «національності» кримінального законодавства, в якому розташовано відповідні заборони, спонукає інтерпретувати інсайдерську діяльність як специфічну форму шахрайства в сфері економіки. Ця модель характеризується такими ознаками: 1) має місце зловживання довірою з боку інсайдера – відбувається злісне порушення фідучіарних обов'язків лояльності інсайдера передусім до акціонерів, а також до керівництва компанії (звичайно, якщо правління саме не складається з інсайдерів) шляхом незаконного використання (можливо, й отримання) інсайдерської інформації; 2) предметом інсайдерського зловживання слід визнати особливий нематеріальний об'єкт, який має (принаймні потенційно) матеріальну цінність (вартість), – специфічну інформацію фінансово-економічного змісту з обмеженим доступом; 3) переважно корислива мотивація поведінки інсайдера; 4) має місце складний механізм протиправного використання інсайдерської інформації: інсайдер злов-

живає довірою одних осіб (акціонерів, представників правління чи інших осіб, які довірили йому закриті відомості), а незаконну матеріальну вигоду внаслідок використання такої інформації отримує вже від інших.

Очевидно, що в момент укладання інсайдером угоди він не заподіює майнову шкоду контрагенту. Останній купує або продає цінні папери за ринковою ціною, а подальше коливання курсу цінного паперу можна прогнозувати лише з певною часткою ймовірності. Інсайдер же, навпаки, володіючи певною інформацією, може прогнозувати зміни курсу із значно більшою точністю.

Симптоматично, що в своїх рішеннях Верховний Суд США (далі – ВС США) неодноразово підкреслював, що шахрайство з цінними паперами є одним із похідних проявів шахрайства як усталеного злочину. У зв'язку з цим, вважає Келлі Страдер, американські суди й надалі будуть активно спиратись на положення традиційного вчення про «загально-кримінальне» шахрайство. При цьому висловлюється справедливе занепокоєння: чим сильніше злочинна інсайдерська торгівля буде віддалятися від доктрини шахрайства в інтерпретаційній правосвідомості суддів, тим більш розмитими ставатимуть межі криміналізації протиправної поведінки в цій частині [23, с. 1441–1442].

Закріплення в сучасному американському та західноєвропейському кримінальному праві норм про зловживання інсайдерів ґрунтується на вихідному положенні про те, що використання чутливої інформації на ринку цінних паперів порушує рівність умов для всіх учасників ринку цінних паперів, робить угоди на цьому ринку значно більш ризикованими, в результаті чого руйнує інвестиційні відносини. З цього приводу В.В. Саєнко зазначає, що в країнах з ринковою економікою систематичне і чітке регулювання інсайдерської торгівлі цінними паперами повинне мати позитивний вплив на інвестиційне середовище, залучення більшої кількості інвесторів, зменшення вартості капіталу і підвищення операційної ефективності ринку. Тому необхідним є державне регулювання порядку використання інсайдерської інформації шляхом її заборони у передбачених законом випадках, що і було зроблено спочатку в США, а згодом і в багатьох інших країнах світу [24, с. 96–97].

Констатуючи, своєю чергою, істотні розбіжності в розмірах санкцій за інсайдерські зловживання в різних країнах світу, І.А. Клепицький пише, що така різноманітність спонукає задуматись над тим, чи є інсайдерство злочином *malum in se* (зло саме по собі) або *malum prohibitum* (зло в силу заборони). Тут доречно нагадати, що в США, а раніше в Англії доктрина та судова практика всі злочини традиційно поділяє на дві групи: 1) злочини *malum prohibitum* (від лат. – «неправильний внаслідок заборони»), протиправність яких випливає виключно з приписів законодавства (як кримінального, так і регулятивного). Вчинок, який відповідає категорії *malum prohibitum*, не обов'язково порушує моральні стандарти суспільства; 2) злочини *malum in se* (від лат. – «неправильний за своєю природою») означають протиправну поведінку, яка є шкідливою і неприйнятною для суспільства вже за своєю суттю, тобто незалежно від установлених законами або іншими нормативними приписами заборон. З одного боку, інсайдерська торгівля генетично пов'язана з шахрайством; з іншого, до недавнього часу подібні діяння не розглядались як злочини: лише в другій половині ХХ ст. національні законодавці остаточно вирішили це питання, заборонивши використовувати відповідну інформацію при здійсненні операцій з цінними паперами та передбачивши кримінальне покарання за такі дії. Водночас у різних правових системах тяжкість цього злочину визначається неоднаково [2, с. 6].

Аналіз законодавства України про кримінальну відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації в контексті міжнародно-правових підходів і зарубіжного досвіду. Ст. 44 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок» (далі – Закон від 23 лютого 2006 р.) визначає інсайдерську інформацію як неоприлюднену інформацію про емітента, його цінні папери та похідні (деривативи), що перебувають в обігу на фондовій біржі, або правочини щодо них, у разі якщо оприлюднення такої інформації може істотно вплинути на вартість цінних паперів та похідних (деривативів), та яка підлягає оприлюдненню відповідно до вимог, встановлених цим Законом.

Одна з ключових ознак інсайдерської інформації, яка у фаховій літературі зазвичай позначається як істотність (комерційна цінність) та яка знайшла відображення у наведеній дефініції (поряд з такими ознаками, як не публічність і релевантність), означає, що відповідна інформація

береться до уваги власниками цінних паперів і потенційними інвесторами при прийнятті ними рішення про купівлю-продаж цінних паперів, вчинення інших правочинів із цінними паперами, а її розголошення може мати значний вплив на ринкову вартість (котирування) цінних паперів. Кращим доказом істотності певної інформації, як правило, вважаються події, що відбуваються на фондовому ринку після розкриття цієї інформації.

З'ясовуючи співвідношення складів злочинів, передбачених статтями 232 і 232-1 КК України (відповідно, «Розголошення комерційної або банківської таємниці» і «Незаконне використання інсайдерської інформації»), Р.А. Волинець називає інсайдерську інформацію «одним із різновидів комерційної таємниці» і (з певними застереженнями щодо різниці у суспільно небезпечних наслідках злочинів) характеризує першу з названих норм як загальну щодо другої – в частині караності розголошення певної інформації [25, с. 276–278]. На нашу думку, до співвідношення згаданих кримінально-правових заборон варто ставитись більш прискіпливо.

Спочатку хотіли б уточнити, що неоприлюднена й істотна інформація про емітента, його цінні папери чи правочини щодо них, будучи інсайдерською інформацією, згідно із законом може взагалі не визнаватись комерційною (а так само банківською) таємницею. З цього приводу В.В. Саєнко, переконаний у нетотожності комерційної таємниці та інсайдерської інформації, пише: «Документи про неплатоспроможність підприємства (наприклад, за результатами проведеного аудиту), інформація про забруднення навколишнього природного середовища (за яке підприємство може бути покаране як штрафами, так і зобов'язанням відшкодувати заподіяні збитки) та інша інформація, яка не може бути комерційною таємницею, ймовірно може викликати падіння ринкової вартості цінних паперів відповідного емітента після її оприлюднення. А отже, до моменту оприлюднення вона може бути інсайдерською інформацією» [24, с. 181–182]. Викладене спростовує твердження Р.А. Волинця про те, що «властивості інсайдерської інформації слід визнавати спеціальними ознаками комерційної таємниці (як предмета злочину), які текстуально в ст. 232 КК не називаються» [25, с. 276].

До того ж інсайдерська інформація, так би мовити, за визначенням не повинна зіставлятись з комерційною таємницею, оскільки (на відміну від останньої – *таємної* інформації) вона *підлягає оприлюдненню* відповідно до встановлених вимог (ст. 44 Закону від 23 лютого 2006 р.). Розголошення інсайдерської інформації, яке, як відзначають фахівці з фондового ринку, лише вітається, не може завдати шкоди особі, суспільству і державі, що згідно зі ст. 8 Закону України «Про доступ до публічної інформації» є обов'язковою ознакою таємної інформації, а отже, і комерційної таємниці.

Із законодавчої дефініції поняття комерційної таємниці (ст. 36 Господарського кодексу України) випливає, що ця таємниця змістовно може включати в себе відомості, які відповідають ознаці істотності, притаманній інсайдерській інформації: їх оприлюднення здатне істотно вплинути на вартість цінних паперів конкретного суб'єкта господарювання та їх похідних. Проте інсайдерська інформація має специфічний статус, який визначений законодавством про фондовий ринок та який відмінний від правового режиму комерційної і банківської таємниці як різновидів інформації з обмеженим доступом, а порядок її обігу як компонент фондового ринку охороняється окремою кримінально-правовою заборону.

Із ст. 44 Закону від 23 лютого 2006 р. випливає, що не утворює складу розглядуваного злочину незаконне використання неоприлюдненої інформації про *неемісійні* цінні папери, навіть якщо таке діяння через спричинення істотного впливу на вартість таких цінних паперів завдало істотної шкоди. З одного боку, закріплене у ст. 232-1 КК України положення про належність до інсайдерських зловживань порушень, що стосуються лише емісійних цінних паперів, узгоджується з вимогами чинного вітчизняного законодавства про фондовий ринок. З іншого, з урахуванням євроінтеграційних напрямів розвитку України регулятивне законодавство в цій частині має бути приведене у відповідність з Регламентом № 596/2014 Європейського парламенту та ради від 16 квітня 2014 р. «Про зловживання на ринку (регламент про зловживання на ринку) і про визнання такими, що втратили чинність, Директиви 2003/6/ЄС Європейського Парламенту та Ради і Директив Комісії 2003/124/ЄС, 2003/125/ЄС і 2004/72/ЄС» (далі – Регламент ЄС «Про зловживання на ринку»). «У зв'язку з цим дефініція терміна «інсайдерська інформація» має бути розширена за рахунок включення до такої інформації відомостей не тільки про емісійні цінні папери, а й

про фінансові інструменти взагалі. Відповідні зміни має бути внесено і до ст. 232¹ КК» [25, с. 170]. Водночас при розширенні поняття інсайдерської інформації необхідно, серед іншого, мати на увазі застереження І.А. Клепицького, який, критикуючи рішення російського законодавця, вказує на сумнівну можливість інсайдерських зловживань стосовно біржової торгівлі товарами і невиправданість запровадження для економіки відповідних бюрократичних обмежень [2, с. 10].

Згідно з ч. 1 ст. 44 Закону від 23 лютого 2006 р. інсайдерською є певна інформація лише про ті цінні папери (включаючи похідні), що перебувають в обігу на фондовій біржі. Попередня редакція ст. 232-1 КК України охоплювала незаконне використання інсайдерської інформації як на біржовому (фондовій біржі), так і на позабіржовому (торговельно-інформаційні системи) ринках цінних паперів. В Україні, за інформацією О.В. Кологойди, «на вторинному ринку цінних паперів, як і на первинному, провідні позиції займає позабіржовий обіг. Саме поза межами фондових бірж здійснюється реалізація основної частки вперше емітованих цінних паперів і практично вся вторинна торгівля» [26, с. 280]. При цьому небезпека використання неоприлюдненої інформації у процесі курсоутворення цінних паперів у торговельно-інформаційних системах є не меншою, ніж тоді, коли це відбувається на фондових біржах [27, с. 112–113].

За таких обставин рішення вітчизняного законодавця обмежити коло відомостей, що становлять інсайдерську інформацію, а отже, сферу застосування ст. 232-1 КК навряд чи може бути розцінене схвально. Ваду відповідного легального визначення О.Ю.Вітко також вбачає в тому, що воно невиправдано звужує коло інсайдерської інформації (оскільки встановлює такий уточнювальний критерій, як перебування цінних паперів та деривативів емітента в обігу на фондовій біржі). Як наслідок, з-під кримінально-правової охорони виведено сферу позабіржового ринку цінних паперів, що негативно впливає на права та інтереси емітентів та інвесторів [28, с. 176–178, 194]. Тому конструктивно вважаємо пропозицію Р.А. Волинця удосконалити законодавче визначення поняття інсайдерської інформації таким чином, щоб ним охоплювалась інформація про правочини щодо цінних паперів, вчинювані і поза фондовою біржею; з дефініції інсайдерської інформації має бути виключена вказівка про перебування цінних паперів та похідних (деривативів) в обігу на фондовій біржі [25, с. 29, 171, 392].

Чинна редакція ст. 44 Закону від 23 лютого 2006 р., на відміну від попередньої редакції цієї норми, не містить положення про те, що належність інформації до інсайдерської визначається уповноваженим державним органом (наразі таким органом є НКЦПФР). Закріплення вичерпного переліку інсайдерської інформації (рішення ДКЦПФР від 21 листопада 2006 р. № 1344 «Про визначення інформації, яка належить до інсайдерської») певною мірою суперечило широкому законодавчому визначенню інсайдерської інформації як будь-якої неоприлюдненої інформації, що за своїм змістом стосується емітента, його цінних паперів (деривативів) або правочинів щодо них, а тому зазнавало серйозної критики з боку фахівців із фондового ринку [29, с. 488–489]. Мала місце казуїстичність та, як наслідок, прогальність закону. Виявляється також, що в жодній зарубіжній юрисдикції для належності інформації до інсайдерської не вимагається включення такої інформації в певний перелік; достатньо, щоб інформація відповідала таким ознакам, як непублічність, істотність і релевантність [8, с. 30].

Тезу про різноманітність життєвих ситуацій, які можуть мати істотний вплив на ринкову вартість цінних паперів, гарно ілюструє ситуація, описана І.А. Клепицьким: йдеться про адвоката – представника організації, обізнаного про необґрунтованість пред'явленого до організації позову у великому розмірі. Користуючись цією невідомою широкому загалу інформацією, адвокат за низькою ціною скуповує акції організації, оскільки розраховує на те, що після очікуваного ним залишення судом позову без задоволення ціна акцій зросте [1, с. 213–214]. Навіть серйозна хвороба конкретної людини може становити інсайдерську інформацію [2, с. 11]. Інсайдерською може бути, наприклад, інформація про очікувану зміну керівництва компанії, її нову стратегію, підготовку до випуску нової продукції або заплановане використання нових технологій, успішні переговори щодо злиття компаній чи придбання контрольного пакету акції, матеріали фінансової звітності, які засвідчують погіршення діяльності компанії [30, с. 338], істотні зміни у планах капіталовкладень товариства, операції зі значними активами емітента за неринковою ціною, знищення або пошкодження значної частини майна емітента внаслідок непередбачуваних подій тощо.

Досвід країн із традиційною ринковою економікою також вказує на недоречність нормативного закріплення вичерпного переліку відомостей, що складають інсайдерську інформацію. Так, відповідно до ч. 2 ст. 161 КК Швейцарії під відомостями, розголошення яких може істотно вплинути на біржовий (добіржовий) курс цінних паперів і використання або повідомлення яких визнається злочином, розуміються відомості не лише про майбутню емісію з певними правами на інвестиції та зв'язок між підприємствами, а й про будь-які подібні обставини.

В Англії поняття інсайдерської (внутрішньої) інформації розкрито в ст. 56 Акту про кримінальне правосуддя 1993 р., означаючи таку інформацію, яка: 1) належить до певних цінних паперів або до певних емітентів цінних паперів; 2) є конкретною і точною; 3) не є оприлюдненою; 4) у разі, якщо вона стала би доступною для громадськості, це, ймовірно, істотно вплинуло б на вартість будь-яких цінних паперів [31]. Також інформація вважається інсайдерською не лише тоді, коли вона стосується власне компанії (її діяльності), а й тоді, коли вона може вплинути на бізнес-плани компанії. Отже, пише Є.В. Чупрова, визначення інсайдерської інформації включає в себе як інформацію, що надходить від самої компанії (наприклад, інформація про намір компанії виплатити великі дивіденди за підсумками поточного фінансового року), так й інформацію, яка надходить з інших джерел (наприклад, інформація про плани уряду викупити землю, що належить компанії, під будівництво залізниці) [19, с. 87.]

Водночас за кримінальним законодавством Англії не визнається інсайдерською оприлюднена інформація. Інформація є оприлюдненою (made public), якщо: 1) опублікована відповідно до правил регульованого ринку для цілей інформування інвесторів та їх професійних консультантів; або 2) міститься у відомостях, які шляхом будь-якого нормативного акту є відкритими для нагляду з боку громадськості; або 3) може бути швидко отримана тими, хто збирається здійснювати операції з цінними паперами, до яких відноситься інформація; або 4) є похідною від інформації, яка була оприлюднена [31].

Згодом розділ 118с Акту про фінансові послуги та ринки Великобританії (Financial Services and Markets Act) через неможливість переслідування інсайдерської торгівлі виключно кримінально-правовими засобами визначив інсайдерську інформацію як точну за своєю природою інформацію, яка не є загальнодоступною і належить, прямо або опосередковано, одному чи декільком емітентам інвестицій, які відповідають вимогам, або до однієї чи більше інвестицій, що відповідають вимогам і, якщо б вони стали загальнодоступними, могли б істотно вплинути на ціну інвестицій, які відповідають вимогам, або на ціну пов'язаних із ними інвестицій. Показово, що інсайдерська торгівля згідно з Актом про фінансові послуги та ринки визнається одним із різновидів зловживання ринком [32], і такий підхід відповідає загальноєвропейській практиці.

Таким чином, вважаємо виправданим відсутність у ст. 44 Закону від 23 лютого 2006 р. положення про те, що належність інформації до інсайдерської визначається НКЦПФР. Про це саме свідчить звернення не лише до досвіду зарубіжного законодавця, частково висвітленого вище, а й до міжнародно-правових актів.

Так, ст. 7 Регламенту ЄС «Про зловживання на ринку» оперує універсальним поняттям «внутрішня інформація». Воно охоплює, серед іншого, такі види інформації: 1) інформацію точного характеру, яка не була оприлюднена та яка, прямо або опосередковано, стосується одного чи декількох емітентів або одного чи кількох фінансових інструментів, та яка у випадку її оприлюднення здійснювала б значний вплив на ціни таких фінансових інструментів або на ціни відповідних похідних фінансових інструментів; 2) щодо товарних деривативів – інформацію точного характеру, яка не була оприлюднена, що стосується, прямо або опосередковано, одного чи декількох таких деривативів або що стосується безпосередньо відповідних контрактів на наявні товари, та яка у разі її оприлюднення здійснювала б значний вплив на ціни таких деривативів або відповідних контрактів на наявні товари та, якщо мова йде про інформацію, розкриття якої розумно очікується або необхідне відповідно до законодавчих або регуляторних положень на рівні ЄС або на національному рівні, правилами ринку, договором, практикою або звичаєм, – на відповідні ринки товарних деривативів або на ринки наявних товарів; 3) для осіб, уповноважених виконувати накази відносно фінансових інструментів, – інформацію, передану клієнтом або що стосується відкладених наказів клієнтів щодо фінансових інструментів, яка має точний характер, стосується, прямо або опосередковано, одного чи декількох емітентів або одного чи декількох

фінансових інструментів та яка у випадку її оприлюднення здійснювала б значний вплив на ціни таких фінансових інструментів, на ціни відповідних контрактів на наявні товари або на ціни відповідних похідних фінансових інструментів.

У ст. 8 Регламенту ЄС «Про зловживання на ринку» йдеться про зміст інсайдерських угод: вони мають місце у випадках, коли особа володіє внутрішньою інформацією і використовує таку інформацію, набуваючи або розпоряджаючись від свого імені або від імені третіх осіб, прямо або опосередковано, фінансовими інструментами, до яких належить така інформація. Використання внутрішньої інформації за допомогою скасування або зміни наказу щодо фінансових інструментів, яких стосується така інформація, якщо наказ був відданий до того, як відповідна особа одержала внутрішню інформацію, також вважається інсайдерською угодою [33].

Повертаючись до тексту вітчизняного кримінального закону, відзначимо, що об'єктивна сторона аналізованого злочину полягає у незаконному використанні інсайдерської інформації у спосіб, вказаний у ч. 1 або ч. 2 ст. 232-1 КК України. У ч. 1 цієї статті йдеться про незаконне розголошення, передачу або надання доступу до інсайдерської інформації, а так само надання з використанням такої інформації рекомендацій стосовно придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), а в ч. 2 ст. 232-1 КК України – про незаконне використання інсайдерської інформації шляхом вчинення з її використанням на власну користь або на користь інших осіб правочинів, спрямованих на придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), яких стосується інсайдерська інформація.

Перераховані вище діяння, визнані злочинними, заборонені (за винятком розголошення) і ч. 1 ст. 45 Закону від 23 лютого 2006 р. Якщо попередня редакція ст. 232-1 КК України, відсилаючи у частині розуміння звороту «незаконне використання інсайдерської інформації» до регулятивного законодавства, носила чітко виражений бланкетний характер, то чинна редакція аналізованої статті, безпосередньо називаючи конкретні прояви незаконного використання інсайдерської інформації, загалом є описовою.

Виокремлення у ст. 232-1 КК України як форм незаконного використання інсайдерської інформації незаконного розголошення інсайдерської інформації, надання з використанням інсайдерської інформації рекомендацій щодо придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів) та вчинення з використанням інсайдерської інформації правочинів загалом узгоджується з міжнародно-правовою практикою боротьби з інсайдерськими зловживаннями.

Ч. 1 і ч. 2 ст. 232-1 КК України містять вичерпні переліки злочинних діянь. У зв'язку з цим відмінні від прямо перерахованих у цих нормах дії, які той, хто володіє інсайдерською інформацією, вчиняє за допомогою цієї інформації або користуючись фактом наявності у неї такої інформації (наприклад, висунення майнових або інших вимог до власника інсайдерської інформації за повернення відповідних відомостей), не утворюють складу злочину «незаконне використання інсайдерської інформації». До того ж, як справедливо зазначає О.Я. Кондра [34, с. 354, 355–356], у подібних випадках не використовується властивість інсайдерської інформації у формі здатності впливу на вартість цінних паперів, на справедливе ринкове ціноутворення та проведення торгів на фондовому ринку. Відповідні дії за наявності підстав можуть кваліфікуватись за ст. 189 КК України як вимагання. Тому ми не погоджуємось із висловленою в літературі думкою про те, що караним за ст. 232-1 КК України незаконним використанням інсайдерської інформації може бути, зокрема, «шантаж власників чи службових осіб емітента погрозою розголошення інформації» [35, с. 13].

Рекомендації, про які йдеться у ч. 1 ст. 232-1 КК, можуть стосуватись як самого факту придбання, відчуження цінних паперів чи похідних (тобто полягати у пораді придбати, продати відповідні папери або утриматись від їх продажу чи придбання), так і моменту вчинення відповідних дій (порада відкласти придбання, продаж певних паперів на певний період часу або до певної дати) або кількості цінних паперів чи похідних, які мають стати предметом відповідних правочинів [36, с. 783].

Як вже зазначалось, ч. 1 ст. 232-1 КК як самостійну форму вчинення описаного в цій нормі злочину передбачає незаконне розголошення інсайдерської інформації. Однак у ст. 45 Закону від 23 лютого 2006 р. незаконне розголошення інсайдерської інформації безпосередньо не фігу-

рує в переліку заборонених дій. На думку Ю.Г. Старовойтової, це обумовлено тим, що незаконна передача інсайдерської інформації та незаконне надання доступу до неї, які передбачені в законодавчому переліку заборонених діянь, є за своєю соціально-правовою суттю розголошенням. У зв'язку з цим авторка висуває слушну пропозицію виключити зі ст. 232-1 КК України вказівку на такі форми, як незаконна передача інсайдерської інформації та незаконне надання доступу до такої інформації, оскільки вони є різновидами розголошення [37, с. 483–484]. Імпонує ця пропозиція Р.А. Волинцю. Щоправда, у редакції ст. 232-1 КК України, сформульованій цим науковцем, передача інсайдерської інформації та надання доступу до неї чомусь продовжують фігурувати (поряд із розголошенням інсайдерської інформації) [25, с. 201, 343, 387].

В юридичній літературі зустрічається й альтернативний підхід до вдосконалення досліджуваної кримінально-правової заборони. Так, М.В. Карчевський висловлюється за те, що залишити у диспозиції поліпшеної ч. 1 ст. 232-1 КК України вказівку лише на незаконне надання з використанням інсайдерської інформації рекомендацій стосовно придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів). Водночас пропонується запровадити загальну (щодо низки статей кримінального закону) заборону (ст. 361-2), в якій би йшлося про незаконне надання доступу до таємної, службової або конфіденційної інформації, якщо воно спричинило умисне істотне порушення реалізації прав, свобод або законних інтересів окремих фізичних осіб, або державних чи громадських інтересів, або діяльності юридичної особи [38, с. 6, 20, 21, 25, 28]. З урахуванням того, що інсайдерська інформація є різновидом конфіденційної інформації, викладений варіант вдосконалення КК України також видається прийнятним. Щоправда, залишення у сформульованій М.В. Карчевським редакції диспозиції ч. 1 ст. 232-1 КК України традиційної криміноутворювальної ознаки видається сумнівним (див. про це нижче).

Незаконне використання інсайдерської інформації у спосіб, передбачене як ч. 1, так і ч. 2 ст. 232-1 КК України, визнається злочином, якщо воно призвело до отримання особою, яка вчинила незаконні дії, чи третіми особами необґрунтованого прибутку в значному розмірі, уникнення учасником фондового ринку чи третіми особами значних збитків або до заподіяння значної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. З примітки ст. 232-1 КК України випливає, що значна шкода, заподіяна фізичним та юридичним особам незаконним виростанням інсайдерської інформації, як ознака об'єктивної сторони складу аналізованого злочину носить саме і тільки матеріальний характер. Ставиться до такої законодавчої новели варто критично, оскільки нематеріальні суспільно небезпечні наслідки незаконного використання інсайдерської інформації можуть бути для фондового ринку не менш вагомими (зрив ділових переговорів, припинення біржових торгів, зміна організаційної структури юридичної особи, підірив ділової репутації учасника фондового ринку тощо).

Значна шкода з точки зору кваліфікації за ст. 232-1 КК України може охоплювати як пряму дійсну шкоду (збитки від знецінення вартості цінних паперів або від придбання контрольного пакету акцій за завищеною ціною тощо), так і неодержані доходи. Наприклад, особі завдається шкода через те, що вона могла б одержати кращу ціну, якби інсайдерська інформація була розкрита до вчинення правочину з цінними паперами, або взагалі утрималася б від вчинення такого правочину. «...якщо в ході розслідування кримінальної справи буде з'ясовано, що у разі незаконного використання інсайдерської інформації умислом винного охоплювалось перешкоджання певній особі, наприклад, емітенту цінних паперів, в отриманні доходів, які ця особа б реально одержала за звичайних обставин (було укладено попередні договори купівлі-продажу цінних паперів або їхнього розміщення; прийнято рішення про виплату дивідендів тощо), то ця упущена вигода повинна враховуватись винному як суспільно-небезпечні наслідки його дій. Упущена вигода в такому випадку полягатиме у тих доходах, які б реально одержав учасник ринку цінних паперів, якби винний не вчинив незаконного використання інсайдерської інформації» [39, с. 349].

Називати отримання необґрунтованого прибутку в значному розмірі та уникнення значних збитків суспільно небезпечними наслідками незаконного використання інсайдерської інформації [36, с. 783], на нашу думку, неправильно. Адже під наслідком як обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочинів із матеріальним складом у кримінальному праві традиційно розуміють шкоду, спричинену злочинним діянням охоронюваним кримінальним законом відносинам. При-

буток у значному розмірі, як і уникнення значних збитків, що фігурують у ст. 232-1 КК України як криміноутворювальні ознаки, – це менш проблемні з погляду встановлення показники масштабів злочинної поведінки, однак не шкода, заподіяна злочином відносинам у сфері господарської діяльності. Таким чином, склад злочину, передбаченого і ч. 1, і ч. 2 ст. 232-1 КК України, за своєю законодавчою конструкцією є підстави визнати формально-матеріальним.

Подібні міркування під час аналізу об'єктивної сторони складів злочину, передбаченого ст. 185-6 КК РФ «Неправомірне використання інсайдерської інформації», висловлює Н.О. Лопашенко. Йдеться про те, що матеріальний склад неправомірного використання інсайдерської інформації пов'язаний із заподіянням значної шкоди громадянам, організаціям або державі, а формальний – з одержанням доходу або уникненням збитків у великому розмірі. Одержання доходу, як правило, не належить до наслідків; останні в структурі об'єктивної сторони складу будь-якого злочину полягають у заподіянні реальної шкоди об'єкту, охоронюваному кримінальним правом. Одержання особистої вигоди в результаті неправомірної поведінки наслідком визнано бути не може [40, с. 363, 364]. Для цілей кримінально-правової кваліфікації варто надавати перевагу критерію доходу, отриманого інсайдером, оскільки він дозволяє значно знизити стандарт доказування, не визначаючи при цьому шкоду [41, с. 93].

У цьому разі чинні законодавчі положення певною мірою співзвучні напрацюванням науковців. Якщо у випадку існування прямих договірних відносин між продавцем і покупцем встановити конкретного потерпілого від дій певного інсайдера нескладно, то зробити це на фондовому ринку, який є анонімним (знеособленим) і на якому далеко не завжди можна визначити, хто виступив контрагентом інсайдера, – проблематично. В.В. Саєнко справедливо зауважує, що інсайдерські операції з цінними паперами вирізняються саме тим, що при їх здійсненні складно (практично неможливо) встановити причинно-наслідковий зв'язок між поведінкою інсайдера і шкодою, заподіяною у певний проміжок часу конкретному інвестору або емітенту [24, с. 36–38, 205–210].

У зв'язку з цим О.О. Кашкаров висунув слушну пропозицію перетворити аналізований склад злочину з матеріального у формальний. Пояснювалось це множинністю чинників на фондовому ринку та, як наслідок, складністю встановлення причинного зв'язку між діянням винного і настанням істотної матеріальної шкоди (обов'язкова ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого попередньою редакцією ст. 232-1 КК), а також неможливістю розроблення відповідної методики [42, с. 5, 13, 17]. Переконали аргументи на користь конструювання основного складу злочину «Незаконне використання інсайдерської інформації» як формального та одночасного виключення з КУПАП ст. 163-9 «Незаконне використання інсайдерської інформації» формулює Р.А. Волинець, який, серед іншого, привертає увагу до того, що законодавство ЄС не вимагає, щоб кримінально-правова заборона, присвячена незаконному використанню інсайдерської інформації, обов'язково передбачала настання суспільно небезпечних наслідків [25, с. с. 30, 204, 206–208, 343–344, 350, 387].

Як впливає з ч. 2 ст. 3 Регламенту ЄС «Про зловживання на ринку», для цілей цього документа інсайдерські угоди виникають, якщо особа володіє внутрішньою інформацією і використовує її в разі придбання чи розпорядження, за свій рахунок або за рахунок третьої особи, прямо або опосередковано, фінансовими інструментами, яких ця інформація стосується. Дія зазначеної норми поширюється на будь-яких осіб, які володіють інсайдерською інформацією внаслідок: 1) обіймання посади члена управління або контролюючих органів емітента або учасника ринку, який має дозвіл на емісію; 2) володіння часткою в капіталі емітента або учасника ринку, який має дозвіл на емісію; 3) наявності доступу до інформації шляхом працевлаштування, виконання професійних обов'язків; або 4) участі у злочинній діяльності. Ця стаття застосовується також до будь-якої особи, яка володіла внутрішньою інформацією на підставі інших, ніж перераховані вище, обставин, якщо особа при цьому усвідомлювала, що така інформація є інсайдерською [33].

Щодо України, то за ст. 232-1 її КК можуть нести відповідальність особи, вказані у ч. 3 припису цієї статті, а саме: посадові особи емітента, у тому числі ті, які були посадовими особами емітента на момент ознайомлення з інсайдерською інформацією; особи, які мають доступ до інсайдерської інформації у зв'язку з виконанням ними трудових (службових) обов'язків або договірних зобов'язань незалежно від відносин з емітентом, у тому числі співробітники професійних

учасників фондового ринку; державні службовці, яким інсайдерська інформація відома внаслідок виконання ними посадових (службових) обов'язків; особи, які ознайомилися з інсайдерською інформацією неправомірним шляхом; аудитори, нотаріуси, експерти, оцінювачі, арбітражні керуючі або інші особи, які виконують надані законом публічні повноваження.

Для порівняння: законодавство європейських країн услід за американським розрізняє так званих первинних і вторинних інсайдерів. Первинні інсайдери – це фізичні особи, які мають безпосередній доступ до інсайдерської інформації внаслідок існуючих правовідносин із законним власником інсайдерської інформації чи на іншій законній підставі. Вторинними інсайдерами визнаються особи, які отримали інсайдерську інформацію від третіх осіб (безпосередньо або опосередковано), тобто ними можуть бути особи, які не мають жодних правовідносин із власником цієї інформації. У будь-якому разі застосування санкцій до вторинних інсайдерів передбачає, що вони знали або щонайменше повинні були знати про наявність у використовуваній ними інформації «інсайдерської» складової [11, с. 92].

Загалом ми погоджуємось з А.М. Ришелюком, на думку якого аналіз наведеного у примітці ст. 232-1 КК України переліку осіб свідчить, що «фактично суб'єктом цього злочину може бути будь-яка особа, якій відома інсайдерська інформація, незалежно від її відносин з емітентом цінних паперів або від того, яким чином відповідна інформація стала відома особі» [36, с. 784].

Виходить, що злочином, передбаченим ст. 232-1 КК України, визнається у тому числі вторинна інсайдерська діяльність – діяльність осіб, які не мають безпосереднього доступу до інсайдерської інформації та не пов'язані з емітентами цінних паперів трудовими (службовими) або договірними відносинами, але які взнали інсайдерську інформацію в силу виконуваної роботи (водії таксі, прибиральники, інші працівники обслуговуючого персоналу тощо). Навіть якщо такі особи не знали і за обставинами справи не повинні були знати, що певна інформація надійшла їм саме від інсайдера, вони мають визнаватись суб'єктами розглядуваного злочину.

Неоднозначність зберігається хіба що в частині визнання суб'єктом злочину так званого випадкового набувача, який взнає інсайдерську інформацію не у зв'язку з виконанням трудових (службових) обов'язків або договірних зобов'язань. Наприклад, особі інсайдерську інформацію добровільно повідомив близький родич – працівник емітента або особа випадково почула відповідну інформацію. З одного боку, і такий набувач інформації є особою, яка володіє інсайдерською інформацією. З іншого, він, вочевидь, не підпадає під жодну з категорій осіб, названих у примітці ст. 232-1 КК України, а тому не може нести відповідальність на підставі цієї кримінально-правової норми як виконавець. І така ситуація схиляє до думки про те, що суб'єкт аналізованого злочину на сьогодні є все ж не загальним, а спеціальним.

Будучи переконаним у тому, що коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації, має визначатись не кримінальним, а регулятивним законодавством, М.М. Сивак запропонував вилучити ч. 3 з примітки ст. 232-1 КК України, передбачивши у Законі від 23 лютого 2006 р. перелік осіб, зобов'язаних зберігати у таємниці інсайдерську інформацію, не надавати доступу до неї або не надавати з використанням такої інформації рекомендацій стосовно придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (derivativів) [43, с. 117–118]. Фактично проблему визначення суб'єкта пропонується вирішувати саме і тільки під кутом дотримання правил законодавчої техніки, «розвантажуючи» текст кримінального закону (а так само КУпАП) і позбавляючи його (ix) громіздкого і казуїстичного переліку осіб, спроможних нести відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації. Однак змістовне розв'язання цієї проблеми передбачає насамперед підтвердження (або спростування) доктринальної тези про об'єктивну неможливість вичерпного перерахування осіб, які можуть бути інсайдерами [8, с. 16].

Позиція Р.А. Волинця з розглядуваного питання кримінально-правової характеристики незаконного використання інсайдерської інформації виглядає суперечливою. Так, згаданий дослідник переймається уточненням формулювання, наведеного у ч. 3 примітки ст. 232-1 КК України, яка містить коло осіб, спроможних нести відповідальність за аналізований злочин, і пропонує *de lege ferenda* власний конкретизований перелік його виконавців [25, с. 358–360, 389–390]. Однак на с. 244 своєї кваліфікаційної праці науковець зазначає, що «доцільно було б взагалі виключити п. 3 цієї примітки та визначити, що суб'єкт незаконного використання інсайдерської інформа-

ції є загальним» [25, с. 170]. До речі, на користь останньої тези вказує і зарубіжний досвід: як повідомляє І.А. Клепицький, широке розуміння інсайдера як будь-якої особи, яка так чи інакше одержала інсайдерську інформацію, характерне практично для всіх країн Європейського Союзу (за винятком Данії і Нідерландів); конкретизовані переліки тут недоречні [2, с. 8, 11].

Досвід США в частині протидії інсайдерським зловживанням. На відміну від законодавства європейських країн, у США легальне визначення поняття інсайдерської інформації відсутнє. Відповідно, дефініцію інсайдерської інформації варто синтезувати через поняття «інсайдерська торгівля» (insider trading) та «інсайдерська діяльність» (insider dealing). При цьому інсайдерською визнається торгівля фінансовими інструментами, що ґрунтується на непублічній істотній інформації; остання може стосуватись не лише поточної економічної діяльності певної компанії, а й майбутніх правочинів, які можуть вчинятись на підставі такої інформації (тобто інформація повинна бути релевантною) [8, с. 26–27].

Однією з найбільш резонансних кримінальних справ, пов'язаних з використанням інсайдерської інформації, на сучасному етапі розвитку фондового ринку США вважається справа нью-йоркського інвестора-мільярдера Раджа Раджаратнама. Він у період з 2003 по 2009 рр. систематично використовував непублічну інформацію, яка стосувалась економічних прогнозів, корпоративних злиттів і поглинань, а також інших ділових процесів, тобто інсайдерську інформацію. Її засуджений одержував у формі порад (повідомлень) від працівників і партнерів корпорацій, інвестиційних фондів і брокерських компаній. Серед американських корпорацій, акціями яких Раджаратнам активно торгував, були й такі гіганти, як «Goldman Sachs», «Intel», «IBM», «Polycorn», «AMD». Федеральний суд Південного округу штату Нью-Йорк установив, що Раджаратнам вчинив незаконні дії на фондовому ринку в співучасті з іншими особами – переважно топ-менеджерами інвестиційних і консалтингових фірм, а також працівниками публічних компаній. Інші співучасники уклали з обвинуваченням угоди про визнання вини. Сума незаконно одержаного за результатами інсайдерських операцій доходу становила декілька десятків мільйонів доларів. Вироком суду Раджаратнама було засуджено до рекордних 11 років позбавлення волі, штрафу в розмірі 10 млн. дол. і конфіскації майна на суму 53,8 млн. дол. [44].

Цей вирок і по сьогодні залишається найсуворішим серед усіх вироків, винесених у справах про незаконне використання інсайдерської інформації. Після його винесення федеральний прокурор Південного округу штату Нью-Йорк зазначив, що незаконна інсайдерська торгівля цінними паперами повинна бути табу для всіх тих, хто вірить чи спирається на вільний ринок. Така протиправна діяльність вводить в оману звичайного інвестора, шкодить фінансам і репутації компаній, інформацію яких викрали та використали, і врешті-решт негативно позначається не лише на прозорості фондового ринку, а й загалом на дотриманні принципу верховенства права [45].

На сторінках юридичної літератури інколи зустрічаються критичні зауваження на адресу американської моделі кримінально-правового протидії відповідним зловживанням: 1) надзвичайно великий вплив суддівського та адміністративного розсуду: рішення судів у справах про інсайдерські зловживання можуть ухвалюватися на основі діаметрально протилежних процесуальних підходів із використанням положень різного матеріального права, що призводить до формування суперечливої судової практики; 2) більшість американських менеджерів володіють акціями своїх компаній, чим заохочується їх зацікавленість у результатах роботи компанії; водночас вони мають доступ до закритої інформації про компанію і можуть використовувати ці знання в незаконних цілях [11, с. 92]. Наш аналіз американського законодавства про відповідальність за інсайдерські зловживання і практики його застосування не дозволяє погодитись із висловленими зауваженнями.

По-перше, складно уявити собі роботу федеральних судів США в такому собі «розбалансованому», непослідовному режимі – шляхом звернення до протилежних процесуальних підходів із використанням при цьому положень різного матеріального права. Так, процесуальні підходи, як і тлумачення обов'язкових ознак інсайдерських зловживань, можуть відрізнитись – здебільшого на рівні окремих федеральних апеляційних округів. Це абсолютно нормальна практика і, до речі, не лише для американських судів. Для цього і функціонує американська модель динамічного загального права: неоднозначне тлумачення норм матеріального та процесуального права усувається шляхом перегляду суперечливої практики апеляційними судами чи врешті-решт ВС

США. На цьому фоні твердження про те, що за однакових обставин один суд зробить висновок про наявність складу «інсайдерського» злочину, а інший – про його відсутність, видається неспроможним. Теоретично така ситуація можлива, однак лише на нетривалий час, допоки непослідовна практика не стане предметом уніфікованого і, підкреслимо, неминучого перегляду судом вищої інстанції. Тим більш незрозумілою видається теза про те, що матеріальне право може бути різним. Насправді в США воно єдине і консолідоване в конкретних нормах кримінального і регулятивного законодавства; можливо, воно дещо суперечливе за своїм змістом і в нашому розумінні розпливчасте, однак це вже питання іншого характеру.

По-друге, жодного криміналу в тому, що менеджери (і не лише представники управлінської ланки) американських компаній володіють певними пакетами їх акцій, немає. Існують потенційні загрози кримінально-правового характеру, однак вони на рівні всього лише ймовірності пронизують весь американський бізнес та й взагалі правовідносини в суспільстві. У будь-якій сфері економічних правовідносин (у нашому випадку – на фондовому ринку) завжди будуть діяти учасники, які не бажають «грати» за встановленими правилами, обираючи шлях їх порушення. І це не є приводом для заборони певної практики, тим більше, економічно обґрунтованої – такої, як стимулювання лояльності та кращих показників діяльності менеджерів компанії. Тим більше, що просте пропорційне порівняння загальної кількості притягнутих у США до кримінальної відповідальності інсайдерів і кількості корпоративних управлінців, які володіють інсайдерською інформацією та одночасно пакетами акцій своїх компаній, переконує в тому, що порушення тут є одиничними, і вони не здатні поколивати позитивну, економічно обґрунтовану практику володіння умовно інсайдерськими пакетами акцій.

Далі розглянемо підстави кримінальної відповідальності за незаконне використання інсайдерської інформації в США. Ознаки цієї кримінально каранної поведінки у неконкретизованому вигляді описані в § 78ff «Санкції» розділу 15 Зібрання законів США (далі – ЗЗ США; офіційна назва розділу – «Комерція та торгівля»). Зокрема, в ч. (а) § 78ff зазначено, що будь-яка особа, яка умисно порушує будь-яке положення глави 2В «Фондові біржі» розділу 15 ЗЗ США (крім розділу 78dd–1 цього розділу), або будь-яке правило чи положення, дотримання яких вимагається відповідно до умов цього розділу, або будь-яка особа, яка умисно і свідомо робить будь-яке повідомлення в будь-якій заявці, звіті або документі, що підлягають поданню згідно з цією главою або будь-яким правилом або положенням, якщо таке повідомлення було завідомо неправдивим або вводило в оману стосовно будь-якого матеріального (істотного) факту, у разі засудження може бути оштрафована не більше ніж на 5 млн. дол. або позбавлена волі на строк не більше 20 років, або до неї будуть застосовані обидва покарання. У разі вчинення кримінального правопорушення юридичною особою максимальний розмір штрафу становитиме 25 млн. дол. У цій же нормі зазначено, що жодна особа не може бути позбавлена волі за порушення будь-якого правила або положення, якщо вона доведе, що не знала про таке правило або положення [46]. Буквальне тлумачення цього застереження дозволяє стверджувати, що в такому випадку кримінальна відповідальність все одно має наставати, однак може бути застосоване лише покарання у виді штрафу

Викладений кримінально-правовий припис має складну, багаторівневу і до того ж бланкетну природу, зобов'язуючи правозастосувача з метою встановлення ознак кримінально каранної поведінки передусім звертатись до положень § 78j «Маніпулятивні та обманні способи» Розділу 15 ЗЗ США. Ця федеральна норма містить безпосереднє застереження про незаконність дій будь-якої особи, яка прямо чи опосередковано, за допомогою будь-яких засобів або інструментів торгівлі між штатами чи поштового зв'язку, або будь-якого об'єкта будь-якої національної біржі цінних паперів: а) здійснює короткі продажі або використовує чи застосовує будь-який порядок припинення втрат у зв'язку з купівлею або продажем будь-якого цінного паперу, крім державного, всупереч тим правилам і положенням, які КЦПФР США встановила як необхідні в інтересах суспільства або для захисту інвесторів; б) використовує у зв'язку з купівлею або продажем будь-якого цінного паперу, зареєстрованого чи незареєстрованого на національній фондовій біржі, або будь-якої своп-угоди на основі цінних паперів *будь-якого маніпулятивного або обманного способу або схеми* (курсив наш – О.Д., Д.К.) у порушення тих правил і положень, які КЦПФР США встановила як необхідні в інтересах суспільства або для захисту інвесторів [47].

Із наведеного випливає висновок про те, що єдиної кримінально-правової заборони, яка б більш-менш чітко описувала ознаки інсайдерських зловживань, федеральне законодавство США не містить, по суті віддаючи цю конкретику на «відкуп» нормотворчості КЦПФР США, а також відповідній прецедентній практиці федеральних судів. Останні тлумачать, застосовують та зобов'язують дотримуватися правил КЦПФР США про інсайдерство як де-факто норм кримінального права. У цьому, до речі, полягає ключова відмінність американської практики від європейського і, зокрема, українського підходів, які передбачають (хоч і з різним рівнем конкретизації) закріплення криміноутворювальних ознак зловживання з інсайдерською інформацією у національному кримінальному законі.

Ключовим серед правил, про обов'язковість виконання яких йдеться в згаданій вище забороні, є Правило КЦПФР США 10b-5 (далі – Правило 10b-5). Ухвалене на виконання § 10(b) Акту про фондові біржі 1934 р. Правило 10b-5 забороняє будь-якій особі у зв'язку з продажем чи придбанням будь-якого цінного паперу, прямо чи опосередковано, із використанням будь-яких засобів або інструментів торгівлі між штатами, або поштових відправлень або будь-якого об'єкта будь-якої національної фондової біржі цінних паперів альтернативно вчиняти одне з трьох діянь: 1) використовувати будь-який спосіб, схему або метод шахрайства; 2) неправдиво повідомляти про будь-яку істотну обставину або замовчувати істотну обставину, необхідну для правдивої офіційної заяви; 3) брати участь у будь-яких діях, поведінці або діловій практиці, які визнаються чи можуть визнаватись проявом шахрайства або обману будь-якої особи у зв'язку з купівлею або продажем будь-якого цінного паперу [48].

Семюел Буел дещо алегорично порівнює функціональність Правила 10b-5, покликаною протидіяти проявам шахрайства з цінними паперами, із швейцарським ножом. Його завданнями є попереджати, регулювати, забороняти, штрафувати, застосовувати суспільний осуд, компенсувати та ще багато чого – все це певною мірою змішує коректне розуміння змісту та призначення вказаної норми. Дослідник додає, що термін «шахрайство з цінними паперами» є узагальнюючим, оскільки позначає широке коло проявів протиправної поведінки як у кримінально-правовому, так і в цивільно-правовому та адміністративно-правовому сенсі. Таке шахрайство з концептуальної точки зору повинно охоплювати як традиційні форми обману, так і більш складні, завуальовані форми перекручування істини, приховування інформації та введення інших осіб в оману. Унаслідок тривалої (понад сімдесят років) практики судової апробації правила про шахрайство з цінними паперами його судова і наукова інтерпретації зазнали помітних змін [49, с. 540–541].

У 1961 р. КЦПФР США винесла рішення в адміністративній справі проти брокерської компанії «Caddy, Roberts & Co.», де запропонувала традиційний підхід до розуміння заборони щодо розголошення інсайдерської інформації в контексті застосування Правила 10b-5. Підхід регулятора ґрунтується на двох ключових положеннях: 1) існування відносин, які дають доступ, прямо чи опосередковано, до інформації, призначеної лише для внутрішнього, корпоративного користування, а не для використання в особистих цілях; 2) прояв очевидної несправедливості у ситуаціях, коли особа отримує вигоду від використання такої інформації, усвідомлюючи при цьому, що вона недоступна іншим особам, з якими вона має ділові стосунки [50].

Суди згодом розвинули це правило у більш широкий формат під назвою «розкрий або утримайся». Ось як його охарактеризував апеляційний суд другого округу в справі «SEC v. Texas Gulf Sulphur»: будь-яка особа, яка володіє інсайдерською інформацією, повинна або розкрити її всій спільноті інвесторів, або, якщо вона не може розкрити таку інформацію з метою захисту корпоративної (комерційної) таємниці чи просто не бажає розкрити її, вона повинна утриматись від торгівлі чи пропозиції щодо цінних паперів до тих пір, поки інформація залишається нерозкритою.

Далі спробуємо визначити зміст ключової криміноутворювальної ознаки («будь-який маніпулятивний або обманний спосіб чи схема»). Її нормативне визначення закріплене в § 240.10b5-1 «Торгівля на підставі матеріальної неpubлічної інформації» Кодексу федеральних правил США – кодифікованої збірки основних постанов і наказів органів федеральної виконавчої влади, фактично зібрання адміністративних регуляторних актів. У ч. (а) вказаної норми зазначено, що «маніпулятивні та обманні схеми», заборонені § 78j, охоплюють, серед іншого, купівлю або продаж цінного паперу будь-якого емітента, на підставі матеріальної неpubлічної інформації про такий цінний папір або емітента, що порушує обов'язки довіри або конфіденційності на користь безпо-

середньо чи опосередковано емітента такого цінного паперу або акціонерів цього емітента, або будь-якої іншої особи, яка є джерелом матеріальної непублічної інформації. У ч. (b) § 240.10b5-1 додатково зазначено, що придбання або продаж цінних паперів емітента вважаються зробленими на підставі матеріальної непублічної інформації про цінний папір або його емітента, якщо особа, яка здійснює відповідну купівлю або продаж, знала про матеріальний і непублічний характер інформації, коли здійснювала таку покупку або продаж [51].

Звертає на себе увагу та обставина, що 240.10b5-1(c)(1)(i) містить вичерпний перелік захистів від переслідування за підозрою в торгівлі цінними паперами на підставі інсайдерської інформації. Зокрема, у § 240.10b5-1(c)(1)(i)(A) зазначено, що купівля чи продаж цінного паперу не були здійснені на підставі матеріальної непублічної інформації, якщо особа доведе, що до того моменту, як їй стала відома така інформація, вона: 1) уклала контракт про купівлю чи продаж цінних паперів; 2) наказала іншій особі купити чи продати цінний папір на чи з особистого рахунку; 3) запровадила письмовий план щодо торгівлі цінними паперами. Далі, § 240.10b5-1(c)(1)(i)(B) вимагає, щоб загаданий у попередній частині контракт, наказ чи план альтернативно: 1) містив детальну інформацію про кількість, вартість цінних паперів, які необхідно придбати або продати, а також дату відповідної операції; 2) містив письмову формулу або алгоритм, або комп'ютерну програму для визначення кількості, вартості цінних паперів, які необхідно придбати або продати, а також дати відповідної операції; 3) не дозволяв особі здійснювати будь-який подальший вплив на те, як, коли і чи здійснювати покупку або продаж; якщо, крім того, будь-яка інша особа, яка відповідно до контракту, наказу чи плану здійснювала такий вплив, не була обізнана про матеріальну непублічну інформацію. Нарешті, § 240.10b5-1(c)(1)(i)(C) містить третю обов'язкову вимогу про те, що придбання або продаж були здійснені виключно в межах, визначених відповідним контрактом, інструкцією або планом [51].

Як бачимо, у § 240.10b5-1(c) міститься складна нормативна вимога до суб'єктів операцій із цінними паперами, яка спирається на три ключові вимоги, що, своєю чергою, містять декілька альтернативних уточнюючих вимог. З одного боку, тут чітко спостерігається економічно обґрунтований підхід, у межах якого виключаються випадки купівлі/продажу цінних паперів на підставі матеріальної непублічної інформації. З іншого, в суто юридичному сенсі проводиться чітко сформована межа між незаконною інсайдерською торгівлею і легітимними операціями з цінними паперами. Вартує уваги ще й та обставина, що § 240.10b5-1(c)(1)(i) застосовується лише в тому разі, коли контракт, наказ або план купівлі або продажу цінних паперів було надано або укладено *добросовісно*, а не як частина плану чи схеми для ухилення від накладених цією нормою обмежень (про це йдеться § 240.10b5-1(c)(1)(ii)). Через звернення до вимоги про добросовісність (чесність) поведінки учасника фондового ринку федеральний регулятор використовує додатковий юридичний запобіжник для унеможливлення протиправної поведінки.

Використана в § 78j Розділу 15 ЗС США ключова ознака використання маніпулятивних та обманних способів охоплює три види злочинів проти фондового ринку: 1) маніпулювання на фондовому ринку; 2) незаконне використання інсайдерської інформації; 3) шахрайство на фондовому ринку (зокрема, шахрайство з документами офіційної звітності емітента). Конгрес США у такий спосіб створив універсальний тандем із двох норм – регулятивної § 78j та кримінально-правової 78ff, які повинні в сукупності забезпечувати комплексний, універсальний захист фондового ринку від трьох основних форм протиправних посягань на нього.

На користь зробленого висновку вказує і текст спеціальної примітки § 78j. Тут зазначено, що правила, опубліковані в частині (b) цієї норми, які забороняють шахрайство, маніпулювання або інсайдерську торгівлю (за виключенням правил, які встановлюють або визначають вимоги до звітування чи ведення обліку, процедури або стандарти як профілактичні заходи проти шахрайства, маніпулювання або інсайдерської торгівлі), а також юридичні прецеденти, ухвалені на виконання частини (b) та пов'язані з цими прецедентами правила, які підлягають оприлюдненню, які забороняють шахрайство, маніпулювання або інсайдерську торгівлю, застосовуються до своп-угод на основі цінних паперів тією ж мірою, якою вони застосовуються до цінних паперів.

Викладений підхід є оригінальним і, як свідчить практика, дієвим, особливо з урахуванням тієї обставини, що дві згадані норми ЗС США описують лише загальні вимоги і заборони до учасників фондового ринку, зміст яких конкретизовано (з урахуванням принципу ієрархії юридичної

сили нормативних актів) у положеннях Кодексу федеральних правил США. Більше того: хоч в європейських країнах, включаючи Україну, кримінальна відповідальність за маніпулювання та інсайдерство передбачена в різних законодавчих заборонах, в європейському правовому просторі використовується широке (сукупне) поняття «зловживання ринком».

У кримінальній справі «United States v. O'Hagan» (1997 р.) ВС США звернув увагу на те, що існують два окремі та водночас взаємодоповнюючі фідуціарні зв'язки, які можуть бути підставою для порушення кримінальної справи у зв'язку з інсайдерською торгівлею цінними паперами. Перший зв'язок (між корпоративними «інсайдерами» та акціонерами) іменують класичною теорією інсайдерської торгівлі. Другий зв'язок охоплює корпоративних «аутсайдерів» і «внутрішнє» джерело матеріальної непублічної інформації; він охоплюється теорією незаконного привласнення. Наразі обидві теорії зловживання фідуціарними зв'язками виступають доктринальним обґрунтуванням кримінальної відповідальності за інсайдерські зловживання в США. Пропонуємо «заглянути всередину» кожної теорії з метою виявлення її переваг і вад.

Відповідно до класичної теорії інсайдерської торгівлі кримінальна відповідальність повинна наставати у випадках, коли корпоративний інсайдер придбаває чи продає цінні папери на підставі матеріальної непублічної інформації. Отже, притягувати до кримінальної відповідальності за цією теорією можна лише тих інсайдерів, які мають фідуціарний обов'язок перед акціонерами корпорації. У згаданій вище справі ВС США виробив правило поведінки представника компанії в разі отримання конфіденційної (інсайдерської) інформації: така особа зобов'язана розкрити непублічну інформацію про діяльність компанії або утриматись від купівлі/продажу цінних паперів на підставі такої інформації. Звернемось до судової практики.

У серпні 2012 р. Роберта Рамнаріна було звинувачено у вчиненні трьох епізодів шахрайства з цінними паперами. Обіймаючи посаду заступника секретаря департаменту фондових ринків фармацевтичної корпорації «Bristol-Myers Squibb» (далі – BMS), Рамнарін аналізував фінансовий стан компаній, у придбанні яких BMS була зацікавлена. Маючи перед своєю компанією обов'язок не розголошувати і не використовувати на свою чи користь третіх осіб будь-яку матеріальну непублічну інформацію про діяльність BMS, Рамнарін порушив його шляхом використання відомої йому інсайдерської інформації всупереч інтересам компанії. Слідство встановило, що протягом 2010–2012 рр. обвинувачений, використовуючи відому йому інсайдерську інформацію, здійснив торгівлю цінними паперами трьох компаній. Сукупний незаконно одержаний Рамнаріном доход склав 311 тис. 361 дол. Більше того: Роберт Рамнарін намагався приховати нелегальну торгівлю цінними паперами. Про це свідчили перехоплені ФБР електронні дані: зі свого робочого комп'ютера обвинувачений неодноразово надсилав запити в мережі Інтернет і відвідував професійні сайти та блоги з питань використання інсайдерської інформації під час торгів на фондовому ринку, а також вивчав інформацію про способи приховування цих фактів від правоохоронних органів [52].

Американські суди традиційно розглядають нерозкриття інсайдерської інформації як один із проявів так званих обманних способів (англ. – *deceptive device*, дослівний переклад – «шахрайський механізм») у розумінні згаданого вище § 78j розділу 15 ЗЗ США. Саме в такий спосіб інсайдери одержують несправедливу перевагу над іншими акціонерами під час укладання угод із цінними паперами. Звідси випливає, що в разі повідомлення іншим акціонерам про своє бажання торгувати акціями на підставі непублічної інформації, поєднаної з її одночасним оприлюдненням, кримінальна відповідальність наставати не повинна.

Крім так званих традиційних інсайдерів, тобто осіб, які безпосередньо працюють в корпорації та мають доступ до внутрішньої непублічної інформації, класична теорія інсайдерської торгівлі охоплює і так званих тимчасових інсайдерів, а також третіх осіб, які отримали інсайдерську інформацію безпосередньо від інсайдерів. До перших належать андеррайтери, адвокати, аудиторі, консультанти, інші фахівці, яким надано тимчасовий доступ до будь-якої інсайдерської інформації через виконання професійних обов'язків. Такі особи визнаються тимчасовими фідуціаріями корпорації, а отже, не повинні розкривати відому їм інсайдерську інформацію. Як зазначалось вище, ст. 232-1 КК України доречно враховує таку особливість суб'єктного складу інсайдерських зловживань.

Своєю чергою, треті особи, яким стала відома інсайдерська інформація, підлягають у США кримінальній відповідальності за наявності п'яти умов: 1) інформатор (носії інсайдерської інформації) володів матеріальною непублічною інформацією, яка стосується діяльності корпорації; 2) інформатор надав таку інформацію третій особі; 3) третя особа взяла участь у торгівлі цінними паперами під час володіння інсайдерською інформацією; 4) третя особа знала чи повинна була знати про те, що інформатор порушив довірчі відносини з корпорацією, коли передав інформацію; 5) інформатор одержав вигоду (як майнового, так і немайнового характеру) від розкриття інсайдерської інформації третій особі. Переглядаючи рішення у справі «United States v. Evans» (2007 р.), апеляційний суд сьомого округу зазначив, що присяжні могли визнати третю особу винуватою навіть у тому випадку, коли інформатору попередньо було винесено виправдальний вирок суду в кримінальній справі про змову на інсайдерську торгівлю між інформатором і третьою особою.

Таким чином, американська судова практика визнає можливість засудження третьої особи навіть за умови, що інформатор діяв без умислу – головне, щоб третя особа усвідомлювала при цьому, що шляхом передачі непублічної інформації інформатор порушив вимогу про збереження режиму її конфіденційності.

Заради справедливості зазначимо, що, незважаючи на широке тлумачення судами поняття «інсайдер», американські прокурори мали обмежений успіх у кримінальному переслідуванні порушників інформаційних вимог фондового ринку на підставі класичної теорії. А тому представники державного обвинувачення послідовно лобіювали перед суддівським корпусом використання іншої теорії кримінальної відповідальності за інсайдерську торгівлю – теорії незаконного привласнення.

У згаданій вище справі «United States v. O'Hagan» ВС США нарешті вирішив тривалий конфлікт між апеляційними судами стосовно правильного застосування закону шляхом утвердження теорії незаконного привласнення. Відповідно до неї підставою кримінальної відповідальності особи, яка торгує цінними паперами через наявну в неї непублічну інформацію, виступає саме незаконне привласнення такої інформації. Обґрунтовуючи свою позицію, ВС США зазначив, що теорія незаконного привласнення підпадає під дію положень Правила 10b-5, відповідно до яких необхідно встановлювати: 1) обманний спосіб; 2) порушення фідучіарного обов'язку; 3) використання матеріальної непублічної інформації у зв'язку з придбанням чи продажем цінного паперу; 4) вчинення перерахованих дій умисно. При цьому обман через нерозкриття певної інформації, будучи центральним елементом розглядуваної теорії, проявляється в тому, що особа зловживає конфіденційною інформацією з метою збагачення та одночасно симулює лояльність (відданість) джерелу такої інформації. По суті теорія незаконного привласнення не забороняє учасникам ринку здійснювати операції з цінними паперами, ґрунтуючись на непублічній інформації. Водночас забороняється торгувати цінними паперами на підставі конфіденційної інформації, якщо особа тим самим зловживає довірчими (або довірними) відносинами із законним власником такої інформації (у більшості випадків – корпорацією).

Розмірковуючи над основними положеннями теорії незаконного привласнення, Барбара Алдаве вказує на її основні відмінності від класичної теорії. Відповідно до останньої корпоративний інсайдер порушує фідучіарний обов'язок перед акціонерами компанії в разі торгівлі цінними паперами на підставі відомої йому конфіденційної інформації. Хоч обидві теорії вимагають встановлення факту порушення фідучіарного обов'язку до акціонерів або до безпосереднього джерела інформації, жодна теорія не забороняє торгівлю інсайдерською інформацією повністю [53, с. 111]. Наприклад, якщо фондові брокери використовують чи надають своїм клієнтам законно одержану непублічну інформацію про цінні папери чи їх компанію-емітента, то підстави для настання юридичної відповідальності відсутні, адже Конгрес у своїх актах проголосив інформаційні переваги учасників фондового ринку однією з гарантій стабільності та прозорості ринку. Отже, ключове питання потрібно формулювати таким чином: чи була інсайдерська інформація одержана та згодом використана в законний чи, навпаки, незаконний спосіб?

У березні 2011 р. Дональд Джонсон, колишній директор аналітичного підрозділу фондової біржі NASDAQ, уклав угоду з обвинуваченням про визнання вини в торгівлі цінними паперами на підставі інсайдерської інформації. Він зізнався в тому, що неодноразово протягом 2006–2009 рр.

придбавав і продавав акції компаній-учасників біржі NASDAQ на підставі інформації з обмеженим доступом. За матеріалами слідства, професійні обов'язки Джонсона включали в себе моніторинг руху цін на акції компаній-учасників NASDAQ, а також надання компаніям інформації та аналітичних досліджень щодо показників обігу їх акцій. Для реалізації цих завдань корпорації періодично надавали Джонсону неопублічну матеріальну інформацію про свою діяльність, включаючи прогнози щодо реалізації товарів (послуг), про взаємодію з регуляторними органами, а також кадрові зміни. Обвинувачений зізнався в тому, що він регулярно використовував таку інформацію незадовго до її офіційного оприлюднення під час торгівлі цінними паперами. З метою приховування протиправної діяльності Джонсон торгував акціями компаній через брокерський рахунок дружини, що є прямим порушенням правил NASDAQ. Загальна сума незаконно одержаного доходу склала понад 640 тис. дол. Зокрема, у листопаді 2007 р. Джонсон, володіючи закритою інформацією про успішне тестування корпорацією «United Therapeutics Corporation» нового медичного препарату, придбав акції цієї компанії. Після офіційного оголошення результатів клінічних випробувань обвинувачений продав свої акції, вартість яких істотно зросла. Лише від цієї операції незаконно одержаний обвинуваченим дохід склав 175 тис. дол. [54].

На відміну від ділових відносин, в яких фідуціарні вимоги є ustalеними й зрозумілими як для учасників ринку, так і для правозастосувача, довірчі зв'язки в частині збереження та поширення інформації в приватних відносинах між окремими людьми (особливо якщо це близькі родичі) тривалий час залишались нерегульованими ні законодавцем, ні правозастосувачем. Нарешті у 2000 р. КЦПФР США ухвалила Правило 10b-5(2), що містить відкритий перелік із трьох типових ситуацій, у разі виникнення яких розголошення інсайдерської інформації заборонено: 1) особа прямо обіцяє зберегти інформацію в таємниці; 2) характер попередніх відносин між сторонами дозволяє зробити висновок про усвідомлення ними необхідності не розкривати інформацію; 3) інформація надається одним із подружжя, батьками, дітьми чи рідними братами (сестрами), крім випадків, коли обставини конкретних родинних стосунків свідчать про відсутність довірчих стосунків.

Так, у цивільній справі «SEC v. Yun» (2003 р.) в інсайдерській торгівлі було звинувачено дружину голови правління корпорації та її друга. Як свідчили матеріали розслідування, Донна Юн, дізнавшись від свого чоловіка Девіда Юна про високу вірогідність падіння вартості акцій корпорації «Scholastic», поділилась цією закритою інформацією з близьким другом і колегою. Останній, скориставшись інформацією, придбав, а згодом продав пакет акцій, одержавши дохід у розмірі 269 тис. дол. Переглядаючи справу в порядку апеляційного оскарження, апеляційний суд одинадцятого округу підтвердив, що представник КЦПФР США надав переконливі докази існування усної домовленості між Донною та Девідом Юном про нерозголошення закритої інформації щодо діяльності корпорації «Scholastic», якою чоловік періодично ділився з дружиною. Також апеляційний суд, незважаючи на протилежну позицію позивача (КЦПФР США) встановив, що на підставі теорії незаконного привласнення, так само як і класичної теорії, у кожній цивільній чи кримінальній справі про інсайдерські зловживання необхідно встановити, що відповідач прагнув отримати винагороду від поширення конфіденційної інформації. Таке очікування можна встановити і непрямим шляхом – через характер професійних чи особистих стосунків, попередню історію фінансових відносин та спільних бізнес-проектів тощо. У резолютивній частині рішення суд підкреслив, що у справі про інсайдерську торгівлю цінними паперами сторона державного обвинувачення повинна послідовно, крок за кроком, встановити всі елементи відповідної теорії відповідальності.

Звертає на себе увагу і те, що елемент вини виступає надійною гарантією того, що теорія незаконного привласнення в контексті інсайдерських зловживань буде застосовуватись прокурорами і судами виважено та відповідально. У § 78ff розділу 15 33 США, як вже зазначалось, зафіксовано, що особу не може бути позбавлено волі за порушення законодавства про цінні папери, якщо вона доведе, що не знала про існування відповідних нормативних вимог чи заборон. Водночас фахівці закидають ВС США невстановлення у своїх останніх рішеннях чітких правил визначення умисної форми вини у діях інсайдера, а також відсутність критеріїв розмежування змісту поняття «умисел» у цивільних та кримінальних справах про інсайдерську торгівлю. При цьому КЦПФР США шляхом внесення змін до Правила 10b-5 дещо уточнила зміст умислу у

правопорушеннях цієї категорії, застосувавши законодавче поняття обманного (маніпулятивного) способу під час торгівлі цінними паперами (у вже згаданій інтерпретації § 78j розділу 15 ЗЗ США).

Однією з ключових ознак діяння (*actus reus*) «інсайдерської» торгівлі цінними паперами за американським законодавством є факт володіння матеріальною непублічною інформацією. У літературі і професійному сленгу навіть використовується спеціальний термін «біг на випередження» (англ. – *frontrunning*), який позначає ситуації, коли особа законно володіє матеріальною непублічною інформацією, однак неналежним чином використовує її у власних (здебільшого корисливих) цілях шляхом торгівлі цінними паперами і тим самим перешкоджає законним правам та інтересам осіб, які мають право на таку інформацію. Можна виокремити три основні види таких операцій: 1) інвестиційні агенти використовують матеріальну непублічну інформацію для спекуляцій власноруч, без повідомлення своїх клієнтів про такі операції та з використанням фінансових коштів клієнтів; 2) фондові брокери володіють інформацією про те, що клієнти планують здійснити купівлю чи продаж акцій у великих обсягах і використовують цю інформацію для власних біржових операцій на свою користь; 3) «біг на випередження» з боку осіб, професійно не пов'язаних із фондовим ринком, наприклад, журналістів чи працівників судів, які мають доступ до конфіденційної інформації інвесторів і «торгують» за допомогою цієї інформації ще до того, як вона стала публічною.

Водночас без встановлення обов'язкових ознак *mens rea* правозастосувачу у таких ситуаціях не обійтись: для того, щоб визнати особу винуватою у вчиненні злочину, необхідно встановити, що вона свідомо володіла чутливою інформацією і водночас усвідомлювала, що така інформація була матеріальною та непублічною (конфіденційною). У протилежному випадку вчинок власника такої інформації буде невинуватим: якщо особа не знає про те, що інформація є матеріальною та конфіденційною, вона, відповідно, не усвідомлюватиме й те, що використання такої інформації для купівлі (продажу) цінних паперів заподіює шкоду іншим.

Для більш вдалого пояснення цього правила можна змодельювати таку гіпотетичну ситуацію. Під час звичайної розмови двох друзів один може в контексті бесіди на професійні теми необачно розкрити іншому ділову інформацію, яка насправді є конфіденційною. Якщо отримувач інформації згодом використає цю інформацію для особистої купівлі чи продажу акцій компаній, не усвідомлюючи при цьому її конфіденційний характер, то кримінальна відповідальність не наставатиме через відсутність в його діях обов'язкового для встановлення шахрайського умислу. Подібним чином, якщо інший друг переконаний у тому, що інформація не є важливою, а отже, не має ознаки матеріальності, то в нього немає стану винної свідомості як необхідної для притягнення до кримінальної відповідальності ознаки. Звичайно, у кожній конкретній справі присяжні встановлюватимуть наявність чи відсутність обох «інсайдерських» складових *mens rea* (матеріальності та конфіденційності на підставі процесуального стандарту «поза розумним сумнівом»), однак це вже другорядне питання порівняно з *a priori* наявністю чи відсутністю вини.

Оскільки в США відповідальність за інсайдерські зловживання може бути як цивільно-правовою, так і кримінально-правовою, постає питання про розмежування обох видів правопорушень. В американській фаховій літературі з цього приводу зазначено: враховуючи, що об'єктивні ознаки діяння загалом не викликають питань з боку правозастосовної практики і водночас звертаючи увагу на те, що наразі у федеральній судовій практиці спостерігається «розбалансований» підхід до встановлення ознак *mens rea* інсайдерського злочину, стає очевидним, що саме суб'єктивні елементи повинні стати тим «межовим знаком», який дозволить відрізнити злочинну інсайдерську торгівлю від аналогічного цивільно-правового делікту. На думку Джералдін Мур, інсайдерська торгівля належить до широкого кола злочинів, під час формулювання норм про які федеральний Конгрес по суті знехтував ознакою *mens rea*, тим самим ускладнивши вихідні засади судового тлумачення. Із часом стандарти *mens rea* були піддані впливу корозії, тим самим створюючи підстави для кримінального переслідування там, де класичне кримінальне право злочину не вбачає. Відповідно, загальне зниження юридичного значення цього суб'єктивного елементу стає частиною дедалі більш симптоматичного для американської кримінально-правової політики тренду надмірної криміналізації [55, с. 685].

Показово, що для успішного застосування цивільно-правових санкцій за незаконне використання інсайдерської інформації деякі суди спираються на інкорпоровану в межах Правила

10b-5(1) ознаку свідомого володіння: якщо особа усвідомлює, що наявна в неї інформація є за змістом матеріальною та непублічною, то це вже утворює презумпцію її використання під час придбання чи продажу цінних паперів. Інакше кажучи, протиправний стан володіння закритою інформацією фактично прирівнюється до інсайдерської торгівлі. І навпаки: для встановлення ознак кримінально караного інсайдерського зловживання одного лише встановлення володіння закритою інформацією недостатньо – необхідно довести, що мало місце фактичне використання цієї інформації на свою або користь інших осіб. Такий підхід за відсутності чітких законодавчих орієнтирів пропагують майже всі суди (за виключенням судів другого апеляційного округу) [56, с. 84–85].

Проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки.

По-перше, ефективність кримінально-правової охорони фондового ринку України не в останню чергу залежить від того, наскільки вдало відображено в тексті ст. 232-1 КК України «Незаконне використання інсайдерської інформації» ознаки відповідних зловживань і наскільки текст цієї кримінально-правової заборони узгоджений з положеннями регулятивного законодавства. Попри окремі вади, які висвітлені вище та які варто усунути у спосіб, запропонований доктринально, чинна редакція ст. 232-1 КК України загалом дозволяє давати належну кримінально-правову оцінку інсайдерським зловживанням. Відсутність же відповідної правозастосовної практики пояснюється головним чином не «вузькими місцями» кримінального закону, а особливостями функціонування національного фондового ринку, його нерозвиненістю. Вимушені також повторити, що без розроблення якісної (бажано за участю фахівців НКЦПФР) криміналістичної методики розслідування незаконного використання інсайдерської інформації та професійного застосування цієї методики кваліфікованими правоохоронцями ст. 232-1 КК України і надалі носитиме декларативний характер і залишатиметься «мертвою» заборонаю при тому, що передбачена нею суспільна небезпечна поведінка має місце в сучасній господарській практиці.

По-друге, у США за більш ніж 80-річний період на законодавчому, правозастосовному і доктринальному рівнях напрацьований значний (насправді – найбільший у світі) досвід протидії інсайдерським зловживанням і, зокрема, сформовано великий масив відповідних судових прецедентів, на які передусім орієнтуються правозастосувачі. Цей досвід потребує ретельного вивчення і, частково, запозичення в різних аспектах, щоправда, з урахуванням при цьому належності України до романо-германської правової системи та інших особливостей. Зокрема, з питання кримінально-правової охорони інформаційної складової фондового ринку США маємо можливість спостерігати набагато тіснішу, ніж в Україні, взаємодію положень кримінального та регулятивного законодавства: фактично присвячені інсайдерським зловживанням кримінально-правові заборони є складовою регулятивного законодавства.

По-третє, аналіз американського, українського та частково іншого європейського досвіду в частині протидії інсайдерським зловживанням переконує в тому, що вдосконалення норм національного законодавства про фондовий ринок повинно здійснюватися за різними напрямками, серед яких: підвищення прозорості в діяльності та управлінні акціонерними товариствами; посилення вимог до звітності і розкриття інформації для суб'єктів, чії акції та інші цінні папери перебувають в обігу на фондовому ринку; забезпечення інвесторам безперешкодного доступу до документів та інформації про великих акціонерів; підвищена увага до операцій з акціями компанії, що здійснюються її працівниками; заборони на суміщення функцій аудиту та консалтингу в одній компанії, тощо. При цьому зазначені і подібні заходи не повинні надмірно перетинати сферу кримінально-правових відносин, адже це може призвести до колапсу механізму кримінально-правової охорони фондового ринку.

1. Клепичкий И.А. Система хозяйственных преступлений. Москва: Статут, 2005. 572 с.
2. Клепичкий И.А. Инсайдерская информация и уголовный закон. *Закон*. 2011. № 9. С. 1–13.
3. Редзюк Е. Сквиз-аут фондового рынка. URL: https://zn.ua/finances/skviz-aut-fondovogo-rynka-288500_.html (дата звернення: 10.04.2019).
4. Кологойда О.В. Теоретичні проблеми правового регулювання господарських відносин на фондовому ринку України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.04. Київ, 2016. 700 с.

5. НКЦПФР оголошує показники фондового ринку за 2018 рік. URL: <https://www.nssmc.gov.ua/2019/02/14/nktsprfr-ogoloshu-pokazniki-fondovogo-rinku-za-2018-rk> (дата звернення: 10.04.2019).
6. «Законои не діють у порожнечі, на їх тлумачення впливає багато чинників». URL: <http://jur-gazeta.com/interview/zakoni-ne-diyut-u-porozhnechi-na-yih-tlumachennya-vplivae-bagato-chinnikiv.html> (дата звернення: 10.04.2019).
7. Саєнко В.В. Правове регулювання використання інсайдерської інформації на ринку цінних паперів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Київ, 2002. 17 с.
8. Татлыбаев Б.В. Гражданско-правовая ответственность за неправомерное использование инсайдерской информации на фондовом рынке в российском праве и праве Соединенных Штатов Америки: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2015. 314 с.
9. George Soros. *The Alchemy of Finance*, 2nd Edition. Wiley. 391 p.
10. Шахрайство на фінансовому ринку: практич. посібник / за ред. В. Феценка. Київ: Українське агентство фінансового розвитку, 2011. 424 с.
11. Хилjuta В.В. Преступления против порядка осуществления экономической деятельности: проблемы правотворчества и правоприменения. Гродно: ГрГУ, 2014. 456 с.
12. Чупрова А. Проблемы обеспечения уголовной ответственности лиц, злостно уклоняющихся от предоставления информации о ценных бумагах. *Уголовное право*. 2006. № 4. С. 70–74.
13. Malone E. Insider Trading: Why to Commit the Crime From a Legal and Psychological Perspective. *Journal of Law and Policy*. 2003. № 12. P. 327–338.
14. Dolgoplov S. Insider Trading and the Bid-Ask Spread: A Critical Evaluation of Adverse Selection in Market Making. *Capital University Law Review*. 2004. № 33. P. 83–91.
15. Кологойда О.В. Господарсько-правове регулювання фондових відносин в Україні. Київ: Ліра-К, 2015. 704 с.
16. Шаповалов А.Г. Правовой режим сведений служебного характера об эмитентах на рынке ценных бумаг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2007. 24 с.
17. Judge approves Elon Musk's settlement with SEC. URL: <https://www.cnn.com/2018/10/16/judge-approves-elon-musks-settlement-with-sec.html> (дата звернення: 10.04.2019).
18. Бігун С. Інсайд-торг – як регламентувати? *Юридична газета*. 2007. 25 січня. С. 4.
19. Чупрова Е.В. Ответственность за экономические преступления по уголовному праву Англии. Москва: Волтерс Клувер, 2007. 208 с.
20. Ахмедов Т.Ч., Зубарева А.М. Актуальные вопросы противодействия неправомерному использованию инсайдерской информации. *Научный портал МВД России*. 2016. № 1. С. 95–99.
21. Навроцький В.О. Спеціальні і казуїстичні кримінально-правові норми та прогалини у кримінальному законі. *Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Прогалини у кримінальному законодавстві*. Міжнародний симпозіум, 12–13 вересня 2008 р. Тези і реферати доповідей, тексти повідомлень. Львів, 2008. С. 132–136.
22. Strudler A., Orts E. Moral Principle in the Law of Insider Trading. *Texas Law Review*. № 78. P. 375–438.
23. Strader K. (Re)Conceptualizing Insider Trading: United States v. Newman and the Intent to Defraud. *Brooklyn Law Review*. 2015. № 80. P. 1419–1485.
24. Саєнко В. В. Правове регулювання використання інсайдерської інформації на ринку цінних паперів: дис... канд. юрид. наук: 12.00.04. Київ, 2002. 249 с.
25. Волинець Р.А. Кримінально-правова охорона фондового ринку: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2018. 461 с.
26. Кологойда О.В. Правове регулювання фондового ринку України: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2008. 320 с.
27. Глушков В.О., Коваленко П.М. Шахрайство на фінансових ринках у біржовій торгівлі. Правовий та кримінологічний аналіз. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. 280 с.
28. Вітко О.Ю. Об'єкт і предмет злочинів у сфері емісії, розміщення або видачі цінних паперів та їх обігу: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2014. 257 с.
29. Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права / передне слово д-ра юрид. наук, проф. В.О. Навроцького. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. 952 с.
30. Правонарушения на фондовом рынке: выявление, анализ и оценка ущерба. Справочник для сотрудников правоохранительных органов. Под общей ред. Г.С. Полтавченко. Москва: Альпина Бизнес Букс, 2007. 876 с.
31. Criminal Justice Act 1993. Article 56 «Inside Information, etc.» URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1993/36/section/56> (дата звернення: 10.04.2019).
32. Financial Services and Markets Act 2000. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents> (дата звернення: 10.04.2019).
33. Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0057> (дата звернення: 10.04.2019).

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

34. Кондра О. Суспільно небезпечне діяння у ст. 232-1 КК України «Незаконне використання інсайдерської інформації». *Вісник Львівського ун-ту. Серія юрид.* 2011. Вип. 54. С. 349–360.
35. Василяка О.К. Дискусійні питання кваліфікації злочину, передбаченого ст. 232-1 Кримінального кодексу України, та встановлення відповідальності за нього. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки.* 2018. Вип. 2. Т. 2. С. 11–14.
36. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та доповн. Київ: Дакор, 2018. 1368 с.
37. Старовойтова Ю.Г. Форми незаконного використання інсайдерської інформації відповідно до ст. 232-1 КК України: аналіз законодавчих новел. *Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф. 19–20 квітня 2012 р., Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка.* Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. С. 479–484.
38. Карчевський М.В. Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2013. 36 с.
39. Кондра О. Суспільно небезпечні наслідки злочину у ст. 232-1 КК України «Незаконне використання інсайдерської інформації». *Вісник Львівського ун-ту. Серія юрид.* 2010. Вип. 51. С. 345–353.
40. Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономической деятельности: теоретический и прикладной анализ: монография: в 2 ч. Москва: Юрлитинформ, 2015. Ч. II. 640 с.
41. Ахмадуллина А.Ф. Неправомерное использование инсайдерской информации: межотраслевые связи гражданского и уголовного права. *Вестник Казанского юридического института МВД России.* 2016. № 4. С. 91–95.
42. Кашкаров О.О. Кримінально-правова характеристика злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2007. 16 с.
43. Сивак М.М. Примітки статей Особливої частини Кримінального кодексу України: теоретико-прикладний аналіз: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2013. 290 с.
44. United States v. Rajaratnam, No. 11-4416 (2d Cir. 2013). URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/11-4416/11-4416-2013-06-24.html> (дата звернення: 10.04.2019).
45. Hedge Fund Billionaire Raj Rajaratnam Found Guilty In Manhattan Federal Court Of Insider Trading Charges. URL: <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/may11/rajaratnamrajverdictpr.pdf> (дата звернення: 10.04.2019).
46. 15 U.S. Code § 78ff. Penalties. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78ff> (дата звернення: 10.04.2019).
47. 15 U.S. Code § 78j. Manipulative and deceptive devices. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78j> (дата звернення: 10.04.2019).
48. 17 CFR § 240.10b-5 – Employment of manipulative and deceptive devices. URL: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/240.10b-5> (дата звернення: 10.04.2019).
49. Buell S. What Is Securities Fraud? *Duke Law Journal.* 2011. № 61. P. 511–581.
50. Cady, Roberts & Co., 40 S.E.C. at 912. URL: <https://insidertrading.procon.org/sourcefiles/CadyRobertsCo.pdf> (дата звернення: 10.04.2019).
51. 17 CFR § 240.10b5-1 – Trading on the basis of” material nonpublic information in insider trading cases. URL: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/240.10b5-1> (дата звернення: 10.04.2019).
52. Bristol-Myers Squibb Executive Arrested on Insider Trading Charges. URL: <http://www.fbi.gov/newark/pressreleases/2012/bristol-myers-squibb-executive-arrested-on-insider-tradingcharges> (дата звернення: 10.04.2019).
53. Aldave B. Misappropriation: A General Theory of Liability for Trading on Non-public Information. *Hofstra Law Review.* 1984. № 13. P. 101–127.
54. Former Nasdaq Executive Pleads Guilty to Insider Trading. URL: <http://www.justice.gov/opa/pr/2011/May/11-crm-687.html> (дата звернення: 10.04.2019).
55. Moohr G. Playing with the Rules: An Effort to Strengthen the Mens Rea Standards of Federal Criminal Laws. *Journal of Law, Economy & Policy.* 2011. № 7. P. 685–710.
56. Gouraige H. Do Federal Courts Have Constitutional Authority to Adjudicate Criminal Insider-Trading Cases? *Rutgers U. L. Rev.* 2016. № 69. P. 47–135.

Проблемні питання врахування положень регулятивного законодавства при кримінально-правовій оцінці злочинних посягань на довкілля³⁰

Переважна більшість норм розділу VIII Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК) «Злочини проти довкілля» містить бланкетні диспозиції. Такий підхід зумовлений специфікою охоронюваних вказаним розділом суспільних відносин, детально врегульованих великим за обсягом і мінливим природоохоронним законодавством, що закріплює спеціальні вимоги стосовно використання та охорони різних об'єктів довкілля, встановлює обов'язкові екологічні нормативи та стандарти тощо.

При кваліфікації злочинів, передбачених статтями КК із бланкетними диспозиціями, повинні, як відомо, встановлюватись ознаки, які містяться не лише в КК, а і в інших нормативних актах, нормативно-правових договорах, правових звичаях, і за обов'язковістю встановлення ці ознаки є однаковими. Як специфічний прийом законодавчої техніки бланкетність дозволяє не загроможувати текст КК положеннями регулятивного законодавства, ґрунтується на системному характері права і взаємозв'язку його галузей і норм, відповідає вимогам стабільності, гнучкості і компактності КК, слугує уніфікації законодавства за умов ускладнення та диференціації охоронюваних КК суспільних відносин тощо. Незважаючи на вказані переваги, бланкетний спосіб викладення диспозицій у статтях Особливої частини КК має і свої недоліки, породжує проблеми як теоретичного (концептуального), так і прикладного характеру. Одна з таких проблем, яка безпосередньо стосується кримінально-правового забезпечення прав та свобод людини і громадянина, полягає у виборі того чи іншого варіанту кваліфікації правопорушення за неузгодженості між заборонними нормами КК і положеннями регулятивного законодавства, які конкретизують названі або частково описані в КК ознаки складів злочинів. Проілюструю позначену проблему на прикладі окремих злочинів проти довкілля.

1. При застосуванні ст. 248 КК «Незаконне полювання» постає питання про кримінально-правову оцінку дій особи, які полягають у недозволеному відлові диких звірів, птахів або інших тварин з метою їхнього подальшого утримання в неволі (наприклад, у зоопарках). Ситуація, як виявилось, позбавлена однозначності.

З одного боку, Закон України від 13 грудня 2001 р. «Про тваринний світ» (статті 20–24, 28, 31) чітко розрізняє такі види спеціального використання дикої фауни, як: 1) мисливство, різновидом (способом) якого є полювання (останнє не передбачає збереження життя тварин, які добуваються). Мисливство здійснюється шляхом промислового добування, любительського і спортивного полювання на мисливських тварин. Завдяки своїми природним властивостям (наявність їстівного м'яса, хутра тощо) ці тварини здатні задовольняти певні (передусім матеріальні) потреби людини; 2) вилучення об'єктів тваринного світу в наукових, культурно-освітніх, виховних та естетичних цілях із природного середовища, а також добування диких тварин з метою їх утримання і розведення у напіввільних умовах чи в неволі. З такої різниці і бланкетного характеру диспозиції ч. 1 ст. 248 КК випливає, на перший погляд, цілком логічний висновок про безпідставність кваліфікації зазначених дій за ст. 248 КК. За наявності підстав вони можуть утворювати склад самоправства (ст. 356 КК).

З іншого боку, не дивлячись на те, що Закон України від 22 лютого 2000 р. «Про мисливське господарство та полювання» не відносить досліджувані дії до незаконного полювання, вони порушують встановлений порядок охорони, раціонального використання і відтворення тваринного світу суходолу як одного з компонентів навколишнього природного середовища (основний безпосередній об'єкт незаконного полювання як злочину), а отже, на мою думку, повинні кваліфікуватись за ст. 248 КК.

На користь такого варіанту кримінально-правової оцінки (пріоритет – за КК) вказує і те, що поняття незаконного полювання як злочину проти довкілля є ширшим за поняття полювання

³⁰ Стаття опублікована: Кримінально-правове, кримінологічне та кримінально-виконавче забезпечення прав і свобод людини і громадянина: матеріали круглого столу, 10 березня 2017 р. / за ред. О.П. Рябчинської. Запоріжжя: КПУ, 2017. С. 37–41.

як різновиду (способу) мисливства. Порядок ведення мисливського господарства може визнаватись хіба що факультативним додатковим об'єктом незаконного полювання, адже незаконне полювання може вчинятись поза межами мисливських угідь і не лише щодо тих тварин, які належать до числа мисливських. Наприклад, зовсім нещодавно в Україні строком на 25 років було заборонено полювання на лося європейського. Втративши свій статус як мисливської, ця тварина продовжує визнаватись предметом незаконного полювання.

Тут доречно нагадати, що п. 30 Положення про мисливське господарство та порядок здійснення полювання, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 липня 1996 р. № 780 (цей нормативний акт втратив чинність у зв'язку з введенням в дію Закону «Про мисливське господарство та полювання»), серед видів незаконного полювання прямо називав і відловлення та утримання в неволі диких звірів і птахів без спеціального дозволу (крім випадків рятування тварин, які зазнають лиха).

Вважаю, що положення регулятивного (фауністичного) законодавства і ст. 248 КК, яка визнає незаконне полювання як склад злочину проти довкілля, потребують узгодження у позначеній частині.

2. З погляду кваліфікації за ст. 248 К полюванням слід також визнавати перебування осіб: 1) у межах мисливських угідь, у тому числі 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); 2) на дорогах загального користування з продукцією полювання або з будь-якою зібраною розчохленою стрілецькою зброєю. Про спрямованість умислу на добування звірів і птахів у цих ситуаціях можуть свідчити екіпірування мисливця, наявні в нього боєприпаси, пристосування для перенесення або розчленування дичини тощо.

Таке вирішення питання кваліфікації злочину за ст. 248 КК пояснюється тим, що згідно зі ст. 12 Закону України «Про мисливське господарство та полювання» зазначені дії прирівнюються до полювання. Оскільки питання вирішено в законодавчому порядку (щоправда, не в КК), мабуть, недоречно називати аналогією закону положення про визнання закінченим полюванням самого факту знаходження особи в мисливських угіддях або на відповідних дорогах з певними предметами, знаряддями чи засобами, а так само розцінювати таку поведінку особи лише як готування до незаконного полювання. Водночас недоліком вказаної законодавчої норми є відсутність у ній згадування про території та об'єкти природно-заповідного фонду, які не є ні мисливськими угіддями, ні дорогами загального користування. До того ж особа може перебувати на території мисливського угіддя або на дорозі загального користування із стрілецькою зброєю не з метою добування диких тварин, а, наприклад, для того, щоб перевірити технічний стан своєї зброї або потренуватись влучно стріляти.

У подібних ситуаціях інкримінування ст. 248 КК має виключатись, хоч регулятивне законодавство, за яким у розглядуваній ситуації варто визнавати пріоритет, подібні нюанси не враховує.

De lege ferenda альтернативна вказівка на дії, що прирівнюються до полювання, якщо вони здійснюються з порушенням встановлених правил полювання, має бути включена до ч. 1 ст. 248 КК. Такий варіант вирішення проблеми, крім іншого, дозволяє врахувати вимогу ч. 3 ст. 3 КК про визначення злочинності діяння тільки цим Кодексом.

Цікаво, що законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за незаконне зайняття рибним та іншим водним добувним промислом», розробленим групою народних депутатів України в минулому році, ст. 249 КК пропонується доповнити частиною 3, якою встановити самостійну відповідальність за перебування у межах водного об'єкта із засобами для незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом (отруйні речовини, вибухові пристрої та вибухівка, електровудка або інше знаряддя для масового вилову риби, звірів чи інших видів тваринного світу). На сьогодні така поведінка особи за наявності підстав може розцінюватись лише як готування до злочину, передбаченого ч. 2 ст. 249 КК. При всіх вадах законопроекту в частині недотримання правил за-

конодавчої техніки прагнення його розробників розв'язати відповідну проблему безпосередньо шляхом внесення змін до КК заслуговує на підтримку.

3. У ч. 2 ст. 240 КК йдеться не взагалі про корисні копалини загальнодержавного значення, а про їх видобування, що наводить на думку про те, що в цьому разі мається на увазі вилучення корисних копалин лише з місць їх природного знаходження (залягання). Регулятивне законодавство (передусім ч. 2 ст. 5 Кодексу України про надра) передбачає, що надра є, хоч і основним, проте не єдиним місцем залягання корисних копалин. Останні можуть нагромаджуватись як у надрах, так і на поверхні землі, у джерелах вод і газів, на дні водоймищ. Оскільки не виключається незаконне видобування корисних копалин загальнодержавного значення поза надрами, назва ст. 240 КК, в якій фігурують лише надра, не повною мірою узгоджується зі змістом диспозиції її ч. 2. Це, однак, проблем у правозастосуванні не створює, позаяк застосуванню підлягають диспозиції і санкції кримінально-правових норм, а не їх назви.

Водночас, крім місць природного знаходження (залягання) корисних копалин загальнодержавного значення, існують місця, так би мовити, антропогенного нагромадження корисних копалин, де знаходяться техногенні мінеральні утворення. На мій погляд, вилучення корисних копалин із місць видалення відходів виробництва і втрат продуктів переробки мінеральної сировини слід кваліфікувати не за кримінально-правовими нормами, що описують «класичні» злочини про власності (крадіжка, грабіж, розбій тощо), а за відповідними частинами ст. 240 КК. Протилежний підхід означав би обмежувальне тлумачення положень законодавства – причому як кримінального (КК не містить застережень з приводу невизнання згаданих корисних копалин предметом їх злочинного видобування), так і регулятивного. Зокрема, в ст. 1 Закону України від 18 листопада 1997 р. «Про державне регулювання видобутку, виробництва і використання дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння та контроль за операціями з ними» прямо зазначається, що видобуток дорогоцінних металів – це їх вилучення з надр і відходів гірничо-збагачувального або металургійного виробництва (хвости збагачення, відвали, шлаки, шлами, недогарки) усіма можливими способами.

Принагідно зауважу, що викладений підхід до кримінально-правової оцінки незаконного вилучення корисних копалин із місць видалення відходів виробництва та втрат продуктів переробки мінеральної сировини слугує зайвим аргументом на користь обстоюваного у т. ч. автором цих рядків віднесення незаконного видобування корисних копалин (причому не лише загальнодержавного значення) до злочинів проти власності (а не проти довкілля).

Таким чином, сформулювати якесь універсальне правило кваліфікації при невідповідності заборонних норм КК із бланкетними диспозиціями приписам регулятивного законодавства, які конкретизують названі або частково описані в КК ознаки складів злочинів, проблематично. Принаймні з розглянутих вище кримінально-правових ситуацій, які стосуються окремих злочинів проти довкілля, впливає, що залежно від конкретних обставин пріоритет може надаватись положенням як КК, так і регулятивного законодавства. Звичайно, в ідеалі, вони повинні бути узгоджені між собою, що потребує фахових зусиль законодавця. Крім цього, одним із напрямів вдосконалення кримінального законодавства має визнаватись зниження рівня бланкетності диспозицій у статтях Особливої частини КК.

Законодавчі новели щодо кримінально-правової охорони українських лісів – обґрунтоване посилення відповідальності чи її не виправдана гуманізація?³¹

Крім надзвичайно важливого значення лісу як природного ресурсу та його використання для задоволення потреб людини в деревині та іншій лісовій продукції, цей об'єкт природи має не меншу цінність через його вплив на клімат, атмосферу, виконання ґрунтозахисних, водоохоронних та інших корисних функцій, а також через свою роль в оздоровленні, відпочинку, забезпеченні культурних та естетичних потреб суспільства. При цьому за площею лісів і запасами деревини Україна є державою з дефіцитом лісових ресурсів. Як відзначають фахівці, по всій країні відбувається швидке старіння деревостанів і пов'язане з ним зменшення приросту, а також погіршення якості і стійкості лісових насаджень, про що свідчать такі явища, як всихання дубняків і ялиників, пожежі в соснових насадженнях півдня і сходу України, почастищення сніголамів і вітроломів [1]. Серйозний негативний вплив на стан лісів як національного багатства чинить і діяльність «чорних лісорубів» та осіб, які здійснюють незаконний експорт необробленої деревини.

У посібнику, написаному мною у співавторстві з Є.О. Письменським і присвяченому ст. 246 Кримінального кодексу України (далі – КК) – активно затребуваній на практиці кримінально-правовій забороні і «лідеру» за частотою застосування з усіх норм, передбачених розділом VIII Особливої частини КК «Злочини проти довкілля», робився висновок про те, що законодавче описання складу злочину «незаконна порубка лісу» потребує вдосконалення щонайменше в частині: а) конкретизації істотності шкоди як криміноутворювальної ознаки і чіткого розмежування відповідних злочинних та адміністративно караних лісових правопорушень; б) охоплення диспозицією цієї статті КК випадків пошкодження дерев і чагарників до стану припинення росту, а також заволодіння зламаними деревостанами; в) розкриття безпосередньо в тексті ст. 246 КК поняття незаконності порубки дерев і чагарників; г) вирішення питання про визнання (невизнання) предметом злочину сухостійних дерев; г) виокремлення такого кваліфікованого складу незаконної порубки лісу, як вчинення злочину шляхом використання службового становища або повноважень [2, с. 166–167].

Врешті-решт у вітчизняних парламентаріїв дійшли руки до проблеми охорони лісів: 6 вересня 2018 р. з урахуванням пропозицій Президента України, незадоволеного запровадженням мораторію на експорт деревини паливної, було ухвалено Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів та запобігання незаконному вивезенню необроблених лісоматеріалів» (далі – Закон від 6 вересня 2018 р.). Як зазначається у Пояснювальній записці до відповідного законопроекту (а подібних документів навіть нинішній склад Верховної Ради України (далі – ВРУ) розробив декілька), метою його прийняття «є забезпечення збереження лісового фонду країни шляхом обмеження внутрішнього споживання необроблених лісоматеріалів і посилення адміністративної та кримінальної відповідальності за незаконну вирубку лісу та подальший його експорт поза митним контролем (контрабанду)».

Шляхом стислого аналізу кримінально-правової складової Закону від 6 вересня 2018 р. спробуємо з'ясувати, чи вдалося досягнути зазначеної мети.

Передусім привертає до себе увагу нова заборона – ст. 201-1 КК із громіздкою (такою, що дублює диспозицію ч. 1 цієї статті КК) назвою «Переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів або пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, лісоматеріалів необроблених, а також інших лісоматеріалів, заборонених до вивозу за межі митної території України». Включення цієї статті до КК, посилюючи його казуїстичність, варто визнати фрагментарним (стосовно вузько визначеного кола предметів) вирішенням проблеми рекриміналізації товарної контрабанди. Скасування у 2011 р. кримінальної відповідальності за таку контрабанду переважна більшість фахівців, як відомо,

³¹ Стаття опублікована: Гуманізація кримінальної відповідальності: матеріали II Міжнародного науково-практичного симпозиуму (м. Івано-Франківськ, 16–17 листопада 2018 року). Івано-Франківськ: Редакційно-видавничий відділ Університету Короля Данила, 2018. С. 85–95.

розцінила критично; тим більше, що Пояснювальна записка до законопроекту, ухваленого як Закон від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності», не містила жодних кримінологічних та статистичних обґрунтувань згаданого кроку. Фактично проблема кримінально-правового реагування на товарну контрабанду вирішувалась у 2011 р. тільки під кутом економічної рентабельності розкриття і розслідування відповідних порушень митного законодавства. За таких обставин рекриміналізація «контрабанди заборонених для експорту видів деревини» як чинника, що, поза всяким сумнівом, сприяє розповсюдженню незаконної порубки лісу, із змістовної точки зору заслуговує на підтримку, що не можна сказати про обраний законодавцем спосіб розв'язання цієї кримінально-правової проблеми.

У висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ на законопроект, ухвалений як Закон від 6 вересня 2018 р., з цього приводу слушно зазначається, що включення до КК спеціальних норм на кшталт ст. 201-1 повинно бути обумовлено підвищеним або пониженим рівнем суспільної небезпеки діяння, якому присвячена спеціальна норма, порівняно з діянням, передбаченим загальною нормою. Проте навряд чи контрабанда необроблених лісоматеріалів є більш або менш суспільно небезпечним діянням, ніж, наприклад, контрабанда культурних цінностей, яка кваліфікується за ч. 1 ст. 201 КК. Зауважили парламентські експерти й те, що на розгляді ВРУ знаходиться декілька законопроектів, присвячених вирішенню проблеми контрабанди підакцизних товарів, бурштину тощо і що найкращим способом розв'язання відповідної проблеми було б повернення до попередньої редакції ст. 201 КК «Контрабанда».

Крім недоречної казуїстичності, яку уособлює ст. 201-1 КК, зазначу, що ця кримінально-правова норма визнає злочином переміщення через митний кордон України у певний спосіб лісоматеріалів і пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, а також лісоматеріалів необроблених. При цьому регулятивне законодавство (передусім Закон від 8 вересня 2005 р. «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, пов'язаної з реалізацією та експортом лісоматеріалів»; далі – Закон від 8 вересня 2005 р.), з метою забезпечення виконання положень якого КК доповнено ст. 201-1, забороняє лише вивезення за межі митної території України (експорт) зазначених предметів. Було б, однак, неправильно (виходячи з того, що КК не може визнавати злочинними різновиди поведінки, дозволені регулятивним законодавством) стверджувати, що ввезення на митну територію України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів і пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, а також лісоматеріалів необроблених не може кваліфікуватись за ст. 201-1 КК, бо й такі (на сьогодні малоімовірні) дії, зважаючи на їхній спосіб, заборонені чинним законодавством.

Принагідно зауважу, що і до доповнення КК ст. 201-1 існувала можливість кримінально-правового реагування на випадки забороненого експорту деревини (наприклад, коли лісоматеріали цінних та рідкісних порід дерев вивозяться за межі митної території України під виглядом деревини паливної). Так, одним із документів, подання яких контролюючому органу за наявності підстав може означати приховування від митного контролю при здійсненні забороненого експорту, є сертифікат про походження лісоматеріалів і виготовлених з них пиломатеріалів. Внесення неправдивих відомостей щодо характеристик переміщуваних через митний кордон предметів у такий сертифікат, інше його підроблення, а так само використання підробленого сертифіката про походження лісоматеріалів і виготовлених з них пиломатеріалів утворювало (утворює й тепер, що породжує проблему конкуренції відповідних кримінально-правових норм) склади злочинів, передбачених певними частинами ст. 358 та (або) ст. 366 КК.

Ще одним підтвердженням тези про умовність звороту «декриміналізація товарної (торговельної) контрабанди», який набув поширення внаслідок здійсненої у 2011 р. «гуманізації» кримінальної відповідальності за господарські злочини та який стосується, серед іншого, проблематики «контрабанди деревини», є положення про те, що декларування товарів не своїм найменуванням (наприклад, під іншим кодом УКТЗЕД), умисне заниження митної вартості, повідомлення завідомо недостовірних даних під час митного оформлення товарів (зокрема, про походження і митний режим) за наявності ознак складу злочину, передбаченого ст. 222 КК, має розцінюватись як шахрайство з фінансовими ресурсами або кваліфікуватись за ст. 212 КК як ухилення від сплати

податків і зборів. Виявляється, що «заборона легального експорту лісу-кругляка стимулювала його експорт під виглядом паливної деревини, на яку і мораторію немає, і мита значно нижчі» [3].

Таким чином, поява в КК нової заборони (ст. 201-1) лише частково може розглядатись як криміналізація у сенсі збільшення (розширення) обсягу поведінки, яка визнається злочинною та, відповідно, кримінально караною.

У назві і диспозиції ч. 1 ст. 201-1 КК вказується також на «інші лісоматеріали, заборонені до вивозу за межі митної території України». При цьому Законом від 8 вересня 2005 р. встановлено, що реалізація за межі митної території України в митному режимі експорту суб'єктами підприємницької діяльності лісоматеріалів та виготовлених з них пиломатеріалів (крім згаданих у ст. 201-1 КК лісоматеріалів і пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, лісоматеріалів необроблених) допускається за наявності сертифіката про походження лісоматеріалів і виготовлених з них пиломатеріалів. Тобто відповідні лісоматеріали (зокрема, деревина паливна, поняття якої не збігається з поняттям лісоматеріалів необроблених) не можуть визнаватись такими, що заборонені для вивезення за межі митної території України, як про це йдеться у ст. 201-1 КК (адже за умови дотримання встановленого порядку їх дозволено експортувати). Цей саме висновок вважаю доречним і щодо ситуацій, коли такі інші лісоматеріали за межі митної території України вивозять особи, які не є суб'єктами підприємницької діяльності. Відповідно, в частині вказівки на «інші лісоматеріали, заборонені до вивозу за межі митної території України» (до речі, відшукати обґрунтування такої вказівки у супровідних матеріалах до відповідного законопроекту не вдалося) слід констатувати неузгодженість положень кримінального і регулятивного законодавства, що у черговий раз демонструє «якість» роботи ВРУ.

Викладене також наводить на думку про те, що переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів або пиломатеріалів тих порід дерев, які не належать до числа цінних і рідкісних, є (за винятком переміщення лісоматеріалів необроблених), як правило, адміністративним правопорушенням (ст. 482 або ст. 483 Митного кодексу України). Водночас однозначно спрогнозувати, якою буде на практиці юридична оцінка незаконного переміщення через митний кордон тієї ж деревини паливної, наразі проблематично.

На підставі Закону від 6 вересня 2018 р. ст. 246 КК викладено у новій редакції, яка, на жаль, лише частково врахувала згадані вище доктринальні напрацювання та з якої випливає, що за відповідними частинами цієї статті КК має кваліфікуватись не лише традиційна незаконна порубка лісу, а й перевезення, зберігання і збут незаконно зрубаних дерев або чагарників. Створюється (принаймні на перший погляд) враження, що оновлена редакція ст. 246 КК є адекватною реакцією законодавця на наукову пропозицію змістити акцент у кримінально-правовій протидії незаконній порубці лісу, а саме встановлювати і притягувати до кримінальної відповідальності не лише лісових браконьєрів, а й, зокрема, тих осіб, які скуповують завідомо незаконно одержану деревину [4, с. 53].

Диспозиція ч. 1 ст. 246 КК, однак, не враховує ту обставину, що істотна шкода є суспільно небезпечним наслідком лише незаконної порубки дерев і чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях і не може характеризувати такі дії, як перевезення, зберігання чи збут незаконно зрубаних дерев або чагарників (у таких випадках визначенню підлягає хіба що вартість деревини). Сказане стосується і тяжких наслідків, передбачених ч. 4 ст. 246 КК.

Очевидно, що аналізоване законодавче рішення не узгоджується з юридичною визначеністю як складовою верховенства права, яка передбачає не просто існування закону, на підставі якого обмежуються права особи або вона притягується до відповідальності, а існування саме якісного (передбачуваного) закону. Юридична визначеність «вимагає, щоб правові норми були зрозумілі і точні і мали на меті гарантування того, що ситуації і правовідносини будуть передбачуваними» [5, с. 178]. Про передбачуваність застосування ст. 246 КК у вказаній частині говорити явно не доводиться.

У висновку Головного науково-експертного управління Апарату ВРУ на законопроект, ухвалений як Закон від 6 вересня 2018 р., доречно висловлювалось занепокоєння у зв'язку з тим, що пропонуване розширення об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 246 КК,

може призвести до колізії між нею і ст. 65 КУпАП. При цьому така ознака, як істотна шкода, не може бути використана для розмежування адміністративно караного перевезення, зберігання незаконно порублених дерев і чагарників та кримінально караного перевезення, зберігання, збуту незаконно порублених дерев і чагарників, оскільки вона є суспільно небезпечним наслідком лише незаконної порубки дерев і чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях. Водночас складно погодитись з парламентськими експертами, які, виступаючи проти доповнення ст. 246 КК вказівкою на певні дії з незаконно здобутим лісоматеріалом, зазначали, що на практиці дуже складно довести зв'язок між тими, хто здійснив незаконну порубку лісу, і тими, хто здійснює зберігання, перевезення або збут незаконно зрубаних деревостанів. Все ж відповідні труднощі не повинні перешкоджати юридичній оцінці поведінки порушників лісового законодавства.

Із викладеного, на мій погляд, випливає, що перевезення, зберігання і збут незаконно зрубаних дерев або чагарників треба, за загальним правилом, кваліфікувати за ст. 65 КУпАП (хотів би уточнити, що в цій адміністративно-правовій нормі, на відміну від ст. 246 КК, збут незаконно зрубаних дерев або чагарників чомусь не згадується) – якщо у вчиненому не вбачаються ознаки співучасті (пособництво – ч. 5 ст. 27 КК) у незаконній порубці лісу або ознаки складу злочину, передбаченого ст. 198 КК. Остання має застосовуватись, зокрема, у випадку заздалегідь не обіцяного скуповування незаконно зрубленої деревини незалежно від її вартості і передбачає фактично таке ж за суворістю покарання, що фігурує в санкції ч. 1 поліпшеної ст. 246 КК.

До речі, як пособництво незаконній порубці лісу слід кваліфікувати і дії тих осіб, які відповідно до попередньої домовленості з тими, хто вчиняє незаконну порубку лісу, відбирають і позначають дерева, що підлягатимуть порубці, або з метою приховання слідів вчиненого злочину знищують пеньки незаконно зрубаних дерев. Цікаво, чому законодавець, який вирішив рухатись шляхом розширення змісту досліджуваної кримінально-правової заборони, не вказав у ній і на зазначені дії?

З урахуванням існуючої раніше (до ухвалення Закону від 6 вересня 2018 р.) безпроблемності кримінально-правової оцінки перевезення, зберігання і збуту незаконно зрубаних дерев або чагарників особою, яка раніше незаконну порубку цих деревостанів не вчиняла, складно зрозуміти, у чому полягав сенс (й особливо в контексті задекларованого розробниками законопроекту, ухваленого як Закон від 6 вересня 2018 р., посилення кримінальної відповідальності за порушення лісового законодавства) включення в диспозицію ч. 1 ст. 246 КК альтернативної вказівки на перевезення, зберігання і збут незаконно зрубаних дерев або чагарників.

Сказаним законодавчі ребуси не вичерпуються. Так, перевезення, зберігання і збут дерев і чагарників, незаконно зрубаних у заповідниках або на територіях чи об'єктах природно-заповідного фонду (далі – ПЗФ), або в інших особливо охоронюваних лісах, має кваліфікуватись ч. 3 ст. 246 КК (тут передбачено відповідальність за злочин із формальним складом). Щоправда, з цієї кримінально-правової норми (якщо тлумачити її буквально) випливає, що така оцінка не включається лише у випадку вчинення зазначених дій у відповідному місці. З погляду ж належної диференціації кримінальної відповідальності за лісові правопорушення наголос *de lege ferenda* мав би бути зроблений на іншому – на специфічності предмета перевезення, зберігання і збуту, яким виступає деревина, незаконна зрубана саме у заповідниках або на територіях чи об'єктах ПЗФ, або в інших особливо охоронюваних лісах (звичайно, за умови, що у ст. 246 КК мова повинна йти не лише про незаконну порубку дерев і чагарників, що входять до складу лісового фонду, та їх пошкодження до стану припинення росту, а й про «прирівняні» до них дії, у доречності чого я особисто сумніваюсь).

Згідно п. 1 примітки ст. 246 КК істотною у цій статті КК вважається така шкода, яка у дві тис. і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (далі – нмдг), або інша істотна шкода, завдана навколишньому природному середовищу в частині забезпечення ефективної охорони, належного захисту, раціонального використання та відтворення лісів. Та обставина, що кількісні параметри криміноутворювальних ознак складів злочинів беруться нашими парламентаріями «зі стелі» (принаймні в Пояснювальній записці та інших супровідних документах до законопроекту, ухваленого як Закон від 6 вересня 2018 р., жодних пояснень з цього приводу

немає), – вже давно не дивина. Постає, однак, питання, яким чином оцінити наведену дефініцію істотної шкоди?

З одного боку, формалізація цієї криміноутворювальної ознаки означає запровадження чіткої межі між злочином та адміністративними проступками (передусім передбаченою ст. 65 КУпАП незаконною порубкою і пошкодженням дерев і чагарників), на необхідності чого неодноразово наголошувалось в юридичній літературі [2, с. 160–164]. Відсутність у попередній редакції ст. 246 КК згаданої межі негативно впливала на правозастосування, адже на практиці одні і ті самі дії, які полягали у незаконній порубці деревостанів, залежно від розсуду слідчого або судді (інколи нічим не обґрунтованого) могли одержувати різну правову оцінку – або як злочину, або як адміністративного проступку, що свідчило про порушення принципів справедливості і законності в кримінальному праві та було корупціогенним чинником.

З іншого, закріплений у п. 1 примітки ст. 246 КК кількісний показник є підстави розцінити як явно завищений, а отже, такий, що не сприятиме належній кримінально-правовій охороні лісу (особливо якщо мати на увазі незрозумілий розрив між розміром істотної шкоди як ознаки складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 246 КК, і розміром штрафу як одного з покарань, згаданих в альтернативній санкції цієї кримінально-правової норми, що змушує вести мову про порушення принципу співмірності рівня суспільної небезпеки злочину та розміру покарання за його вчинення). Тут доречно нагадати, що розмір шкоди, розцінюваний правозастосувачами як свідчення її істотності з погляду кваліфікації за попередньою редакцією ст. 246 КК, зазвичай складав 7–10 тис. грн. [6, с. 50].

Отже, формулювання, наведене у п. 1 примітки ст. 246 КК, навряд чи узгоджується із задекларованим розробниками законопроекту посиленням кримінальної відповідальності за незаконну порубку лісу. Водночас воно справедливо враховує те, що ліс є не просто джерелом деревини, а складною та багатофункціональною системою. Із легальної дефініції аналізованого поняття випливає, що до визначення істотної шкоди слід підходити комплексно, встановлюючи факт заподіяння не лише майнової шкоди, а й екологічної шкоди, заподіяваної порядку використання, охорони та відтворення лісу (виходить, що поняття істотної шкоди частково продовжує залишатись оцінним).

Таким чином, зберігається можливість аргументованого визнання заподіяної екологічної шкоди істотною і в тому разі, коли вона в майновому еквіваленті є меншою за дві тис. нмдг. Йдеться, зокрема, про випадки, коли були знищені певні види дерев у тій чи іншій місцевості, погіршилися породний склад, якість, захисні, водоохоронні й інші екологічні властивості лісу, виникли труднощі у відтворенні заліснення в певній місцевості, змінилися ландшафт місцевості, русло річки, сталась ерозія ґрунту. Незважаючи на продемонстрований позитив такого законодавчого рішення, він спроможний призвести до формування суперечливої правозастосовної практики (сказане, до речі, стосується і застосування кримінально-правової норми про малозначність щодо караних за ч. 3 ст. 246 КК дій, вчинюваних у заповідниках, на територіях чи об'єктах ПЗФ, в інших особливо охоронюваних лісах).

Як бачимо, проблема чіткого розмежування злочинних та адміністративно караних лісових правопорушень Законом від 6 вересня 2018 р. остаточно не розв'язана, що, мабуть, не варто визнавати його вадою. ЄСПЛ виходить з того, що передбачуваність закону може витікати не лише з тексту закону, а й зі сталої практики його застосування, навіть якщо сам закон є певною мірою юридично недосконалим чи неповним; закон повинен узгоджуватися зі змінюваними обставинами. На підставі вивчення прецедентної практики ЄСПЛ Ю.Б. Хім'як слушно стверджує: «Абстрактність побудови нормативного матеріалу дає можливість певну невизначеність юридичних конструкцій закону наповнювати «живим» правом у правових відносинах. Тому принцип передбачуваності закону як його якісну характеристику необхідно з'ясовувати в єдності законодавства та юридичної практики... недостатня конкретність законодавчих формулювань може бути доповнена їх судовим тлумаченням, конкретизацією з урахуванням обставин справи» [7, с. 87].

Проведений стислий аналіз дозволив у черговий раз переконатись у тому, що якісний кримінальний закон може бути результатом лише сумлінної і неспішної праці професіоналів, цивілізоване залучення яких до законотворчої діяльності є конче необхідним. Проте навіть якісний закон

про кримінальну відповідальність ще не гарантує справедливого і виваженого правозастосування, у зв'язку з чим тільки за результатами аналізу практики застосування ст. 201-1 і ст. 246 КК (останні загалом посилили кримінальну відповідальність за порушення лісового та зовнішньоекономічного законодавства) можна буде дати остаточну відповідь на питання, чи сприятимуть насправді ці кримінально-правові заборони поліпшенню охорони українських лісів.

1. Фурдичко О. Ліс – надбання народу, тому проблеми галузі потрібно обговорювати публічно. Урядовий кур'єр. 10 жовтня 2014 р. № 187.
2. Дудоров О.О., Письменський Є.О. Кримінально-правова кваліфікація незаконної порубки лісу: практ. пос. Сєверодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2017. 213 с.
3. Юрченко К. Гра на публіку: вирішилася доля закону про заборону експорту паливної деревини. Юридичний вісник України. 31 серпня – 13 вересня 2018 р., № 35–36.
4. Зубкова В., Соколов Н. Проблемы применения законодательства о незаконной порубке лесных насаждений по УК РФ. Уголовное право. 2007. № 2. С. 50–54.
5. Європейська комісія «За демократію через права» (Венеційська комісія). Верховенство права. Доповідь, схвалена Венційською комісією на 86-пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 р.). Страсбург, 4 квітня 2011 р. Доповідь № 512/ 2009. Право України. 2011. № 10. С. 168–184.
6. Сторчоус О. Кримінальна відповідальність за самовільні порубки лісу: навч. посіб. К.: ВАІТЕ, 2012. 161 с.
7. Хім'як Ю.Б. Гармонізація кримінального права України з практикою Європейського суду з прав людини: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. К., 2011. 270 с.

Земельні злочини екологічної спрямованості: від деліктів створення небезпеки до оптимальної законодавчої моделі³²

У низці статей чинного Кримінального кодексу України (далі – КК України) передбачено відповідальність за делікти створення небезпеки (делікти поставлення у небезпеку). Сказане, серед іншого, стосується злочинів проти довкілля, передбачених частинами першими статей 239, 239-1, 240–244, 253 КК України. Вважається, що, описуючи такі делікти (вони спричиняють об'єкту кримінально-правової охорони щонайменше організаційну шкоду), законодавець не обмежується вказівкою на певне діяння задля: а) запобігання фактичному настанню шкідливих для суспільства наслідків (тобто йдеться про посилення превентивної ролі кримінально-правових заборон); б) уникнення формального підходу при кримінально-правовій оцінці скоєного – без урахування ступеня суспільної небезпеки, яка виникає для охоронюваних КК України відносин.

Класичним з цього приводу вважається висловлювання М.І. Панова про те, що делікти створення небезпеки порушують стан захищеності, безпеки суспільних відносин, поставлених під охорону кримінального закону, порушують безпечні умови їх функціонування. Конструкція деліктів актуальної небезпеки характерна і для частини складів екологічних злочинів [1, с. 260–263]. С.Б. Гавриш, обстоюючи поділ суспільно небезпечних наслідків злочину на реальні і прогностичні, називає виправданим те, що у частинах перших низки статей розділу VIII Особливої частини КК України 2001 р. «Злочини проти довкілля» умовою кримінальної відповідальності визнано «створення в результаті злочинної поведінки загрози тим чи іншим екологічним та загальносоціальним цінностям» [2, с. 315, 317].

Водночас аналіз матеріалів судової практики засвідчує, що при встановленні вказаної криміноутворювальної ознаки правозастосовні органи зіштовхуються із серйозними проблемами, зумовленими головним чином її оцінним характером. Суди ухвалюють суперечливі рішення у кримінальних справах про злочини, склади яких описані як делікти створення небезпеки. Нерідко правозастосувачі, здійснюючи кримінально-правову кваліфікацію вчиненого у таких випадках, якраз і демонструють згаданий «формальний» підхід, якому, за задумом законодавця, використання досліджуваної конструкції і мало б запобігти. До того ж на сторінках юридичної літератури зустрічається думка якщо не про цілковиту відмову від подальшого використання цього специфічного прийому законодавчої техніки (через труднощі встановлення наявності досліджуваної конструкції, небезпеку ототожнення закінченого злочину із незакінченим посяганням тощо), то принаймні про звуження кола кримінально караних деліктів створення небезпеки.

Наприклад, В.М. Куц, С.В. Гізімчук і В.О. Єгорова висловлюються за перетворення некваліфікованого незаконного проведення дослідів над людиною з делікту створення небезпеки у матеріальний склад злочину на тій підставі, що: 1) у відокремленні в ч. 1 ст. 142 КК України створення небезпеки для життя і здоров'я людини як суспільно небезпечного наслідку немає потреби. Адже тут не взята до уваги органічна єдність діяння і створення небезпеки для життя або здоров'я людини (така небезпека виникає в будь-якому випадку незаконного проведення дослідів над людиною); 2) конструювання ж некваліфікованого незаконного проведення дослідів над людиною не як матеріального, а як формального складу злочину не враховуватиме тенденцію до гуманізації кримінальної відповідальності, яка полягає у зменшенні кількості формальних складів [3, с. 151–152].

Вивчивши вітчизняні і зарубіжні тенденції криміналізації деліктів створення небезпеки та узагальнивши правозастосовну практику, яка свідчить про численні помилки слідчих і суддів («... практичним працівникам інколи досить важко встановити, чи було реальна шкода заподіяння шкоди, чи мала місце лише абстрактна загроза заподіяння такої шкоди...»), В.І. Борисов і Г.С. Крайник зробили висновок про недоцільність подальшого збереження в ч. 1 ст. 272 КК України відповідальності за створення загрози загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків

³² Стаття написана у співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. 2020. № 1. С. 120–130.

у результаті порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою [4, с. 106–109].

В.І. Осадчий, висловлюючись за уніфікацію законодавчого описання деліктів створення небезпеки, передбачених розділом XI Особливої частини КК України «Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту», робить красномовне застереження: зазначена уніфікація не позбавлена сенсу лише за наявності потреби збереження у складах транспортних злочинів таких наслідків, як «створення загрози». В інших своїх працях науковець висунув ідею декриміналізації транспортних злочинів, побудованих як делікти створення небезпеки [5, с. 131–132].

У вітчизняній доктрині теоретичні аспекти кримінальної відповідальності за створення небезпеки висвітлювались у працях таких науковців, як М.І. Бажанов, П.С. Берзін, В.І. Борисов, Ю.Б. Бурачинська, В.К. Гришук, М.І. Панов, О.О. Пащенко, М.В. Рудковська, В.П. Тихий та ін. Створення небезпеки як ознаку складів злочинів проти довілля досліджували С.Б. Гавриш, О.В. Головкін, М.В. Іщенко, Г.С. Крайник, Я.О. Леляк, В.В. Локтіонова, В.К. Матвійчук, І.І. Митрофанов, В.О. Навроцький, Н.В. Нетеса, Г.С. Поліщук, О.В. Сасов, О.В. Скворцова, Ю.А. Турлова, І.О. Харь, А.М. Шульга та ін. Серед іноземних науковців, котрі в своїх працях висвітлювали відповідну проблематику в аспекті кваліфікації злочинів проти довілля, варто згадати, зокрема, О.Л. Дубовик, А.Е. Жалінського, Е.М. Жевлакова, Н.О. Лопашенко. Незважаючи на значущість і змістовність праць згаданих правознавців, у науці дотепер остаточно не вирішено питання про доречність конструювання частини складів злочинів проти довілля за типом деліктів створення небезпеки. Своєчасність звернення до позначеної кримінально-правової проблеми посилюється у зв'язку з триваючою роботою над проектом нового КК України.

Метою статті є з'ясування (на підставі критичного аналізу матеріалів судової практики та з урахуванням здобутків кримінально-правової доктрини і досвіду зарубіжного законодавця) доцільності використання у некваліфікованих складах земельних злочинів екологічної спрямованості (на прикладі забруднення або псування земель) конструкції «створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довілля», а також висунення рекомендацій щодо вдосконалення КК України в цій частині.

Одразу зробимо термінологічне застереження: на відміну від дослідників, які вважають, що диспозиції досліджуваних кримінально-правових норм закріплюють злочини з формальним складом або є втіленням самостійного виду законодавчої конструкції, відмінної від злочинів із матеріальним складом, ми в своїх подальших міркуваннях будемо виходити з панівного (усталеного) в сучасній кримінально-правовій доктрині України підходу, який був переконливо обґрунтований М.І. Бажановим [6, с. 473–475] і згідно з яким: 1) сама по собі реальна можливість (небезпека) настання певних наслідків визнається, хоч і своєрідним (специфічним), однак все ж суспільно небезпечним наслідком закінченого злочину. Інакше кажучи, це відмінний від суспільно небезпечного діяння самостійний (відокремлений) результат поведінки людини; 2) делікти створення небезпеки належать до злочинів із матеріальним складом.

Так, Т.М. Данилюк матеріальними складами вважає як ті, обов'язковою ознакою об'єктивної сторони яких кримінальний закон визнає конкретний суспільно небезпечний наслідок, так і ті склади, де такою ознакою визнається небезпека настання певних наслідків [7, с. 9–10]. Є.В. Фесенко і П.С. Берзін до злочинів із матеріальним складом також відносять делікти створення небезпеки, у змісті яких загроза (небезпека) реального заподіяння шкоди (настання наслідків) відокремлена від самого діяння [8, с. 121–122; 9 с. 261]. Так само розмірковує В.В. Локтіонова, яка пише, що створення небезпеки заподіяння (загроза заподіяння) фізичної або екологічної шкоди є специфічним наслідком злочину проти довілля [10, с. 11].

Аналізуючи відповідну ознаку складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239 КК України, доцільно в першу чергу звертатись до п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду України від 10 грудня 2004 р. № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довілля», де містяться досить вдалі (хоч і небездоганні) роз'яснення щодо наслідків злочинних посягань на довілля. Щодо небезпеки для довілля, то в доктрині вона стосовно забруднення або псування земель трактується як загроза настання таких наслідків, як: загибель тварин (диких, домашніх), рослин; деградація земель; настання інших негативних змін біологічного, хімічного і фізичного складу земель; забруднення водних об'єктів і загибель водних біоресурсів внаслідок

зливу шкідливих речовин, відходів чи інших матеріалів, привнесених у землю, тощо [11, с. 103, 104; 12, с. 84, 93].

Серед науковців безспірним визнається положення про те, що для наявності створення небезпеки передусім слід з'ясувати реальність можливості спричинення шкоди відповідним відносинам у майбутньому. Так, свого часу Т.В. Церетелі з цього приводу писала, що у деліктах створення небезпеки суддя не може задовольнятися констатацією однієї лише дії чи бездіяльності, охоплюваної складом злочину, а має встановити, що в цьому конкретному випадку справді існувала реальна можливість настання шкоди, тобто вольовий вчинок особи створив такі умови, які містять потенційну можливість реалізації вказаного у складі злочину наслідку [13, с. 68–69]. Співзвучно висловлюються М.І. Панов і В.П. Тихий, на думку яких делікти актуальної небезпеки завжди потребують доказування не тільки вчинення суспільно небезпечного, кримінально-протиправного діяння, а й наявності небезпеки від цього діяння певним благам. Тут має місце нездійснена в силу випадкових обставин чи поведінки інших осіб можливість заподіяння шкоди [1, с. 264; 14, с. 636–637; 15, с. 11]. Н.В. Нетеса для вдосконалення згаданої вище постанови Пленуму Верховного Суду України від 10 грудня 2004 р. № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля» запропонувала наголосити на характері відповідної небезпеки: «... створення небезпеки для життя та здоров'я людей, а також навколишнього природного середовища передбачає виникнення таких обставин, за яких могли настати передбачені законом шкідливі наслідки, якби вони вчасно не були перервані вжитими заходами або іншими обставинами, що не залежать від волі винної особи. При цьому загроза повинна мати характер конкретної небезпеки реального заподіяння шкоди життю та здоров'ю людей або навколишньому природному середовищу» [16, с. 153].

«Потенційна небезпека заподіяння шкоди життю, здоров'ю людей або довкіллю шкідливими забруднювачами ґрунтового покриву земель в разі порушення винною особою спеціальних правил поведінки з ними – це дійсна реальна небезпека. Її характер, – відзначає А.М. Шульга, – свідчить про те, що через означені суспільно небезпечні діяння почалися негативні зміни в хімічному, біологічному, фізичному та інших складових земельних ресурсів. У зв'язку з цим реальна шкода людині чи довкіллю в цілому може настати з великим ступенем імовірності. Невтручання у ланцюг подій неминуче призведе до настання фактичних наслідків у вигляді масового захворювання населення або однієї людини, смерті тощо» [17, с. 196–197]. У подібному руслі при аналізі складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239 КК України, висловлюється М.В. Іщенко. На його думку, небезпека для життя, здоров'я людей або довкілля має бути реальною, що свідчить про появу такого небезпечного стану, за якого зазначені наслідки можуть настати як закономірні та необхідні, проте не настали з незалежних від винного причин. Як приклади згаданих причин правник вказує на те, що місце забруднення або псування земель віддалене від населеного пункту, забруднення сталось у населеному пункті, але в малолюдному місці, тощо [11, с. 103–104].

Аналізуючи критерії визначення реальності небезпеки спричинення шкоди, В.В. Локтіонова відмічає, що в цьому разі необхідно брати до уваги такі фактори: 1) існування джерела ризику (токсичної речовини в об'єктах довкілля або продуктах харчування, технологічного процесу, що передбачає використання шкідливих речовин, тощо); 2) присутність цього джерела ризику в шкідливій для людини чи довкілля дозі; 3) схильність населення, тваринного або рослинного світу до впливу згаданої токсичної речовини [18, с. 152–153].

Відповідно, слід погодитись з О.О. Пенязьковою, яка пише, що для інкримінування досліджуваних норм КК України потрібно збирати докази того, що внаслідок вчинення особою суспільно небезпечного діяння було створено небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля, яка є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складів злочинів, передбачених у відповідних статтях КК України, та обставиною, що підлягає доказуванню (п. 1 ч. 1 ст. 91 КПК України). При цьому у вироку слід чітко вказати, у чому виявилось створення небезпеки конкретному порядку суспільних відносин, що забезпечують життя, здоров'я людини або безпечний стан довкілля [19, с. 140].

На жаль, при застосуванні ч. 1 ст. 239 КК України наведені вище слушні доктринальні настанови виконуються далеко не завжди. За результатами вивчення матеріалів судової практики

виділимо щонайменше чотири варіанти встановлення та описання такої криміноутворювальної ознаки, як створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля.

Варіант 1. Має рацію А.М. Шульга, на думку якого одним із способів вирішення проблеми, що полягає у складності встановлення факту існування небезпеки настання наслідків забруднення або псування земель, може бути проведення судово-екологічної експертизи, адже слідчий зобов'язаний використовувати всі наявні і дозволені законом прийоми для досягнення процесуальної мети [20, с. 28]. Через це найбільш обґрунтованим вважаємо підхід тих судів, які посиляються на висновки експертів або звіти інших фахівців (більш доречним є перший варіант), в яких прямо вказується на те, що забруднення або псування земель призвело до створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля (щоправда, у загальному масиві вивчених документів кількість таких судових рішень сягає лише 15%). Звернемось до матеріалів правозастосовної практики.

До Московського районного суду м. Харкова надійшла угода про визнання винуватості з обвинувальним актом за обвинуваченням Особи-1 та Особи-2 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239 КК України. Під час досудового розслідування за участю державних інспекторів з охорони навколишнього природного середовища Держекоінспекції у Харківській області було проведено огляд частини земельної ділянки площею 6,6683 га, під час якого здійснено відбір проб ґрунту, про що складено відповідний акт, на підставі якого здійснено лабораторне дослідження, про що складено протокол вимірювання показників складу та властивостей проб ґрунтів № 674-10-18 від 26 жовтня 2018 р. Відповідно до цього документа на забрудненій земельній ділянці встановлено перевищення фонових вмісту азоту амонійного, нітратів і нафтопродуктів. Одним із доказів наявності в діях зазначених осіб складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239 КК України, став висновок судової економічної експертизи Харківського НДЕКЦ МВС України № 300 від 17 грудня 2018 р., яким підтверджено висновок спеціаліста ННЦ «Інститут ґрунтознавства та агрохімії імені О.Н. Соколовського», згідно з яким вказане перевищення створило небезпеку для життя, здоров'я людей та довкілля [21].

Так само на висновок ННЦ «Інститут ґрунтознавства та агрохімії імені О.Н. Соколовського» № 1-04/692 від 25 липня 2014 р., яким підтверджено хімічне забруднення діями Особи-3 ґрунтів, що створило небезпеку забруднення ґрунтових вод та обмежило використання земельної ділянки для окремих видів сільськогосподарської діяльності, послався Хмельницький міськрайонний суд Хмельницької області [22].

З'ясувавши, що Особа-4, діючи з метою економії часу та грошових коштів, а так само спрощення роботи, в порушення спеціальних правил здійснював злив відходів, які виникли внаслідок життєдіяльності свиней, на земельну ділянку, Лисичанський міський суд Луганської області констатував таке. Своїми діями Особа-4 спричинив забруднення земель відходами, що (згідно зі звітом про результати дослідження патологічного (біологічного) матеріалу Лисичанської міжрайонної державної лабораторії Державної служби України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів, довідкою і протоколом вимірювання показників складу та властивостей ґрунтів Держекоінспекції в Луганській області) призвело до перевищення концентрації амонію, нітратів, сульфатів, хлоридів порівняно з природним фондом на вказаній земельній ділянці, а це створило небезпеку для довкілля [23].

В одному із випадків суд вказав на те, що в результаті дій Особи-5 відбулось забруднення земель, що відповідно до акту обстеження земельної ділянки від 15 січня 2018 р., складеного спеціалістами відділу з земельних питань та будівництва Довгинцівської районної у місті ради, створило небезпеку для довкілля [24].

Варіант 2. Деякі суди, вказуючи на перевищення рівня небезпечних речовин, констатували, що таке перевищення і призвело до створення небезпеки, наявність чого обґрунтовувалось лише власним переконанням суду (37% вивчених судових рішень).

Наприклад, у вироку Жовківського районного суду Львівської області вказується на те, що Особа-1 забруднив земельну ділянку відходами, шкідливими для життя, здоров'я людей та довкілля, створивши небезпеку для життя, здоров'я людей та довкілля, яка проявилась у накопи-

ченні в ґрунті токсичних хімічних сполук, хвороботворних бактерій і паразитів, які можуть викликати спільні для людей і тварин захворювання [25].

Козятинський міськрайонний суд Вінницької області як на доказ винуватості Особи-2 послався на перевірку управління Держсанепідслужби, якою встановлено, що на території складу СВАН «Обрій» знаходились заборонені для використання пестициди хлорорганічної групи, які є високотоксичними для людей і тварин, мають виражений ефект кумуляції (накопичення в організмі, жировій тканині). Крім того, при руйнуванні складу внаслідок випадання опадів сталось випаровування пестицидів, що призвело до забруднення атмосферного повітря і прилеглих територій земельних ділянок. В подальшому можливе потрапляння пестицидів у рослини та ґрунтові води. Ділянка, яка залишилась після руйнування складу, не дезактивована; не забезпечено охорону чи вивезення цегли, просоченої випарами пестицидів, яка може бути використана населенням для подальшого будівництва і призвести до захворювання, отруєння людей чи тварин [26].

Добропільський міськрайонний суд Донецької області зазначив, що дії Особи-3 призвели до негативного антропогенного впливу господарської діяльності людини, а саме до виведення земельної ділянки з сільськогосподарського обігу, знищення родючого шару, потрапляння шкідливих речовин в атмосферу та гідросферу (підземні води), мали своїм результатом забруднення та псування земельної ділянки, що створило небезпеку для життя та здоров'я людей та довкілля (потрапляння шкідливих речовин через ґрунт в підземні водні джерела, окислювально-відновлювальні процеси та вивільнення внаслідок цього шкідливих газоподібних речовин, розвиток патогенних організмів у товщі полігону) [27].

Краснокутським районним судом Харківської області встановлено, що Особа-4 допустив викиди відходів у навколишнє середовище, що призвело до забруднення земельних ресурсів унаслідок перевищення норм гранично допустимих концентрацій (далі – ГДК) і фонових значень за нітратами, сульфатами та фосфором. Дії Особи-4 кваліфіковані за ч. 1 ст. 239 КК України [28].

З'ясувавши, що Особа-5 допустив зберігання та видалення відходів у несанкціонованому місці, що призвело до забруднення земельних ресурсів у результаті перевищення ГДК і фонових значень за низкою шкідливих речовин, Зміївський районний суд Харківської області зробив висновки про наявність у діях Особи-5 складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239 КК України [29].

Основною вадою такого підходу (варіант 2) є те, що, констатує відповідні перевищення, суди фактично жодним чином не обґрунтовують ту обставину, що в результаті цих перевищень було створено небезпеку для життя, здоров'я людей чи довкілля. З огляду на сказане, заслуговує на увагу позиція тих судів, які задля додаткового обґрунтування створення небезпеки для довкілля вказують на те, у скільки разів рівень шкідливих речовин перевищив належний.

Наприклад, визнаючи Особу-1 винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239 КК України, Стрийський міськрайонний суд Львівської області чітко зафіксував як елементний склад відходів, які забруднили землі, так і те, що їхній вміст перевищував встановлені норми: кадмію – в 53 рази, міді – в 169 разів, свинцю – в 381,5 разів, хрому – в 9 разів, цинку – в 4,6 рази, аномію – в 6,6 рази, хлоридів – у 120 разів, фосфору – в 5 разів [30].

Так само питання доведення факту створення небезпеки для довкілля вирішив Машівський районний суд Полтавської області, який відмітив, що в результаті дій Особи-2, по-перше, спричинено забруднення земель відходами життєдіяльності тварин (гній, сечовина і підстилкові матеріали), які небезпечні для навколишнього природного середовища та становлять загрозу для здоров'я людей, і, по-друге, створено небезпеку для довкілля, внаслідок чого показники властивостей ґрунту (амонію (обмінного) у перерахунку на азот амонійний), визначені в проміжку від 20,4 до 54,3 мг/кг, перевищують у 2,8 рази нормативний вміст (19,5 мг/кг) у ґрунті [31].

Варіант 3. Серйозніші нарікання, однак, викликає поширена судова практика банальної констатації не підтвердженого жодними доказами «створення небезпеки» (35% судових рішень).

Наприклад, з'ясувавши, що Особа-1 при здійсненні у ТОВ «Бісоб» діяльності з вирощування свиней, не отримавши дозвіл на розміщення відходів, давав вказівки підлеглим працівникам про утилізацію відходів життєдіяльності свиней, шкідливих для життя, здоров'я людей і навколишнього середовища, з трьох наявних свинарників на прилеглий до них території площею 0,2504 га, яка є пасовищами, Синельниківський міськрайонний суд Дніпропетровської області обмежився

констатацією того, що в результаті дій Особи-1 були забруднені відповідні землі і створена небезпека для життя, здоров'я людей і навколишнього середовища [32]. Аналогічні помилки допускали і деякі інші суди [33; 34; 35].

Варіант 4. Найбільш неприйнятними вважаємо випадки, коли створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля судами при інкримінуванні ч. 1 ст. 239 КК України навіть не згадується (7% вивчених судових рішень).

Так, визнаючи Особу-2 винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239 КК України, Жидачівський районний суд Львівської області обмежився вказівкою на те, що Особа-1 розмістив будівельні відходи шляхом зсипання їх на поверхневий умовно-родючий шар ґрунту площею 40 м² об'ємом 32 м³, що призвело до заподіяння збитків у розмірі 46 370 грн. [36].

Встановивши, що Особа-2 розмістив будівельні відходи шляхом зсипання їх на поверхневий умовно-родючий шар ґрунту, Індустріальний районний суд м. Дніпропетровська зазначив, що такі дії призвели до заподіяння збитків у розмірі 301 тис. 065,6 грн. [37]. Лише на матеріальні збитки забруднення або псування земель вказали Перечинський районний суд Закарпатської області [38] і Судацький міський суд АРК [39].

Нагадаємо, що за відсутності реальної загрози заподіяння шкоди для життя, здоров'я людей чи довкілля внаслідок порушення спеціальних правил вчинене має тягнути адміністративну відповідальність: у ст. 52 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) йдеться про псування і забруднення сільськогосподарських та інших земель. Вибірковий аналіз правозастосовних матеріалів засвідчив, що до відповідальності за ст. 52 КУпАП притягувались особи, яким інкримінувалось вчинення таких діянь:

– несанкціонований скид каналізаційних стоків, який призвів до забруднення земельної ділянки площею 1215 м² [40];

– порушення приписів статей 22, 46 Закону України «Про забезпечення санітарного та епідеміологічного благополуччя населення» та п. 3.6. розділу 3 СанПіН «Санітарні правила та норми охорони поверхневих вод від забруднення», яке полягало в тому, що на території підприємства виявлено пляму нафтопродуктів загальною площею 100 м² поблизу природних підземних джерел, через яку потік підземної води, розбавляючи її, тече по балці Кам'янка за територію підприємства [41];

– забруднення, підтверджене тим, що у відібраних під час перевірки зразках ґрунтів виявлено перевищення ГДК і фонові концентрації за вмістом хімічних речовин [42];

– несанкціоноване розміщення сміттєзвалища, на якому знаходилось 3 млн 789 тис. 58 т побутових відходів [43];

– забруднення ґрунтів, підтверджене протоколом вимірювань показників складу і властивостей проб ґрунту, яким виявлено перевищення встановлених норм ГДК за неполярними вуглеводнями (нафтопродуктами) [44];

– забруднення ґрунту, підтверджене актом відбору проб ґрунту [45];

– забруднення земельної ділянки розміром 1,3 м x 27 м неочищеними стічними водами, які потрапляли до р. Сугоклея [46];

– забруднення земель неочищеними стічними водами в результаті їхнього переливу на ґрунт по рельєфу місцевості [47];

– забруднення земельної ділянки загальною площею 256,04 м² залишками нафтопродуктів [48].

Проаналізувавши правозастосовні матеріали за ст. 52 КУпАП і пам'ятаючи при цьому, що при інкримінуванні ч. 1 ст. 239 КК у 7% випадках суди взагалі не згадували про створення небезпеки, в 35% без будь-яких обґрунтувань констатували її як логічний наслідок забруднення або псування земель, а в іншій значній частині кримінальних проваджень вказували на перевищення рівня забруднюючих речовин, мусимо зазначити, що в одних випадках як злочин, а в інших – як адміністративне правопорушення кваліфікувались, наприклад, такі дії:

Злочин, передбачений ст. 239 КК України	Адміністративне правопорушення, передбачене ст. 52 КУпАП
1. Розміщення будівельних відходів на ґрунті площею 40 м ² .	1. Забруднення земельної ділянки загальною площею 256,04 м ² залишками нафтопродуктів.
2. Забруднення земельних ресурсів у результаті перевищення норм ГДК і фонових значень за нітратами, сульфатами, фосфором.	2. Забруднення ґрунтів, підтверджене протоколом вимірювань показників складу та властивостей проб ґрунту, яким виявлено перевищення встановлених норм ГДК за нафтопродуктами.
3. Розміщення відходів на території площею 0,2504 га.	3. Несанкціоноване розміщення сміттєзвалища, на якому знаходилось 3 млн 789 тис. 58 т побутових відходів.
4. Забруднення земельної ділянки гнієвмістими стічними водами.	4. Забруднення земельної ділянки розміром 1,3 м x 27 м неочищеними стічними водами, які напряму потрапляли до р. Сугоклея.
5. Забруднення, в результаті якого відбулося просочування забруднених речовин до ґрунту.	5. Забруднення, яке призвело до виникнення плями нафтопродуктів у безпосередній близькості до природних підземних джерел.

Як бачимо, конструювання некваліфікованого забруднення або псування земель як делікту створення небезпеки виваженому розмежуванню злочинної і незлочинної поведінки явно не сприяє. Пригадується висловлювання М.П. Яблокова про те, що редакція кримінально-правової норми, яка закріплює відповідальність за створення небезпеки, майже не залишає місця для оцінки порушення певних правил як дисциплінарного або адміністративного проступку. Тим самим створюється передумова для надмірного розширення сфери застосування кримінально-правових норм до порушників тих чи інших правил [49, с. 46]. За наведеного стану правозастосування також навряд чи варто вести мову про запобіжне значення ч. 1 ст. 239 КК України.

Задля справедливості відзначимо, що аналогічні висвітленим вище проблеми, пов'язані із застосуванням кримінально-правових норм про делікти створення небезпеки, є традиційними. Так, на підставі вивчення слідчої та судової практики застосування закону про кримінальну відповідальність за порушення працівниками залізничного, водного або повітряного транспорту правил безпеки руху та експлуатації транспорту, а також недоброякісний ремонт транспортних засобів, якщо це не потягло тяжких наслідків (нещасні випадки з людьми, аварії тощо), а лише створило загрозу настання таких наслідків, ще в радянській юридичній літературі відзначалось, що ознаки відповідного складу злочину не завжди розуміються правильно, інколи просто ігноруються, а деяким із цих ознак надається невласливе їм значення [50, с. 54]

Цілком очевидно, що першопричиною з'ясованої вище неприпустимої ситуації, коли близькі за змістом діяння, які спричиняють фактично однакові суспільно небезпечні наслідки, в одних випадках кваліфікуються як злочин, а в інших – як адміністративне правопорушення, є оцінний характер (аморфність) передбаченої ч. 1 ст. 239 КК ознаки «створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля», відсутність чітких критеріїв визначення реальності настання фізичної або екологічної шкоди. Тому й не дивно, що представники кримінально-правової доктрини, не задоволені «свавіллям» правозастосувача, ставлять питання про відмову від аналізованої криміноутворювальної ознаки щодо складу злочину «забруднення або псування земель».

Так, Г.С. Крайник висловлює думку про те, що створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля не досягає притаманного злочинам ступеня суспільної небезпеки, а тому в уточненій ч. 1 ст. 239 КК України варто закріпити мінімальним наслідком реальну шкоду у виді легких тілесних ушкоджень (незалежно від кількості потерпілих) та середньої тяжкості тілесних ушкоджень одній особі. Водночас, щоб залишити відповідальність за «створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля» з метою запобігання більш тяжким наслідкам, дослідник вважає за доречне використати аналізовану конструкцію в КУпАП, створивши частини другі в тих його статтях, які присвячені псуванню і забрудненню сільськогосподарських та інших земель і засміченню лісів відходами (ст. 52 і ст. 71 КУпАП, відповідно). На користь наведеної пропозиції, на думку згаданого дослідника, вказують, зокрема: труднощі встановлення на практиці такого

суспільно небезпечного наслідку, як створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля; законодавчий досвід України – в частині встановлення кримінальної відповідальності за такі необережні злочини, які спричиняють щонайменше середньої тяжкості тілесне ушкодження (наприклад, статті 128, 286 КК України) [12, с. 89–93, 192].

Інші фахівці, навпаки, наполягають на збереженні в межах ч. 1 ст. 239 КК України відповідальності за створення небезпеки. Зокрема, визнаючи наявність численних помилок у процесі застосування цієї кримінально-правової норми (на кшталт тих, які відмічались нами вище), М.В. Іщенко вважає, що вони свідчать про необхідність не декриміналізації зазначеного делікту, а вдосконалення правозастосування. «... це дасть змогу краще захистити життя, здоров'я людей, а також землі як частину довкілля від потенційних небезпек» [11, с. 104–105]. Подібним чином висловлюється В.В. Локтіонова, на думку якої відповідні практичні труднощі не повинні слугувати підставою для відмови від аналізованої законодавчої конструкції, бо такий крок призведе до послаблення профілактичного значення кримінально-правових заборон, присвячених посяганням на довкілля [51, с. 198].

Зайвим підтвердженням складності розглядуваного питання може слугувати та обставина, що в зарубіжному кримінальному законодавстві відсутній уніфікований підхід щодо описання кримінально караних діянь, подібних за змістом до передбаченого ч. 1 ст. 239 КК України. Наприклад, парламентарії країн «групи СНД» при формулюванні відповідних норм відмовились від згадування про створення небезпеки. Як криміноутворювальні ознаки ними зазвичай називаються наслідки у виді створення (настання) реальної (або навіть «значної» (істотної)) шкоди здоров'ю людей чи навколишньому природному середовищу. І лише у ст. 332 КК Казахстану злочинним визнається те псування землі, яке призвело, по-перше, до реальної шкоди здоров'ю людини і, по-друге, могло призвести до спричинення шкоди навколишньому природному середовищу (що правда, не будь-якої шкоди, а лише великої).

Натомість подібно до вітчизняного законодавці деяких центральноєвропейських країн, країн (причому не лише європейських) італо-іберійської, німецької та «югославської» груп кримінального права конструюють відповідні норми як делікти створення небезпеки (статті 180–181 КК Австрії, ст. 289 КК Андорри, ст. 352 КК Болгарії, ст. 347 КК Гватемали, статті 360–361 КК Естонії, ст. 325 КК Іспанії, ст. 332 КК Колумбії, ст. 218 КК Македонії, ст. 365 КК Нікарагуа, ст. 181 КК Польщі, ст. 300 КК Словаччини, ст. 338 КК Словенії, ст. 280 КК Угорщини, ст. 250 КК Хорватії, ст. 181-а КК Чехії, пар. 324-а КК ФРН). Водночас, наприклад, у ст. 279 КК Португалії міститься вказівка на реальні наслідки у виді значного: а) забруднення води чи ґрунтів, або іншого зниження їхніх якостей; б) забруднення повітря за рахунок використання технічного обладнання чи інших об'єктів; в) спричинення шумового забруднення. Не про потенційне, а про реальне забруднення навколишнього природного середовища йдеться і в ст. 181 КК Туреччини, і в ст. 260 КК Сербії.

До слова, згідно з пар. 324-а КК ФРН кримінально караним визнається будь-яке забруднення, вчинене способом, який може зашкодити здоров'ю іншої людини, тварин, рослин чи іншим предметам, що мають цінність, або водоймам, або у значному об'ємі забруднює чи іншим чином впливає на них. Доцільність використання подібного прийому викладення нормативного матеріалу (тобто конструювання складу злочину частково як делікту створення небезпеки) стала предметом жвавих дискусій серед дослідників. Так, І.В. Попов припускає, що саме відповідальність за створення загрози забруднення природи і відсутність точних критеріїв злочинності діянь призводить до того, що в Німеччині протягом року реєструються десятки тисяч злочинів проти навколишнього природного середовища [52]. Серед останніх частка забруднення ґрунтів складає близько 10% [53, с. 166]. Інші автори, однак, не вбачають проблем у подібному описанні кримінально-правової заборони, наголошуючи на тому, що необхідною вимогою при оцінці згаданої небезпеки повинна бути реальність та очевидність загрози заподіяння шкоди. Саме реальна загроза є відображенням майбутнього ймовірного злочинного результату. При цьому негативні наслідки не настають лише завдяки своєчасно вжитим заходам або в силу інших обставин, які не залежали від волі винної особи [54, с. 57; 55, с. 93].

Аналізуючи відповідну проблематику, слід відзначити, що як вітчизняні, так і зарубіжні науковці тривалий час не можуть одностайно визначитись і з відповіддю на більш глобальне питання – про

доцільність описання наслідків злочинів проти за допомогою понять, які здебільшого ґрунтуються на судженнях правозастосовних органів.

С.Б. Гавриш з цього приводу пише, що без розроблення критеріїв формалізації оцінних понять в екологічних злочинах, визначення параметрів (масштабу, розмірів тощо) прояву і встановлення їхніх наслідків названі норми або майже не будуть застосовуватись, або слугуватимуть підставою для виправданої законом сваволі [2, с. 282]. Подібним чином висловлюється В.В. Локтіонова, зазначаючи, що в законі про кримінальну відповідальність необхідно відмовитись від використання понять, які мають занадто широкий і «розмитий» зміст, замінивши їх формально-визначеними [10, с. 11]. Натомість О.Л. Дубовик вбачає у використанні оцінних понять, за допомогою яких нерідко позначаються суспільно небезпечні наслідки екологічних злочинів, певний позитивний прогностичний ефект: при виникненні нових негативних екологічних наслідків, зокрема, в результаті появи нових технологій кримінальний закон швидко реагуватиме на ризики і загрози для довкілля і, таким чином, демонструватиме свій профілактичний потенціал [56, с. 681].

Має рацію І.В. Лавигіна, на думку якої повністю відмовитись від використання оцінних понять при формулюванні складів екологічних злочинів неможливо [57]. Водночас ми переконані в тому, що вітчизняний кримінальний закон має рухатися в напрямі максимально можливої формалізації суспільно небезпечних наслідків злочинів проти довкілля. «У законі мають бути чітко сформульовано межі складів злочинів, аби дискреція суду, прокурора чи слідчого не поширювалась на вирішення питання про злочинність чи не злочинність діяння прямо передбаченого законом...» [58, с. 16]. Щоправда, формалізація кримінально-правових понять, як слушно зазначається в літературі, повинна мати розумні, науково обґрунтовані межі [59, с. 113].

Розмірковуючи над варіантами вдосконалення КК України і передусім його ст. 239, вважаємо, що слід виходити з необхідності комплексного врахування:

1) тенденцій сформованої судової практики, аналіз якої засвідчує, що: в 66% судових рішень, в яких робилось посилення на створення небезпеки, йшлося про «створення небезпеки для довкілля»; в інших 34% випадків суди вказували на одночасне створення небезпеки і для життя, і для здоров'я людей, і для довкілля; про створення ж небезпеки лише для життя та (або) здоров'я людей не згадувалось в жодному із вивчених нами судових рішень;

2) позитивного зарубіжного досвіду кримінально-правової протидії забрудненню або псуванню земель. Зокрема, на увагу заслуговує досвід:

2.1) Австрії та Латвії, в яких злочинним визнається таке забруднення земель, яке призвело до: а) небезпеки для життя чи здоров'я великої кількості людей, або б) значної небезпеки для стану тваринного чи рослинного світу, або в) довготривалого погіршення якості води, ґрунту чи повітря, або г) витрат на ліквідацію забруднення понад 50 тис. євро (статті 180–181 КК Австрії), та значної шкоди навколишньому природному середовищу, майну чи економічним інтересам, відповідно (ч. 2 ст. 102 КК Латвії). Як бачимо, незважаючи на віднесення відповідних діянь до злочинів проти навколишнього природного середовища, крім шкоди (в Австрії – також і загрози) довкіллю, парламентарії згаданих країн визнали злочинним і те забруднення земель, яке призвело до майнової шкоди. При цьому більш вдалим слід вважати австрійський досвід, адже у ст. 102 КК Латвії (як і в інших подібних нормах) відсутня примітка, в якій би розкривався зміст цієї оцінної ознаки;

2.2) країн «групи СНД», законодавці яких взагалі відмовились від вказівки на «створення загрози для життя, здоров'я людей» на користь формулювання «що спричинило шкоду здоров'ю людини або довкіллю».

Показово, що в російській юридичній літературі вказується на перспективність використання (з урахуванням високої ймовірності і часової віддаленості настання суспільно небезпечних наслідків) конструкції поставлення у небезпеку при встановленні кримінальної відповідальності за порушення спеціальних правил безпеки [60, с. 144, 148, 154], а так само за порушення правил охорони довкілля під час господарської або іншої виробничої діяльності [61, с. 14–15]. Сказано, однак, не стосується караного за ч. 1 ст. 254 КК РФ некваліфікованого псування земель, обов'язковою ознакою якого названо заподіяння шкоди здоров'ю людини або довкіллю.

Вважаємо за доцільне вказати у ч. 1 вдосконаленої ст. 239 КК України на конкретний прояв шкоди здоров'ю людини у виді «легкого тілесного ушкодження одному чи декільком потерпілим,

або середньої тяжкості тілесного ушкодження одному потерпілому». Така пропозиція, серед іншого, враховує виважений науковий підхід, згідно з яким тілесні ушкодження повністю вичерпують поняття «шкода здоров'ю» [16, с. 151–152]. Як слушно зазначається в юридичній літературі, кримінальне законодавство й особливо практика давно свідчать про необхідність конкретних визначень і вказівок на характер наслідків, точних меж кримінально-правових наслідків злочинів, якщо від них залежить ступінь суспільної небезпеки злочинного діяння [62, с. 43];

3) досвіду законодавчого конструювання інших норм, розміщених у розділі VIII Особливої частини КК України «Злочини проти довкілля». Так, загалом на схвальну оцінку заслуговує концептуальний підхід, реалізований при позначенні суспільно небезпечних наслідків як ознаки складу злочину, передбаченого ст. 246 КК України «Незаконна порубка лісу або незаконне перевезення, зберігання, збут лісу»: злочинним визнається діяння, що заподіяло істотну шкоду, яка (поруч з істотною шкодою навколишньому природному середовищу) формалізована в конкретному розмірі матеріальних збитків – 20 і більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ). При цьому згадувана вище вказівка (поряд із завданням істотної шкоди) і на конкретну шкоду здоров'ю людини у виді «легкого тілесного ушкодження одному чи декільком потерпілим, або середньої тяжкості тілесного ушкодження одному потерпілому» дасть змогу врахувати дещо відмінну юридичну природу злочинів, передбачених статтями 239 та 246 (як і статей 239-1, 248 та 249 КК України, в яких також вказується на матеріальну шкоду), зокрема, те, що характер забруднення або псування земель припускає значно більшу вірогідність завдання шкоди здоров'ю людини.

Як слушно відмічають О.В. Головкін та Я.О. Леляк, загалом шкоду, що завдається злочинним забрудненням або псуванням земель, можна умовно поділити на три складові: екологічна шкода (шкода, що завдається різним екосистемам); особиста шкода (шкода життю та здоров'ю людей); економічна шкода (шкода землі як об'єкту господарювання) [63, с. 43]. Визнаючи необхідність збереження в ч. 1 ст. 239 КК України наслідків у виді так званої екологічної шкоди, вважаємо, що вони мають бути сформульовані за допомогою вказівки на «істотну шкоду довкіллю» – як це і передбачено у статтях 246, 248 та 249 КК України, а не на «загрозу довкіллю», про яку йдеться в чинній редакції ст. 239 та деяких інших нормах, розміщених у розділі VII Особливої частини КК України. Необхідність відмови від україньовдалого словосполучення «що спричинило загрозу довкіллю» пояснюється такими обставинами:

1) розміщення аналізованої заборони серед норм про відповідальність за злочини проти довкілля, звідки випливає те, що довкілля виступає родовим об'єктом цієї групи злочинів, а отже, завжди зазнає шкоди при їхньому вчиненні. Це те саме, якби, наприклад, у диспозиціях норм, консолідованих у розділі X Особливої частини КК України «Злочини проти безпеки виробництва» вказувалось на «створення небезпеки для безпеки виробництва»; або в ст. 296 КК України «Хуліганство» йшлося про «створення небезпеки для громадського порядку»; або в ст. 286 КК України говорилось про порушення, які «створили небезпеку для безпеки руху транспорту». Цілком очевидно, що кожне із зазначених порушень а priori створює відповідну небезпеку (загрозу). Як приклад подібної зайвої вказівки пригадується хіба що ст. 258 КК України, в якій йдеться про таку мету терористичного акту, як «порушення громадської безпеки». Слід погодитись із науковцями, котрі відмічають, що додаткова вказівка на таку мету, по-перше, жодного додаткового смислового навантаження не несе, по-друге, виглядає тавтологією [64, с. 87];

2) за умови збереження формулювання «створило небезпеку для довкілля» неминуче поставитиме питання про розмежування розглядуваного злочину та правопорушення, передбаченого ст. 52 КУпАП. При цьому чимало таких адміністративних правопорушень, як було показано вище, не просто створюють реальну загрозу, а спричиняють цілком реальну шкоду довкіллю. Виходить, що до кримінальної відповідальності можуть бути притягнуті особи, дії яких лише призвели до створення небезпеки довкіллю, у той час, як до адміністративної – навіть якщо відповідними діями було заподіяно таку шкоду.

Зважаючи на викладені аргументи, пропонуємо у ч. 1 ст. 239 КК України вказати на «істотну шкоду довкіллю», водночас розкривши параметри такої шкоди в примітці згаданої статті. За умови реалізації такої пропозиції заподіяння забрудненням або псуванням земель «неістотної» шкоди довкіллю кваліфікуватиметься за ст. 52 КУпАП.

Тут, однак, варто пригадати застереження В.К. Глістіна з приводу подібних законодавчих ініціатив. Вчений писав, що, звичайно, простіше користуватись законом, в якому чітко окреслюються наслідки, настання яких тягне кримінальну відповідальність. Проте матеріальні зміни не відіграють вирішальної ролі при оцінці суспільної небезпеки злочину. До того ж при конструюванні кримінально-правової норми вирішується й інше завдання, а саме можливість її практичного застосування в реальних життєвих ситуаціях. У зв'язку з цим дослідник вказував на проблематичність встановлення конкретної матеріальної шкоди, наприклад, при забрудненні повітря або води шкідливими промисловими викидами [65, с. 101–102].

Вважаємо, що стосовно складів земельних злочинів екологічної спрямованості в Україні наразі наявне нормативне підґрунтя для задовільного вирішення позначеної проблеми. Маємо на увазі те, що визначення шкоди довікллю в цьому разі має здійснюватись згідно з Методикою визначення розмірів шкоди, зумовленої забрудненням і засміченням земельних ресурсів через порушення природоохоронного законодавства, затвердженою наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища (в редакції наказу від 4 квітня 2007 р. № 149). Вивчення положень цієї Методики дозволяє стверджувати, що врахована відповідно до неї матеріальна шкода цілком може вважатись об'єктивним відображенням завданої шкоди довікллю, адже, крім нормативної грошової оцінки та площі забрудненої земельної ділянки, вона враховує, наприклад, такі суто «екологічні» показники, як: коефіцієнт забруднення земельної ділянки, що характеризує кількість забруднюючої речовини в об'ємі забрудненої землі залежно від глибини просочування; коефіцієнт небезпечності забруднюючої речовини; коефіцієнт еколого-господарського значення земель. При подальшому визначенні відповідних показників ураховуються: об'єм забруднюючої речовини (m^3); товща земельного шару, що є розмірною одиницею для розрахунку витрат на ліквідацію забруднення залежно від глибини просочування і дорівнює 0,2 м; площа забрудненої земельної ділянки (m^2); індекс поправки до витрат на ліквідацію забруднення залежно від глибини просочування забруднюючої речовини; маса забруднюючої речовини (t); відносна густина забруднюючої речовини (t/m^3) тощо.

На користь викладеної пропозиції *de lege ferenda* свідчить і та обставина, що за відсутності наразі чітких нормативних критеріїв встановлення «створення небезпеки для довіклля», передбаченого ч. 1 ст. 239 КК, деякі суди вже зараз, не чекаючи реакції законодавця на розглядувану проблему, в своїх рішеннях прямо вказують на те, що загроза довікллю полягає у заподіянні матеріальних збитків.

Наприклад, з'ясувавши, що Особа-1 в порушення спеціальних правил вчинив забруднення земельної ділянки площею 0,1882 га, Петропавлівський районний суд Дніпропетровської області вирішив, що такі дії спричинили небезпеку для довіклля, яка виразилась у заподіянні збитків, які відповідно до згаданої Методики становлять 6 126,29 грн. [66].

Баштанський районний суд Миколаївської області встановив, що головний інженер КП «Міськводоканал» Особа-2 всупереч вимогам статей 10, 51 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», статей 42, 45 Закону України «Про охорону земель», ст. 167 ЗК України та несумлінно ставлячись до виконання своїх службових обов'язків, передбачених його посадовою інструкцією, достовірно знаючи про підняття рівня стоків у стічному каналі КП «Міськводоканал», через який здійснювався скид каналізаційних стоків м. Баштанка в р. Інгул, не вжив заходів для його очищення від замулення та запобігання розливу стоків вказаного підприємства, що спричинило забруднення земель загальною площею 195 тис. m^2 , чим довікллю, на думку суду, завдано шкоду, яка в грошовому еквіваленті склала 108 тис. грн. [67].

Окремо хотілось б зупинитись на одному випадку із практики застосування ч. 2 ст. 239 КК України.

Так, Перечинським районним судом Закарпатської області встановлено, що Особа-1, працюючи на посаді директора ЗАТ «Перечинський ЛК», порушуючи вимоги статей 116, 125, 126 Земельного кодексу України, діючи всупереч вимогам статей 17, 33 Закону України «Про відходи» і неналежно виконуючи свої службові обов'язки, допустив незаконне складування відходів кускової деревини і тирси загальним об'ємом понад 100 m^3 на земельній ділянці площею 0,1100 га, яка не була для того відведена та належить до земель сільськогосподарського призначення. Внаслідок засмічення вказаної земельної ділянки завдано шкоду в розмірі 120 тис. 780 грн.,

що стало підставою для визнання відповідного діяння таким, що спричинило передбачені ч. 2 ст. 239 КК України «інші тяжкі наслідки» [68].

На перший погляд із такою кваліфікацією слід погодитись. Тобто за умови внесення змін до ч. 2 ст. 239 КК України, які б «відкріпили» інші тяжкі наслідки від загибелі людей, згадана матеріальна шкода цілком могла б розцінюватись як інші тяжкі наслідки забруднення або псування земель. Проаналізувавши, однак, наведене судове рішення суду системно (в контексті аналізу всієї практики застосування ст. 239 КК України), схиляємось до думки про передчасність його (рішення) схвальної оцінки. Маємо на увазі те, що в інших випадках вже не за ч. 2, а за ч. 1 ст. 239 КК України кваліфікувались прояви забруднення або псування земель, які спричинили шкоду на суму: 301 тис. 065 грн. [69]; 844 тис. 592,62 грн. [70]; 4 млн 771 тис. 737,6 грн. [71]; 272 млн 599 тис. 270 грн. [72].

Як бачимо, відповідній судовій практиці явно бракує однаковості, що призводить до неприпустимих ситуацій, коли, наприклад, забруднення або псування земель, яким було завдано матеріальну шкоду на суму 120 тис. 780 грн., кваліфікується за ч. 2 ст. 239 КК України як таке, що спричинило інші тяжкі наслідки, а аналогічні діяння, наслідком яких стало завдання шкоди на суму в 3, 8, 45 і навіть в 2700 (!) разів більшу за попередню, – за ч. 1 ст. 239 КК України як некваліфіковане забруднення або псування земель. Вважаємо, що наведені положення зайвий раз сигналізують про доречність формалізації закріплених у ст. 239 КК України показників шкоди.

Стосовно конкретного розміру матеріальних збитків, які в цьому разі повинні визнаватись «істотною шкодою», то він, вочевидь, мав би бути визначений вузькопрофільними спеціалістами на підставі проведення відповідних досліджень. Однак поки що на проведення таких досліджень розраховувати не доводиться. Тому в аналогічній ситуації, задля уникнення довільності показника передбаченої ст. 246 КК України істотної шкоди, один із авторів цієї статті разом з Є.О. Письменським свого часу пропонував враховувати існуючі реалії правозастосування, включаючи те, що розмір шкоди, розцінюваний правозастосувачами як свідчення її істотності з погляду кваліфікації за ст. 246 КК України, у середньому складає 7–10 тис. грн. [73, с. 85–87].

За результатами вивчення практики застосування ст. 239 КК України встановлено, що середній розмір матеріальних збитків кримінально караного забруднення або псування земель складає близько 125 тис. грн. Утім, до цього показника потрібно ставитися досить обережно, оскільки:

1) хоч він був визначений без урахування тих проявів забруднення або псування земель, які призвели до багатомільйонних збитків (в одному з випадків такий розмір сягнув 279 млн 305 тис. грн.) і були кваліфіковані за ч. 2 ст. 239 КК України, його «середність» значною мірою була викривлена за рахунок 5–6 випадків, в яких розмір збитків склав від 281 тис. до 981 тис. грн. Без урахування ж цих нетипово високих показників середній розмір збитків вже становить «лише» близько 78 тис. грн. (найменший показник – 6 126 грн., найбільший – 133 тис. грн.);

2) на відміну від ст. 246 КК України, у ч. 1 ст. 239 КК України відсутня вказівка на істотну шкоду. Вочевидь, саме і лише цієї обставиною можна пояснити той факт, що у більш ніж 50% проаналізованих кримінальних проваджень, в яких (можна припустити) розмір збитків складав значно менші розміри, суди просто не згадували про них, що знову ж ставить під сумнів об'єктивність зазначеного кількісного показника;

3) відповідний показник був обчислений у гривнях, а не в НМДГ, що не дозволяє повною мірою врахувати факт його щорічного збільшення.

Зважаючи на вказані обставини, робимо висновок про те, що при обґрунтуванні відповідного показника повинні враховуватися не лише згадані реалії правозастосування, а й останні тенденції законотворчості. Так, на увагу заслуговує те, що:

– по-перше, усвідомлюючи очевидну завищеність встановлених у 2018 р. показників істотної шкоди і тяжких наслідків незаконної порубки лісу (2 тис. і 5 тис. НМДГ, відповідно), а також визнаючи, з одного боку, критичний стан вітчизняного лісового фонду, а, з іншого, неефективність кримінально-правової протидії відповідним суспільно небезпечним проявам, народні депутати України при вдосконаленні ст. 246 КК України зупинилися на значно нижчих, порівняно з передбаченими, наприклад, у ст. 248 КК України (250 і більше НМДГ), показниках істотної шкоди та тяжких наслідків (20 і 60 і більше НМДГ, відповідно).

Утім, визнаючи злободенність проблеми незаконної порубки лісу, дозволимо собі припустити, що проблема охорони земель в Україні є не менш актуальною, а відсутність значної уваги до неї пояснюється лише тим, що родючих земель в Україні більше (поки що), ніж лісів, а ґрунтова маса не відправляється за кордон. З огляду на сказане, вважаємо, що при удосконаленні ст. 239 КК України за основу мають бути взяті ті самі орієнтири, що й при удосконаленні ст. 246 КК України;

– по-друге, слід враховувати і положення ст. 239-1 КК України, в якій показник кваліфікуючої ознаки у виді «матеріальної шкоди у великому розмірі» визначений на рівні 100 і більше НМДГ. За таких умов стає очевидним, що відповідний показник «істотної шкоди» як криміноутворювальної ознаки, який, на нашу думку, у статтях 239 та 239-1 КК України слід уніфікувати, має бути значно нижчим вказаного показника, з яким пов'язується диференціація кримінальної відповідальності;

– по-третє, зважаючи на закріплення конституційного імперативу щодо визнання саме землі (навіть не лісу, повітря, надр тощо) основним національним багатством України, а також на визнану багатьма фахівцями фактично «непоновлюваність» земельних ресурсів (знову ж, на відміну, скажімо, від лісів, тваринного чи рослинного світу), пропонуємо зменшити цей показник до 10 НМДГ.

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про безпідставність законодавчого описання некваліфікованого забруднення або псування земель як делікту створення небезпеки і про зумовлену цим необхідність: по-перше, викладення ч. 1 ст. 239 КК України у новій редакції, в якій замість вживаного нині формулювання «створення загрози для життя, здоров'я людей чи довкілля» має фігурувати вказівка на наслідки у виді «легкого тілесного ушкодження одному чи декільком потерпілим, або середньої тяжкості тілесного ушкодження одному потерпілому, або істотної шкоди»; по-друге, доповнення ст. 239 КК України приміткою такого змісту: «У цій статті істотною вважається така шкода, яка у десять і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, або інша істотна шкода, завдана навколишньому природному середовищу».

Викладені пропозиції *de lege ferenda* стосуються й інших норм про кримінальну відповідальність за земельні злочини екологічної спрямованості (статті 239-1, 239-2, 254 КК України) при тому, що питання оптимізації кола і змісту кримінально-правових заборон, присвячених злочинам у сфері земельних відносин, є темою окремої розмови.

Визначаючи напрями подальших наукових розвідок, зауважимо, що автори цих рядків усвідомлюють всю складність і неоднозначність проблеми оптимізації законодавчої регламентації нормативної підстави кримінальної відповідальності за делікти створення небезпеки. Хоч нам і вдалось підтвердити слушність наукової гіпотези про доцільність обмеження сфери застосування законодавчої конструкції створення небезпеки щодо частини складів злочинів проти довкілля, очевидно, що цей підхід не може вважатись універсальним у сенсі беззаперечно прийнятним для легального описання кримінально караних діянь інших видів (проти життя та здоров'я особи, громадської безпеки, безпеки руху та експлуатації транспорту, безпеки виробництва, здоров'я населення тощо). Так, вельми перспективною видається доктринальна пропозиція запровадити самостійну кримінальну відповідальність за створення небезпеки для життя або здоров'я особи [74, с. 273]. Зрозуміло і те, що кваліфікована відповідь на питання про доцільність конструювання складів тих чи інших кримінальних правопорушень як деліктів створення небезпеки може бути отримана лише за результатами самостійних наукових досліджень, під час яких, серед іншого, має з'ясуватись, наскільки успішно застосовується на практиці відповідна законодавча конструкція, відображаючи життєві реалії, що потребують кримінально-правової оцінки.

1. Панов М.І. Вибрані наукові праці з проблем правознавства / передм. В.П. Тихого. Київ : Ін Юре, 2010. 812 с.
2. Гавриш С.Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні : проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства. Київ : Інститут законодавства Верховної Ради України, 2002. 635 с.
3. Куц В.М., Гізімчук С.В., Єгорова В.О. Кримінальна відповідальність за незаконне проведення дослідів над людиною : монографія. Харків : Юрайт, 2012. 304 с.

4. 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.
5. Осадчий В.І. Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту : монографія. Київ : Вид-во Європейського ун-ту, 2011. 151 с.
6. Бажанов М.И. Избранные труды / сост. : В.И. Тютюгин, А.А. Байда, Е.В. Харитоновна, Е.В. Шевченко; отв. ред. В.Я. Тацій. Харьков : Право, 2012. 1244 с.
7. Данилюк Т.М. Теоретико-прикладні проблеми встановлення моменту закінчення злочину : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2009. 18 с.
8. Фесенко Є.В. Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони : монографія. Київ: Атіка, 2004. 280 с.
9. Берзін П.С. Злочинні наслідки : поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення : монографія. Київ : Дакор, 2009. 736 с.
10. Локтіонова В.В. Суспільно небезпечні наслідки у злочинах проти довкілля : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2013. 20 с.
11. Іщенко М.В. Створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля як наслідок забруднення або псування земель. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2018. № 32. С. 102–105.
12. Крайник Г.С. Кримінальна відповідальність за забруднення або псування земель в Україні : монографія. Харків : Друкарня Мадрид, 2019. 204 с.
13. Церетели Т.В. Причинная связь в уголовном прав. Москва : Госюриздат, 1963. 382 с.
14. Тихий В.П. Вибрані праці з конституційного і кримінального права / передм. В.Я. Тація. Харків : Право, 2017. 848 с.
15. Тихий В.П. Відповідальність за злочини проти безпеки людини. Новітні кримінально-правові дослідження – 2016 : збірник наукових праць / відп. ред. д-р юрид. наук, проф. О.В. Козаченко. Миколаїв : Іліон, 2016. С. 5–13.
16. Нетеса Н. В. Кримінальна відповідальність за порушення правил охорони або використання надр : монографія. Харків : Право, 2013. 304 с.
17. Шульга А.М. Кримінально-правова охорона земельних ресурсів в Україні : теоретико-правовий аспект : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2019. 525 с.
18. Локтіонова В.В. Суспільно небезпечні наслідки у злочинах проти довкілля : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2013. 258 с.
19. Пенязькова О.О. Кримінально-правова охорона земель в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2018. 291 с.
20. Шульга А.М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2004. 206 с.
21. Вирок Московського районного суду м. Харкова від 25 січня 2019 р. у справі № 643/17/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80851817> (дата звернення: 28.01.2020).
22. Вирок Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 8 вересня 2014 р. у справі № 686/17732/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40399879> (дата звернення: 28.01.2020).
23. Вирок Лисичанського міського суду Луганської області від 5 жовтня 2018 р. у справі № 423/7600/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76951237> (дата звернення: 28.01.2020).
24. Вирок Довгинцівського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 30 березня 2018 р. у справі № 211/655/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73090328> (дата звернення: 28.01.2020).
25. Вирок Жовківського районного суду Львівської області від 13 червня 2019 р. у справі № 444/1434/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82385462> (дата звернення: 28.01.2020).
26. Вирок Козятинського міськрайонного суду Вінницької області від 21 січня 2014 р. у справі № 133/4111/13-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36785690> (дата звернення: 28.01.2020).
27. Ухвала Добропільського міськрайонного суду Донецької області від 3 червня 2019 р. у справі № 227/1330/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82298365> (дата звернення: 28.01.2020).
28. Вирок Краснокутського районного суду Харківської області від 19 липня 2012 р. у справі № 2022/825/2012. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25317247> (дата звернення: 28.01.2020).
29. Ухвала Зміївського районного суду Харківської області від 15 серпня 2016 р. у справі № 621/2400/15-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59686517> (дата звернення: 28.01.2020).
30. Вирок Стрийського міськрайонного суду Львівської області від 17 лютого 2015 р. у справі № 456/4642/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43131056> (дата звернення: 28.01.2020).
31. Ухвала Машівського районного суду Полтавської області від 25 лютого 2019 р. у справі № 540/10/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80063509> (дата звернення: 28.01.2020).
32. Вирок Синельниківського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 24 січня 2013 р. у справі № 437/5944/12. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45908925> (дата звернення: 28.01.2020).

33. Вирок Краснодарського міськрайонного суду Луганської області від 17 березня 2014 р. у справі № 412/1987/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38096013> (дата звернення: 28.01.2020).
34. Постанова Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 26 жовтня 2012 р. у справі № 1-1120/11. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27156452> (дата звернення: 28.01.2020).
35. Ухвала Ленінського районного суду м. Кіровограда від 10 вересня 2014 р. у справі № 405/7649/13-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48377322> (дата звернення: 28.01.2020).
36. Вирок Жидачівського районного суду Львівської області від 14 квітня 2014 р. у справі № 443/611/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38351964> (дата звернення: 28.01.2020).
37. Вирок Індустріального районного суду м. Дніпропетровська від 12 липня 2013 р. у справі № 202/27414/13-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32611827> (дата звернення: 28.01.2020).
38. Вирок Перечинського районного суду Закарпатської області від 24 квітня 2014 р. у справі № 304/311/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38463071> (дата звернення: 28.01.2020).
39. Вирок Судацького міського суду АРК від 12 вересня 2012 р. у справі № 120/1731/12 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25987749> (дата звернення: 28.01.2020).
40. Рішення Кіровоградського районного суду Кіровоградської області від 11 січня 2018 р. у справі № 390/1990/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71775969> (дата звернення: 28.01.2020).
41. Постанова Лисичанського міського суду Луганської області від 6 серпня 2013 р. у справі № 415/4215/13-а. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32899004> (дата звернення: 28.01.2020).
42. Постанова Одеського апеляційного адміністративного суду від 21 квітня 2016 р. у справі № 654/4145/15-а. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57457677> (дата звернення: 28.01.2020).
43. Постанова Ленінського районного суду м. Кіровограда від 10 вересня 2012 р. у справі № 1111/5529/12. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25962010> (дата звернення: 28.01.2020).
44. Постанова Шевченківського районного суду м. Львова від 26 травня 2014 р. у справі № 466/253/14-а. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39068473> (дата звернення: 28.01.2020).
45. Постанова Корольовського районного суду м. Житомира від 27 січня 2015 р. у справі № 296/5995/14-а. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42727846> (дата звернення: 28.01.2020).
46. Постанова Дніпропетровського апеляційного суду від 5 квітня 2018 р. у справі № 390/1989/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73248151> (дата звернення: 28.01.2020).
47. Постанова Бахчисарайського районного суду АРК від 27 липня 2012 р. у справі № 103/2798/12. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26788006> (дата звернення: 28.01.2020).
48. Постанова Володимир-Волинського міського суду Волинської області від 27 серпня 2012 р. у справі № 0301/2716/2012. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25783973> (дата звернення: 28.01.2020).
49. Яблоков Н.П. Общее понятие, система и классификация преступлений, связанных с нарушениями правил охраны труда и техники безопасности. Вестник Московского ун-та. Серия 11. Право. 1960. № 2. С. 41–51.
50. Эйсман А.А., Коровина Н.А. Угроза наступления тяжких последствий и ее доказывание по делам о нарушениях правил безопасности движения на транспорте. Вопросы борьбы с преступностью. 1983. Вып. 42. С. 54–61.
51. Локтіонова В.В. Наслідки вчинення злочинів проти довкілля (кримінально-правове дослідження) : монографія. Кременчук : Видавець «ПП Щербатих О.В.», 2011. 256 с.
52. Попов И.В. Ответственность за преступления против природной среды по законодательству ФРГ. Международный научно-исследовательский журнал. 2012. № 10. URL: <http://research-journal.org/law/otvetstvennost-za-prestupleniya-protiv-prirodnoj-sredy-po-zakonodatelstvu-frg> (дата звернення: 28.01.2020).
53. Хюпер Райнер-Йорг. Применение экологического права в Германии. В кн. : Экологическая преступность в Европе / составители: Франсуа Комт, Людвиг Кремер; отв. ред. О.Л. Дубовик; перевод на русский язык. Москва : Издательский Дом «Городец», 2010. С. 163–171.
54. Запобігання злочинам щодо забруднення довкілля в Україні : монографія / О.В. Мельник, Г.С. Поліщук, Ю.О. Левченко. Київ : ТОВ «НВП» Інтерсервіс, 2014. 178 с.
55. Турлова Ю. Кримінально-правова охорона довкілля у законодавстві країн Європейського Союзу. Jurnalul juridic national : teorie și practică. 2016. № 1. Ч. 2. С. 92–95.
56. Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики : сборник очерков / под ред. В.В. Лунева. Москва : Изд-во Юрайт, 2010. 779 с.
57. Лавыгина И.В. Экологические преступления : уголовно-правовая характеристика и проблемы ответственности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Иркутск, 2003. 188 с.
58. Азаров Д.С. Розуміння суспільної небезпеки злочину (за результатами соціологічного експерименту). Наукові записки НАУКМА. Юридичні науки. 2019. Т. 3. С. 3–18.
59. Козаченко И.Я. Язык – душа и совесть уголовного закона. Правоведение. 2003. № 1. С. 109–115.
60. Полупан Г.Ю. Уголовная ответственность за создание опасности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2013. 178 с.

61. Тимошенко Ю.А. Конструирование уголовно-правовых норм об ответственности за экологические преступления : проблемы теории и практики : дис. д-ра юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2019. 536 с.
62. Ковалев М.И. Общественно опасные последствия преступления и диспозиция уголовного закона. Советское государство и право. 1990. № 10. С. 38–43.
63. Головкін О.В., Леляк Я.О. Кримінальна відповідальність за забруднення або псування земель. Судова апеляція. 2014. № 2. С. 38–44.
64. Сафаров Х.С. Терроризм: проблемы законодательного закрепления и квалификации (на материалах Республики Таджикистан и стран СНГ) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва-Душанбе, 2005. 157 с.
65. Глистин В.К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений (объект и квалификация преступлений). Ленинград : Изд-во Ленинград. Ун-та, 1979. 127 с.
66. Вирок Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області від 25 жовтня 2013 р. у справі № 188/2066/13-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35760177> (дата звернення: 28.01.2020).
67. Постанова Баштанського районного суду Миколаївської області від 25 лютого 2011 р. у справі № 1-45\2011 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15795089> (дата звернення: 28.01.2020).
68. Постанова Перечинського районного суду Закарпатської області від 26 січня 2011 р. у справі № 1-5/11. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/13554675> (дата звернення: 28.01.2020).
69. Вирок Індустріального районного суду м. Дніпропетровська від 12 липня 2013 р. у справі № 202/27414/13-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32611827> (дата звернення: 28.01.2020).
70. Вирок Краснодарського міськрайонного суду Луганської області від 17 березня 2014 р. у справі № 412/1987/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38096013> (дата звернення: 28.01.2020).
71. Вирок Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 8 вересня 2014 р. у справі № 686/17732/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40399879> (дата звернення: 28.01.2020).
72. Вирок Московського районного суду м. Харкова від 25 січня 2019 р. у справі № 643/17/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80851817> (дата звернення: 28.01.2020).
73. Дудоров О.О., Письменський Є.О. Кримінально-правова кваліфікація незаконної порубки лісу : практ. пос. Северодонецьк : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2017. 213 с.
74. Бабий Н.А. Учение о структуре и составе преступления : монография. В 2 кн. Кн. II. Элементы, признаки и виды составов преступлений. Москва : Юрлитинформ, 2019. 416 с.

**Про напрями вдосконалення механізму
кримінально-правової охорони довкілля
(на замітку розробникам нового Кримінального кодексу України)³³**

У нормах Конституції України закріплено засадничі положення про те, що: кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля (ст. 50); забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України є обов'язком держави (ст. 16). Незважаючи на наявність цих конституційних імперативів, ситуацію, що склалась наразі у сфері охорони довкілля в Україні, є підстави визнати критичною. Цей невтішний висновок підтверджується офіційними даними, зокрема такими: 2/3 населення проживає на територіях, де стан атмосферного повітря не відповідає гігієнічним нормативам; підземні води за своєю якістю не відповідають установленим вимогам до джерел водопостачання, що пов'язано передусім з антропогенним забрудненням; водною та вітровою ерозією уражені близько 57 % території; забрудненими є орієнтовно 20 % земель [1]. При цьому особливе занепокоєння викликає той факт, що, на відміну від багатьох інших країн, в яких наявність подібних проблем насамперед пов'язується з глобальними змінами клімату, катастрофічний стан довкілля в Україні передусім викликаний негативним антропогенним впливом людини [2, с. 5–7].

За таких обставин очевидною є важливість створення ефективного механізму протидії різноманітним порушенням екологічного законодавства. Важливою складовою цього механізму повинен був стати ухвалений 5 квітня 2001 р. Кримінальний кодекс України (далі – КК України), положення якого мали надати правозастосувачам можливість здійснювати належне кримінально-правове реагування на найнебезпечніші правопорушення проти довкілля. Відповіддю законодавця на постійно зростаючі кількість і масштаби різноманітних екологічних проблем стало виокремлення в межах КК України такого структурного підрозділу, як розділ VIII Особливої частини «Злочини проти довкілля».

Проте, як це не парадоксально, згадане кримінально-правове реагування, не кажучи вже про інші проблеми правозастосування, не відзначається інтенсивністю (щоб не сказати – носить поодинокий характер). Так, аналіз статистичних даних про кількість злочинів проти довкілля свідчить, за підрахунками Ю. А. Турлової, про те, що їхня частка в загальній структурі злочинності є стабільно незначною, коливаючись у межах від 0,28 % до 0,67 % [3, с. 79, 355]. Не можемо не відмітити і кричущу нерівномірність у застосуванні статей розділу VIII Особливої частини КК України: за інформацією Верховного Суду, із 1323 засуджених протягом 2018–2019 рр. за злочини проти довкілля 213 осіб (або 16 % від усіх осіб, засуджених за ці злочини) зазнали кримінальної відповідальності за порушення правил охорони або використання надр (ст. 240 КК України), 583 особи (або 44 %) – за незаконну порубку лісу (ст. 246 КК України), 482 особи (або 36,5 %) – за незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом (ст. 249 КК України). Усього 0,6 % від усіх засуджених за злочини проти довкілля припадає на тих, хто був засуджений за злочини, пов'язані із забрудненням довкілля; близько ж половини заборон, розміщених у розділі VIII Особливої частини КК України, протягом вказаного періоду взагалі не застосовувались [4, с. 75]. До слова подібна невтішна картина спостерігалась і в минулі роки [5, с. 14–15]. Ці показники гостро дисонують з наведеними відомостями про стан дотримання законності у відповідній сфері, зайвий раз сигналізуючи про вади кримінально-правової охорони довкілля.

Проблематика кримінальної відповідальності за злочини проти довкілля у доктрині України належить до числа активно досліджуваних. Помітним внеском у її розроблення є праці таких науковців, як С. Б. Гавриш, Т. В. Корнякова, В. В. Локтіонова, В. К. Матвійчук, П. В. Мельник, І. І. Митрофанов, В. О. Навроцький, Н. В. Нетеса, Є. О. Письменський, А. М. Притула, Ю. А. Турлова, А. М. Шульга та ін. Незважаючи на позначену доктринальну активність, мусимо констатувати, що більшість робіт названих авторів або присвячувались окремим аспектам аналізованої проблематики, у зв'язку з чим позбавлені вкрай бажаного комплексного і наскрізного характеру, або

³³ Стаття написана у співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Вісник Асоціації кримінального права України. 2020. № 1. С. 92–125.

виконувались ще у позаминулому – початку минулого десятиріччя, через що не враховують останні тенденції у вітчизняних законотворчості та правозастосуванні, а також новітній зарубіжний досвід. Своєчасність звернення до обраної кримінально-правової проблематики посилюється й у зв'язку з триваючою роботою над проектом нового КК України.

Метою пропонованої статті є визначення основних напрямів удосконалення механізму кримінально-правової охорони довкілля в сучасній Україні. Автори цих рядків є прибічниками теоретичної позиції, згідно з якою механізм кримінально-правової охорони певних соціальних цінностей може бути представлений як сукупність двох аспектів – «загальнорегулятивного» і «традиційного»: перший аспект передбачає встановлення конкретної кримінально-правової заборони та її дотримання суб'єктами правовідносин, а другий – порушення кримінально-правової заборони, за чим слідує офіційна кримінально-правова оцінка такого порушення, обрання конкретного заходу кримінально-правового впливу і застосування його до порушника [6, с. 141]. Йтиметься, таким чином, про основні напрями удосконалення ключового елемента зазначеного кримінально-правового механізму – КК України у частині регламентації відповідальності за злочини проти довкілля.

Одразу хотіли б зазначити, що одним із таких напрямів, на наше переконання, має стати **відмова від законодавчої конструкції «створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля»**, наразі використаної у низці норм розділу VIII Особливої частини КК України (частини перші статей 239, 239-1, 240, 241, 242, 243, 244, 253).

Цікаво, що Конвенція РЄ про захист довкілля засобами кримінального права, прийнята 4 листопада 1998 р. у Страсбурзі і підписана Україною 24 січня 2006 р. [7] (а фахівці відзначають позитивну роль цієї Конвенції у реформуванні кримінально-екологічного законодавства фактично у всьому світі), рекомендує активніше використовувати конструкцію складів поставлення у небезпеку та поєднувати її з матеріальними і формальними складами злочинів задля підвищення профілактичного потенціалу кримінально-правових заборон. Подібну рекомендацію містить і такий міжнародно-правовий документ, як Рамкове рішення Ради ЄС «Про кримінально-правову охорону навколишнього середовища» [8]. Пояснюючи те, чому в чинному КК України частину злочинів проти довкілля описано як делікти створення небезпеки, С. Б. Гавриш так само наголошує на високій превентивності кримінального закону в цій частині. «Звертатись до такої конструкції слід переважно в злочинах проти екобезпеки, де характер, тяжкість і масштаби шкоди здебільшого спрогнозувати важко, крім того, вона настає в основному у віддаленому майбутньому і т.д.» [9, с. 379].

Реалії життя (правозастосування), однак, не підтвердили слушність цих теоретичних міркувань. На підставі окремого дослідження, у межах якого було піддано критичному аналізу матеріали судової практики, враховано здобутки кримінально-правової доктрини і зарубіжний досвід [10, с. 120–130], нам, як видається, вдалось підтвердити слушність наукової гіпотези про недоцільність нормативного описання частини злочинів проти довкілля як деліктів створення небезпеки. Водночас ми зробили застереження про те, що цей підхід не може вважатись беззаперечно прийнятним для легального описання кримінально караних діянь інших видів (проти життя та здоров'я особи, громадської безпеки, безпеки руху та експлуатації транспорту, безпеки виробництва, здоров'я населення тощо). Адже кваліфікована відповідь на питання про доцільність конструювання складів тих чи інших кримінальних правопорушень як деліктів створення небезпеки може бути отримана лише за результатами самостійних наукових досліджень, під час яких, серед іншого, має з'ясуватись, наскільки успішно застосовується на практиці відповідна законодавча конструкція, відображаючи життєві реалії, що потребують кримінально-правової оцінки.

Продовжуючи визначати основні напрями вдосконалення кримінального законодавства України про відповідальність за делікти проти довкілля, відзначимо, що ще одним із таких напрямів має стати **диференціація відповідальності за умисні та необережні прояви забруднення елементів довкілля**.

Ще в 2006 р. у передмові до монографії М. І. Хавронюка «Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи» Ю.В. Баулін акцентував увагу на тому, що, з огляду на обраний Україною курс на євроінтеграцію та взяті на себе відповідні зобов'язання, вивчення

стану і перспектив кримінального законодавства держав континентальної Європи становить не лише науковий, а й суто прагматичний інтерес [11, с. 9]. У подібному руслі згодом висловилась С. Я. Лихова, зауваживши, що насамперед треба аналізувати кримінальне законодавство держав-учасниць ЄС, оскільки ця міжнародна організація здійснює істотний вплив на законодавство не лише держав-учасниць ЄС, а й інших країн, включаючи Україну [12, с. 490]. Викладені міркування набули особливого звучання після 27 червня 2014 р. – дати підписання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. У преамбулі до цього доленосного документа, ратифікованого Україною 16 вересня 2014 р., зазначається, що подальша політична асоціація та економічна інтеграція України з ЄС безпосередньо залежатиме від прогресу України в наближенні з ЄС у політичній, економічній та правовій сферах.

Враховуючи сказане, стає очевидним, що при розробленні пропозицій стосовно вдосконалення національного законодавства вітчизняні дослідники мають аналізувати на предмет його можливого використання в Україні позитивний досвід європейських країн (передусім представників романо-германської правової сім'ї) щодо кримінально-правового забезпечення протидії певним негативним проявам, включаючи посягання на довкілля.

Опрацювавши відповідний зарубіжний досвід, ми виявили низку таких положень, серед яких найбільший інтерес викликав притаманний законодавству багатьох європейських держав диференційований підхід до регламентації кримінальної відповідальності за умисне та необережне заподіяння шкоди елементам довкілля. Наприклад, якщо за умисне забруднення природних ресурсів КК Австрії передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк до 3 років (§ 180), то за необережне – лише до 1 року (§ 181) [13]. У КК ФРН санкція за умисне забруднення ґрунту передбачає позбавлення волі на строк до 5 років або грошовий штраф (ч. 1 § 324-а), а за необережне – до 3 років або грошовий штраф (ч. 3 § 324-а). Подібна істотна різниця в караності притаманна санкціям, передбаченим, зокрема, за забруднення водоймищ, забруднення повітря, спричинення шуму, вібрації та неіонізуючого випромінювання, недозволене поводження з відходами, недозволене поводження з радіоактивними речовинами та іншими небезпечними товарами і вантажами, загрози для територій, що потребують захисту (§§ 324, 325, 325а, 326, 328, 329 КК ФРН, відповідно) [14; 15, с. 323–332]. Крім інших країн «германської» групи кримінального права (Естонія, Ліхтенштейн, Швейцарія), подібний підхід сприйнятий і парламентаріями Литви, Нідерландів, Португалії, Туреччини, більшості держав Центральної Європи (Болгарія, Польща, Словаччина, Угорщина, Чехія), а також країн «югославської» групи континентальної кримінально-правової сім'ї (Македонія, Сербія, Словенія, Хорватія, Чорногорія).

Таке саме спостереження робить О. Л. Дубовик, зазначаючи, що у текстах присвячених екологічним злочинам норм, розміщених у кримінальних законах більшості європейських держав, чітко позначені і розмежовані форми вини; причому за умисно вчинені злочини передбачено суворіші санкції; злочини ж через необережність зазвичай описуються в окремих частинах статей [16, с. 674]. Аналізуючи КК Іспанії в частині регламентації відповідальності за екологічні злочини, Ю. А. Турлова привертає увагу до встановлення достатньо чіткої градації покарання за такі злочини залежно від форми вини. Так, ст. 331 КК Іспанії вказує на те, що за діяння, передбачені в цій главі, покарання призначається на один щабель нижче, якщо вони були вчинені з грубою необережності. Констатується і втілене в КК ФРН специфічне ставлення до криміналізації необережних екологічних злочинів [3, с. 337, 340–341].

Натомість у нормах розділу VIII Особливої частини КК України (його статті 239, 241–245) відповідальність за умисне і необережне забруднення (псування) окремих елементів довкілля (земель, атмосферного повітря, води, рослинного світу) уніфіковано. З приводу такого законодавчого вирішення розглядуваної кримінально-правової проблеми С. Б. Гавриш пише: «Це відображає один із принципів нашого кримінального законодавства, на якому переважно вибудована концепція відповідальності за умисні та необережні злочини, принцип парифікації (прирівнювання, порівнювання) умислу та необережності... Що стосується злочинів проти довкілля, особливо у сфері екобезпеки, де можуть настати тяжкі й особливо тяжкі невідворотні наслідки, збереження паритету форм вини цілком обґрунтовано» [9, с. 379]. Подібним чином розмірковує В. К. Матвійчук, який на початку розгорнутого аналізу суб'єктивної сторони злочинів проти навколишнього природного середовища зазначає, що деякі вчені безумовно беруть до уваги існуюче уявлення

про підвищену небезпеку умислу порівняно з необережністю, а це не завжди виправдано у вказаних злочинах [17, с. 224]. Проте надалі відповідних пояснень науковець не робить, а із сформульованих ним пропозицій *de lege ferenda* впливає, що В. К. Матвійчука загалом влаштовує ситуація, відображена в розділі VIII Особливої частини КК України.

Попри наявність наведеної доктринальної аргументації (необхідність дотримання принципу парифікації) мотиви аналізованого законодавчого рішення, на нашу думку, передусім варто пов'язувати з тим, що при розробленні та ухваленні чинного КК України головним чином враховувався не згаданий європейський досвід, а досвід країн «групи СНД». У багатьох випадках за взірць брався Модельний КК для країн СНД, схвалений Міжпарламентською асамблеєю держав-членів СНД 17 лютого 1996 р., положення якого не передбачають диференціації відповідальності за умисне та необережне забруднення природних ресурсів (статті 222–226) [18]. І це при тому, що ідея диференціації кримінальної відповідальності залежно від тяжкості вчиненого злочину та низки інших обставин проголошувалась однією з визначальних при розробленні згаданого документа [19, с. 9].

Оцінюючи виправданість аналізованого законодавчого конструювання частини заборон, присвячених злочинам проти довкілля, необхідно пам'ятати про таку властивість кримінального права, як справедливість. Принцип справедливості є ключовим для кримінального права, на ньому має ґрунтуватись закон, а не навпаки: законне те, що справедливе. Однією ж із складових справедливості є те, що за умисний злочин має передбачатись суворіше покарання порівняно з караністю необережного злочину [20, с. 240–241]. Погоджуємось з О. І. Парогом, який зазначає: якщо в соціальному сенсі, тобто на статистичному рівні можна вести мову про більшу суспільну небезпеку необережних злочинів (в цьому плані теза про тяжкість шкідливих наслідків масштабних необережних злочинів проти довкілля, тобто необережної екологічної злочинності навряд чи може оспорюватись – О. Д., Р. М.), то при розгляді необережних злочинів на індивідуальному рівні стає очевидним, що необережність є менш небезпечною формою вини [21, с. 105]. На підставі поглибленого кримінологічного дослідження проблем необережної злочинності такий саме висновок зробив А. П. Закалюк: «... з огляду на характер психологічного ставлення, яким воно є за необережного злочину, його з цього боку слід визнати менш суспільно небезпечним, ніж за умисного злочину» [22, с. 659]. Подібні висловлювання свого часу звучали з вуст П. С. Дагеля, який писав, що не можна не помічати істотних відмінностей необережних злочинів від умисних. Суспільна небезпека осіб, які вчиняють умисні злочини, є незрівнянно вищою за суспільну небезпеку тих, хто вчиняє необережні злочини. За своїми морально-психологічними якостями і ступенем суспільної небезпеки особи, які вчинили необережні злочини, не потребують таких саме суворих заходів покарання, як ті, хто вчинив умисні злочини, що потребує вимагає кримінально-правових санкцій [23, с. 23, 107, 136]. Одним з основних принципів пеналізації Ю. А. Пономаренко слушно називає відповідність (співмірність) між ступенем суспільної небезпечності злочину та ступенем суворості покарань, що встановлюються за його вчинення, а одним з основних правил пеналізації – неможливість об'єднання в одній санкції покарань за злочини різної суспільної небезпечності [24, с. 669]. Дотримуючись концепції суб'єктивного інкримінування і беручи до уваги принципову різницю в соціально-політичній суті та юридичній природі умисних та необережних злочинів, не можна в одній статті кримінального закону передбачати відповідальність за умисний і необережний злочин [25, с. 62].

Наводити подібні аксіоматичні положення, з яких впливає невдалість рішення нашого законодавця уніфікувати кримінальну відповідальність за умисне і необережне забруднення (псування) окремих елементів довкілля, можна і надалі. Звичайно, при бажанні у викладених вище висловлюваннях вчених можна помітити певні термінологічні відмінності, однак для вирішення прагматичних завдань поліпшення КК України ми не вважаємо їх принциповими. Виходимо з усталеного підходу, згідно з яким суспільна небезпека як ознака поняття злочину є об'єктивно-суб'єктивною категорією, що визначається низкою факторів, зокрема значущістю об'єкта кримінально-правової охорони, тяжкістю наслідків, способом дії, стадією вчинення діяння, формою вини. При визначенні суспільної небезпеки злочину не повинні ігноруватись і властивості його суб'єкта.

Якщо з урахуванням викладеного вище звернутись, наприклад, до проблематики кримінально-правової охорони порядку поводження із землями, то слід відзначити, що не можуть вважатись однаково суспільно небезпечними, наприклад, з одного боку, дії водія самоскиду, який, чітко усвідомлюючи суспільну небезпеку своїх дій, складає відходи на земельній ділянці задля економії часу та коштів, а, з іншого, діяння особи, яка через недбале ставлення до своїх обов'язків допустила забруднення або псування земель (це стосується й інших кримінально караних діянь проти довкілля). Очевидно і те, що, діяння особи, яка не здійснила належного контролю за діяльністю підлеглих працівників, внаслідок чого було знято поверхневий шар ґрунту, є менш суспільно небезпечним за випадок, коли особа умисно знімає той саме поверхневий шар ґрунту.

Тому вважаємо за доцільне у поліпшеній ст. 239 КК України регламентувати відповідальність саме і тільки за умисне забруднення або псування земель, водночас доповнивши цей Кодекс статтею 239-3 «Необережне забруднення або псування земель»; розміщенні в цих кримінально-правових заборонах санкції мають відрізнятись (це є темою окремої розмови). Зрозуміло, що такого роду пропозиції не позбавлені сенсу, якщо в новому КК України втілюватиметься традиційний для вітчизняного кримінального законодавства (і не лише для нього) підхід, згідно з яким форма вини або безпосередньо вказується у диспозиції норми Особливої частини КК, або (за відсутності такої вказівки) встановлюється шляхом тлумачення кримінального закону.

Суть принципово іншого підходу до визначення кола необережних діянь, що тягнуть кримінальну відповідальність, відомого сучасному законодавству багатьох зарубіжних країн, полягає в наявності у загальній частині спеціального застереження, згідно з яким діяння, вчинені через необережність, караються як злочини лише у випадках прямої вказівки на це в особливій частині кримінального закону (наприклад, § 7 КК Австрії, ст. 11 КК Болгарії, § 19 КК Данії, ст. 12 КК Іспанії, ст. 42 КК Італії, ст. 15 КК КНР, ст. 16 КК Литви, ст. 24 КК РФ, § 15 КК ФРН, ст. 18 КК Швейцарії, ст. 2 глави 1 КК Швеції, ст. 121-3 КК Франції). Такий підхід вважається серйозною правовою гарантією проти поширювального тлумачення кримінального закону, дозволяє зробити останній більш лаконічним і зрозумілим, сприяє однаково застосуванню кримінально-правових норм. Щоправда, включення до Загальної частини КК України подібного застереження зобов'язуватиме ретельним чином переглянути всю його Особливу частину на предмет визначення того, які саме вчинені через необережність діяння визнаватимуться кримінальними правопорушеннями. А це, своєю чергою, вимагає знайти оптимальне співвідношення між, з одного боку, світовою тенденцією до збільшення кількості кримінально-правових заборон на вчинення необережних злочинів та, з іншого, заснованою на гуманізмі ідеєю декриміналізації частини передбачених КК України необережних злочинів [26, с. 351].

Водночас вважаємо, що згадана проблема, стосуючись значною мірою законодавчої техніки, не може із змістовної точки зору зашкодити реалізації обстоюваної нами ідеї диференціації кримінальної відповідальності за заподіяння шкоди окремим складовим довкілля залежно від форми вини. Варто відзначити і те, що юридичній літературі ця ідея час від часу висловлюється.

Так, з урахуванням особливої екологічної, наукової, рекреаційної, освітньо-виховної та іншої цінності територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду (далі – ПЗФ) О. М. Ковтун у 2010 р. висунула пропозицію запровадити кримінальну відповідальність і за необережне знищення чи пошкодження таких територій та об'єктів [27, с. 163, 169]. Щоправда, із висловлювань згаданої авторки не зовсім зрозуміло, яким чином цю конструктивну ідею варто реалізовувати. Адже це можна зробити і шляхом зміни ст. 252 КК України «Умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду», доповнивши назву і ч. 1 цієї статті КК альтернативною вказівкою на необережну форму вини. Зрозуміло, що за такого варіанту вдосконалення кримінального закону останній в аналізованому аспекті не відрізнятиметься у кращий бік від статей 239, 241–245 КК України. Натомість В. І. Андрейцев, який висував ідею запровадження кримінальної відповідальності за порушення режиму використання та охорони об'єктів ПЗФ ще наприкінці 80-х років минулого століття, висловився за втілену в окремих частинах відповідної кримінально-правової заборони різну караність неумисного та умисного знищення та пошкодження вказаних об'єктів [28, с. 37].

У подібному ключі запропонувала вдосконалювати кримінальний закон, присвячений знищенню та пошкодженню зазначених специфічних об'єктів довкілля, Ю. В. Рябченко. На її думку, за-

кріплена у ст. 252 КК України вказівка на виключно умисний характер знищення або пошкодження особливо охоронюваних природних територій та об'єктів значно звужує сферу застосування цієї кримінально-правової норми. Порушуючи відповідний режим, особа не завжди передбачає наслідки, але завжди за нею зберігається обов'язок та можливість їх передбачення. До того ж специфіка предмета злочину, передбаченого ст. 252 КК України, дозволяє констатувати, що навіть необережне їх знищення або пошкодження має достатній рівень суспільної небезпечності для визнання такої поведінки кримінально каранюю. На підставі цього у ч. 1 ст. 252 КК України запропоновано встановити відповідальність за порушення режиму територій та об'єктів ПЗФ, а також інших ключових територій екологічної мережі України, наслідком чого є зменшення або втрата їх особливої природоохоронної цінності. Зазначається, що суб'єктивна сторона складу цього злочину характеризуватиметься різним психічним ставленням особи до суспільно небезпечного діяння та до його наслідків: умисел щодо порушення режиму природних територій та об'єктів, що підлягають особливій охороні, та непрямий умисел або необережність щодо зменшення або втрати їх особливої природоохоронної цінності. При цьому ч. 1 чинної редакції ст. 252 КК пропонується перетворити на її ч. 2, де закріпити відповідальність вже за умисне знищення або пошкодження територій та об'єктів ПЗФ, а також інших ключових територій екологічної мережі України [29, с. 160–161, 212–213].

У відгуку Є. О. Письменського як офіційного опонента на дисертацію Ю. В. Рябченюк констатується слушність пропозиції диференціювати кримінальну відповідальність за аналізоване посягання залежно від форми вини і водночас відзначається, що пропозиції здобувачки *de lege ferenda* є такими, що не дають можливості належним чином реалізувати цю конструктивну ідею. Так, вивчення ч. 1 ст. 252 КК України у запропонованій редакції не дозволяє однозначно стверджувати, що передбачений цією нормою злочин визнаватиметься необережним, що підтверджується і міркуваннями самої Ю. Л. Рябченюк. Закономірно виникає питання, в який спосіб мають розмежуватись склади злочину, передбачені ч. 1 і ч. 2 запропонованої редакції ст. 252 КК України, адже їхні об'єкт та суб'єкт є ідентичними. З об'єктивної сторони вони також фактично характеризуються наявністю однакових ознак, зокрема це стосується суспільно небезпечних наслідків (наприклад, знищення окремих територій може здійснюватись через порушення режиму цих територій з настанням наслідку у виді втрати їхньої особливої природоохоронної цінності). Щодо суб'єктивної сторони, то умисна форма вини може бути притаманною обом складам злочинів (принаймні, незважаючи на певні суперечності з цього приводу, що містить текст дисертації, такий висновок можна зробити через тлумачення запропонованої авторської редакції ст. 252 КК України).

У черговий раз переконуємось у тому, що при розробленні проекту нового КК України навіть загалом слушні напрацювання кримінально-правової доктрини, без звернення до яких однозначно не обійтись, мають піддаватись ретельно-критичному аналізу.

Наведені вище аргументи схиляють до думки про те, що у новому КК України варто реалізувати ідею диференціації кримінальної відповідальності за забруднення (псування) природних ресурсів залежно від форми вини.

Визначення шляхів удосконалення кримінального законодавства України про відповідальність за делікти проти довкілля передбачає не лише поліпшення диспозицій відповідних кримінально-правових заборон, а й **вирішення проблем пеналізації злочинів проти довкілля**. Ми не втомлюємось повторювати, що нюанси кримінально-правової кваліфікації, тонкощі кримінально-правової характеристики окремих злочинів, інші проблеми Загальної та Особливої частин КК України – усе це значною мірою втрачає сенс, якщо за вчинений злочин не призначається справедливе покарання або якщо призначене покарання не виконується або виконується неналежним чином. Відтак наукова обґрунтованість побудови санкції кримінально-правової норми має не менше значення, ніж правильне конструювання її диспозиції. Для зручності аналізу проблем пеналізації (тобто діяльності законодавця із встановлення покарання) ми виокремили три відносно самостійні напрями.

1. Узгодження санкцій кримінально-правових норм і приведення їх у відповідність до суспільної безпеки передбачених цими нормами діянь.

Традиційно одним із найголовніших правил побудови кримінально-правових санкцій є правило, згідно з яким санкція кожної кримінально-правової норми має відповідати суспільній не-

безпеці описуваного в її диспозиції діяння. Крім того, однією з науково обґрунтованих вимог до побудови санкцій є те, що конструкція санкції має бути узгодженою із санкціями, встановленими за вчинення інших, близьких за видом і характером злочинів [30, с. 85–86; 31, с. 99; 32, с. 17]. Пригадується і висловлювання про те, що системність підходу передбачає слідування чітко визначеним єдиним принципам і правилам конструювання санкцій, виявленим на основі системного підходу до дослідження всього масиву санкцій за кваліфіковані види злочинів [19, с. 313–314].

Однак завдяки якраз системному аналізу статей, розташованих у розділі VIII Особливої частини КК України, ми можемо переконатись у цілковитій безсистемності, продемонстрованій законодавцем при побудові відповідних санкцій. М. І. Хавронюк, здійснивши одразу після набрання чинності КК України 2001 р. спеціальне дослідження проблеми класифікації злочинів за цим Кодексом, довів, що санкції, відіграючи роль формального класифікатора злочинів, у переважній більшості характеризуються довільністю і позбавлені наукової обґрунтованості [33, с. 211–276]. Як наслідок, вони нерідко дають спотворене уявлення про суспільну небезпеку того чи іншого злочину. З тих часів стан справ на краще не змінився, а точніше погіршився, що зайвий раз підтверджується проведеними в юридичній літературі аналізами проблем пеналізації та депеналізації злочинів проти довкілля [3, с. 318–334; 34, с. 271–288].

Зокрема, нам складно пояснити той факт, що у частинах других статей 239, 239-1 та 239-2 КК України, якими регламентовано відповідальність за діяння, що спричинили «загибель людей або інші тяжкі наслідки» («тяжкі наслідки»), як максимально суворе покарання передбачено позбавлення волі на строк до 5 років у той час, як за порушення правил охорони або використання надр, що призвело до аналогічних наслідків (ч. 4 ст. 240 КК України), – 7 років, за знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу (ч. 2 ст. 245 КК України) – 10 років, а за умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів ПЗФ (ч. 2 ст. 252 КК України) – 12 років позбавлення волі. Варто привернути увагу і до того, що за некваліфіковане знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу (ч. 1 ст. 245 КК України) як одне з можливих (альтернативних) покарань фігурує позбавлення волі на строк від 2 до 5 років – покарання, аналогічне передбаченому згаданому вище ч. 2 ст. 239 КК України; за незаконне видобування, збут, придбання, передачу, пересилання, перевезення або переробку бурштину, якщо ці дії вчинено у значних розмірах (ч. 2 ст. 240-1 КК України), та за незаконну порубку або незаконне перевезення, зберігання, збут лісу, що спричинило тяжкі наслідки (ч. 4 ст. 246 КК України), – 7 років позбавлення волі.

Зважаючи на це, у законодавця хотілося б дізнатись про таке:

– невже забруднення або псування земель, яке призвело до смерті людини, може вважатись хоча б приблизно співмірним за суспільною небезпекою із, наприклад, підпалом стерні, яке не спричинило жодних наслідків (санкції обох відповідних норм як найбільш суворе передбачають покарання у виді позбавлення волі на строк від 2 до 5 років)?;

– невже забруднення або псування земель, яке призвело до смерті людини, є менш суспільно небезпечним, ніж незаконна порубка або незаконні перевезення, зберігання, або збут лісу, що призвело до матеріальної шкоди в розмірі, наприклад, 70 тис. грн, або незаконне придбання бурштину у розмірі, скажімо, 150 тис. грн (санкції – від 5 до 7 років позбавлення волі та від 4 до 7 років позбавлення волі з конфіскацією майна, відповідно)?;

– невже суспільна небезпека таких діянь, як знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу, що спричинило «інші тяжкі наслідки» (ч. 2 ст. 245 КК України), а тим більше порушення правил охорони або використання надр чи умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів ПЗФ шляхом підпалу (ч. 4 ст. 240 і ч. 2 ст. 252 КК України, відповідно), або незаконне видобування бурштину, вчинене службовою особою шляхом використання свого службового становища (ч. 3 ст. 240-1 КК України), є настільки вищою за суспільну небезпеку того ж забруднення або псування земель, яке призвело до смерті людини, що вимагає встановлення за перші діяння безальтернативних покарань у виді позбавлення волі на строк від 5 до 10 років, від 5 до 8 років, від 5 до 12 років і від 5 до 8 років з конфіскацією майна, відповідно, тоді як за друге – обмеження волі на строк від 2 до 5 років або позбавлення волі на той самий строк?

Питання, зрозуміло, риторичні.

Окремо варто зупинитись на ситуації, яка виникла після набрання чинності Законом України від 19 грудня 2019 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства про видобуток бурштину та інших корисних копалин» (далі – Закон від 19 грудня 2019 р.). Поруч із появою у КК вельми сумнівної ст. 240-1 «Незаконне видобування, збут, придбання, передача, пересилання, перевезення, переробка бурштину» одним із наслідків ухвалення цього Закону стало доповнення ст. 254 КК України трьома новими частинами, у санкціях яких передбачено такі види покарань: штраф від 7 тис. до 10 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ) або обмеження чи позбавлення волі на строк до 3 років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 3 років (ч. 2); обмеження або позбавлення волі на строк від 3 до 5 років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 3 років (ч. 3); позбавлення волі на строк від 5 до 7 років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 3 років.

Загалом підтримуючи прагнення парламентаріїв до посилення кримінальної відповідальності за вчинення злочинів проти довкілля (докладніше про це йтиметься нижче), вкотре висловимо нерозуміння того, чому законодавець не звернув увагу на наявність аналогічних проблем (невиправдана м'якість покарань), притаманних караності не лише інших земельних злочинів «екологічної» спрямованості, а й навіть некваліфікованого безгосподарського використання земель (ч. 1 ст. 254 КК України). Подібна фрагментарність призвела до неприйнятної ситуації, коли, наприклад, за «звичайне» безгосподарське використання земель (включаючи умисне ухилення від обов'язкової рекультивациі земель, порушених, наприклад, внаслідок дослідно-промислової розробки родовищ нафти або газу, та/або видобування вуглеводнів тощо), яке спричинило тяжкі наслідки для довкілля або матеріальну шкоду в розмірі 5 млн грн, як максимального суворого покарання передбачено лише обмеження волі на строк до 2 років тоді, як спричинення аналогічної матеріальної шкоди діянням, передбаченим ч. 2 ст. 254 КК України (а воно є різновидом безгосподарського використання земель), карається позбавленням волі на строк від 5 до 7 років. Що вже говорити про співвідношення покарань, передбачених, наприклад, за вчинення забруднення або псування земель, що спричинило смерть людини (ч. 2 ст. 239 КК України; найбільш суворе покарання – 5 років позбавлення волі), та за ухилення від обов'язкової рекультивациі земель, що спричинило передбачену п. 2 примітки ст. 254 КК України матеріальну шкоду (ч. 4 ст. 254 КК України; безальтернативне основне покарання у виді позбавлення волі на строк від 5 до 7 років).

2. За вчинення переважної більшості кримінальних правопорушень проти довкілля має передбачатись можливість призначення покарання у виді штрафу.

Для обґрунтування цієї рекомендації звернемося до аналізу тенденцій правозастосування. Наприклад, зі 100 % розглянутих судами справ щодо земельних злочинів «екологічної спрямованості» (статті 239, 239-1, 239-2, 254 КК України) 69 % завершувалися визнанням підсудних винними та застосуванням до них одного з трьох заходів, пов'язаних із кримінальною відповідальністю: «реальним» покаранням (57 випадків, 79 %), призначенням покарання із подальшим звільненням від його відбування (14 випадків, 20 %) та звільненням від покарання (1 випадок). Але найбільше інформації для роздумів ми отримуємо під час детального аналізу цих даних, які засвідчують, що в усіх згаданих 57 випадках «реально» призначалися (без подальшого звільнення від його відбування) лише два види покарання: штраф (55 випадків) і позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю (усього 2 випадки). Щодо осіб, діяння яких містили кваліфіковані склади зазначених злочинів, санкції за вчинення яких не передбачають двох зазначених видів покарань, нами не було виявлено жодного випадку призначення «реального» покарання: до всіх цих осіб застосовувалось передбачене санкціями чинних редакцій досліджуваних кримінально-правових заборон обмеження чи позбавлення волі на певний строк, від відбування яких вони в подальшому звільнялися на підставі ст. 75 КК України або через амністію.

З'ясовані тенденції узгоджуються із результатами судового розгляду кримінальних справ про екологічні злочини загалом. Так, за даними Ю.А. Турлової, за 2004–2016 рр. за видами покарань структура судимості за вчинення злочинів проти довкілля має такий вигляд: позбавлення волі – 1,0 % від усіх засуджених; обмеження волі – 2,1 %; арешт – 0,7 %; громадські роботи – 0,6 %; штраф – у 58,7 %; звільнено від покарання 36,9 % засуджених осіб, переважна більшість із них

(93,5 %) – із випробуванням [3, с. 364]. Наведені статистичні дані переконливо засвідчують, що саме призначення штрафу суди вважають найбільш адекватною реакцією на вчинення деліктів проти довкілля.

Тут стає в нагоді і відповідний іноземний досвід, за результатом вивчення якого, зокрема, було виявлено, що в абсолютній більшості держав «західної» гілки романо-германської кримінально-правової системи за вчинення некваліфікованих екологічних злочинів встановлені лише два види покарання: або значні суми штрафів, або невеликі строки позбавлення волі (переважно до 3 або до 5 років). При цьому, за інформацією деяких дослідників, штраф як вид покарання за екологічні злочини набагато популярніший, ніж позбавлення волі; наприклад, у Нідерландах близько 90 % осіб, засудженим за вчинення вказаних злочинів, призначається саме штраф [35, с. 86–87]. Щодо країн «групи СНД», то, дослідивши санкції відповідних кримінально-правових норм, нам вдалось виділити два найбільш типових види покарань, які передбачаються за вчинення досліджуваних злочинів: значні суми штрафів; позбавлення волі, встановлене за вчинення кваліфікованих та особливо кваліфікованих різновидів відповідних посягань.

Викладене дозволяє стверджувати таке:

– по-перше, в санкціях, які встановлюються за вчинення некваліфікованих складів досліджуваних злочинів, має бути передбачений єдиний безальтернативний основний вид покарання – штраф;

– по-друге, враховуючи підвищену суспільну небезпеку діянь, які утворюють кваліфіковані (особливо кваліфіковані) склади злочинів проти довкілля, вважаємо за доцільне зберегти у відповідних санкціях вказівки на такий вид покарання, як позбавлення волі на певний строк. Водночас вважаємо, що прагнення посилити кримінальну відповідальність за певні діяння за допомогою закріплення позбавлення волі на певний строк як єдиного виду покарання може призвести до зворотного ефекту, який спостерігається і сьогодні, коли замість «реального» відбування покарання чи не всі засуджені звільняються від призначеного покарання у виді позбавлення волі на певний строк (те саме стосується й обмеження волі). Тому поряд із позбавленням волі на певний строк у відповідних санкціях варто вказати і на альтернативний основний вид покарання у виді штрафу. Це дасть змогу реалізовувати на практиці принцип індивідуалізації кримінальної відповідальності, зокрема з урахуванням характеру заподіяних наслідків.

3. Істотне підвищення розмірів штрафів, передбачених санкціями статей КК України про злочини проти довкілля.

Однак саме лише доповнення санкцій досліджуваних кримінально-правових заборон вказівками на покарання у виді штрафу навряд чи зможе істотно покращити ситуацію з кримінально-правовою охороною довкілля в Україні. Для нас очевидним є те, що досягнення цієї мети вимагає перегляду в бік істотного збільшення існуючих розмірів штрафів, від яких надалі варто відштовхуватись під час конструювання санкцій, передбачених за вчинення кваліфікованих складів. Зокрема, середній розмір штрафу, який призначався за вчинення злочину, передбаченого ст. 239 КК України, складав 2 013 грн, ст. 239-1 КК України – 4 037 грн, ст. 239-2 КК України – 3 258 грн, ст. 254 КК України – 1 558 грн. При цьому середній розмір штрафу, який призначався особам, визнаним винними у вчиненні, наприклад, злочину, передбаченого ст. 254 КК України, протягом 2018–2019 рр. склав лише 1 190 грн.

Не можемо не зазначити і те, що санкцією ст. 52 КУпАП передбачено накладення штрафу в розмірі до 80 (на громадян) та 100 НМДГ (на посадових осіб та громадян-суб'єктів підприємницької діяльності). Така ситуація є неприпустимою, адже виходить, що за вчинення кримінально караного забруднення або псування земель винній особі може бути призначено менший штраф, ніж за аналогічні адміністративні правопорушення.

Складно не погодитись із висловлюванням про те, що штраф як вид покарання може досягти мети, закріпленої в ч. 2 ст. 50 КК України, лише тоді, коли розмір цього покарання буде для засудженого обтяжливим (відчутним) і водночас реальним з погляду можливості його виконання [36, с. 29].

Про те, що передбачені у частинах перших чинних редакцій розглядуваних кримінально-правових норм розміри штрафів не відповідають суспільній небезпеці описаних цими нормами діянь,

красномовно свідчить і іноземний досвід – причому як країн «групи СНД», так і європейських країн, які входять до інших груп романо-германської кримінально-правової системи. Наприклад, у Вірменії за псування землі передбачено штраф, який у гривневому еквіваленті складає від 1 млн 800 тис. грн до 4 млн 596 тис. грн.; у Болгарії – до 70 тис. грн; у Казахстані – до 470 тис. грн; у Молдові – від 38 тис. до 63 тис. грн; у РФ – до 75 тис. грн; у Таджикистані – від 66 тис. грн до 106 тис. грн; у Туркменістані – від 54 тис. грн до 164 тис. грн; в Узбекистані – від 523 тис. грн до 1 млн 46 тис. грн (підрахунки приблизні та округлені). Ще вищими ці суми є у західноєвропейських країнах.

Наведені дані засвідчують те, що безвідносно до рівня соціально-економічного розвитку у всіх перерахованих державах за вчинення забруднення або псування земель (однаковою мірою це стосується й інших відповідних злочинів проти довкілля) передбачено набагато вищі суми штрафів (від 10 у Молдові і до 295 раз в Узбекистані), ніж передбачені санкцією ч. 1 ст. 239 КК України. Це може створити хибну ілюзію того, що: або (на відміну від названих країн) українські природні ресурси є безмежними, а тому не потребують належної кримінально-правової охорони; або для України проблеми довкілля не є настільки злободенними через низький рівень порушень у відповідній сфері.

Отже, передбачені наразі санкціями статей розділу VIII Особливої частини КК України розміри штрафів потребують перегляду в бік їхнього істотного збільшення. До речі, згадувана вище Конвенція РЄ про захист довкілля засобами кримінального права [7] серед інших рекомендацій називає активніше застосування грошових санкцій з одночасним підвищенням їх розміру. Врешті-решт необхідність такого кроку опосередковано визнали і наші парламентарії, свідченням чого є положення чотирьох нормативно-правових актів:

1) Закону України від 22 листопада 2018 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» (далі Закон – від 22 листопада 2018 р.). Останнім (набрання ним чинності на момент підготовки нашої статті до друку відтерміновано до 1 липня 2020 р.) передбачається істотне підвищення розмірів штрафів, про які йдеться в частинах перших чинних редакцій статей 239, 239-1, 239-2, 240, 241–244, 248–254 КК України, із фіксуванням їх на рівні від 1 тис. до 3 тис., 4 тис. або 5 тис. НМДГ. Щоправда, і такий законодавчий крок характеризується фрагментарністю, довільністю та алогічністю. Це твердження базується на таких обставинах:

– по-перше, реалізація пропонованих ініціатив жодним чином не поліпшить наявну ситуацію щодо практики застосування норм КК України, які передбачають відповідальність за кваліфіковані склади злочинів та в яких не міститься такий вид покарання, як штраф;

– по-друге, пропозицію передбачити у частинах перших статей 239, 240, 241–244, 250–252 КК України покарання у виді штрафу у зазначених розмірах не може бути підтримано з огляду на низку аргументів:

а) такі межі покарання видаються занадто широкими;

б) за зазначеного конструювання спостерігається «розповзання» від «кримінального проступку» до «нетяжкого злочину», на неприпустимості чого слушно наголошують окремі дослідники [37, с. 18–19; 38, с. 307];

в) відсутнє логічне пояснення того, чому, наприклад, за некваліфіковане забруднення або псування земель законодавець передбачив штраф у розмірі від 1 тис. до 4 тис. НМДГ, віднісши це кримінальне правопорушення до числа нетяжких злочинів, а за некваліфіковане незаконне заволодіння поверхневим шаром земель (як «звичайних», так і водного фонду) – від 1 тис. до 3 тис. НМДГ, визнавши їх кримінальними проступками. Ще більш дивною така ситуація виглядає з огляду на те, що законодавець не змінював інші види покарань, які входять у систему санкцій (передбачених за вчинення як основних, так і кваліфікованих складів злочинів) досліджуваних кримінально-правових норм і свідчать про те, що суспільно небезпечнішими є все ж злочини, передбачені статтями 239-1 та 239-2 КК України (порівняно зі ст. 239 КК України). Подібні «чому» виникають і щодо інших екологічних деліктів, частину яких віднесено до кримінальних проступків, решту ж, незважаючи на приблизно однаковий (порівняно з попередніми) рівень суспільної небезпеки, без будь-яких видимих причин та обґрунтувань – до злочинів;

2) Закону від 19 грудня 2019 р., із набранням чинності яким: а) КК України доповнений ст. 240-1, у санкції ч. 1 якої як одне з альтернативних основних покарань передбачено штраф у розмірі від 3 тис. до 10 тис. НМДГ (очевидно, що такий діапазон у сумах штрафів виглядає занадто широким і змушує нагадати висловлювання про те, що встановлення надто широких санкцій – це передумова не подальшої індивідуалізації кримінальної відповідальності, а її гіпертрофії [20, с. 333]); б) ст. 254 КК України доповнено новою частиною (ч. 2), у санкції якої одним із альтернативних видів покарань є штраф у розмірі від 7 тис. до 10 тис. НМДГ. Однак, на наше переконання, такий розмір штрафу, навпаки, виглядає завищеним і таким, який гостро дисонує з тими сумами, що передбачені як у ч. 1 ст. 254 КК України (причому не лише в її чинній, а й у проєктованій Законом від 22 листопада 2018 р. редакції), так і в санкціях інших статей КК України, якими регламентовано відповідальність за злочини проти довкілля;

3) Закону України від 13 квітня 2020 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з метою збереження довкілля щодо посилення відповідальності за дії, спрямовані на забруднення атмосферного повітря та знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу», яким, серед іншого, передбачено, що відтепер вчинення некваліфікованого знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу каратиметься штрафом (поряд з обмеженням волі та позбавленням волі на певний строк) у розмірі від 5 400 до 9 тис. НМДГ;

4) Закону України від 6 вересня 2018 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів та запобігання незаконному вивезенню необроблених лісоматеріалів». Вважаємо, що саме оновлена в результаті ухвалення цього Закону редакція ст. 246 КК України, санкція ч. 1 якої передбачає як один із можливих видів покарань штраф у розмірі від 1 тис. до 1 500 НМДГ, має виступати орієнтиром на шляху вдосконалення відповідних санкцій, оскільки найбільш адекватно відображає ступінь суспільної небезпеки описаних цією статтею КК посягань.

Проблематика вдосконалення механізму кримінально-правової охорони довкілля в Україні, звичайно, не вичерпується розглянутими вище питаннями. До перспективних напрямів наукових розвідок у цій сфері можуть бути віднесені такі проблеми, як: обґрунтованість доповнення розділу VIII Особливої частини КК України спеціальними нормами, присвяченими «бурштиновим» злочинам (ст. 240-1, частини 2, 3 і 4 ст. 254); доцільність альтернативної вказівки у ст. 240-1 КК України (поряд із незаконним видобуванням) на збут, придбання, зберігання, передачу, пересилання, перевезення і переробку бурштину, а в ст. 246 КК України не лише на незаконну порубку лісу – а й на його перевезення, зберігання чи збут; тлумачення вжитих у різних статтях розділу VIII Особливої частини КК України понять «тяжкі наслідки» та «інші тяжкі наслідки»; доцільність криміналізації шумового забруднення довкілля; уніфікація конструювання кваліфікуючих ознак тощо. Водночас переконані у тому, що, зважаючи на їхню наскрізність, комплексність і злободенність, на першочергове законодавче розв'язання заслуговують саме ті питання, які підняті нами вище. Без цього сподіватись на поліпшення ситуації з кримінально-правовою охороною довкілля в сьогоднішній Україні не доводиться.

1. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року: Закон України від 28 лютого 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19> (дата звернення: 15.05.2020).

2. Аналітичний звіт «Базове дослідження стану та напрямів розвитку екологічної політики України та перспектив посилення участі організацій громадянського суспільства у розробці та впровадженні політик, дружніх до довкілля». Виконаний С. А. Матусом, Г. М. Левіною, Т. С. Карлюком та О. Ю. Денищук на замовлення Міжнародного фонду «Відродження». Київ, 2019. 117 с. URL: https://www.irf.ua/wp-content/uploads/2019/12/baseline-research_report_publishing-dec-2019.pdf (дата звернення: 15.05.2020).

3. Турлова Ю. А. Протидія екологічній злочинності в Україні: кримінологічні та кримінально-правові засади : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2018. 465 с.

4. Стан здійснення правосуддя у кримінальних провадженнях та справах про адміністративні правопорушення судами загальної юрисдикції у 2019 році. Опрацьовано статистичні дані Державної судової адміністрації України, Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Київ: Верховний Суд, 2020. 102 с. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Zbirka_analit_tablic_2019.pdf (дата звернення: 15.05.2020).

5. Злочини проти довкілля: кримінально-правова характеристика : практичний посібник / 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.
6. Кримінальне право України: Особлива частина : підручник для студентів юрид. вузів і фак. / Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко, С. Я. Лихова та ін.; за ред. П. С. Матишевського, С. С. Яценка, П. П. Андрушка. Київ : Юрінком Інтер, 1999. 896 с.
7. Конвенція о защите окружающей среды посредством уголовного права (ETS N 172). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_560 (дата звернення: 15.05.2020).
8. Council Framework Decision 2003/80/JHA of 27 January 2003 on the protection of the environment through criminal law. Judgment of the Court (Grand Chamber) 13 September 2005 In Case C-176/03. Official Journal of the European Union. 2005. С. 315/2. 10 December.
9. Гавриш С. Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні: проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства. Київ : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2002. 635 с.
10. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Земельні злочини екологічної спрямованості: від деліктів створення небезпеки до оптимальної законодавчої моделі. Юридичний науковий електронний журнал. 2020. № 1. С. 120–130. URL: http://lsej.org.ua/1_2020/31.pdf (дата звернення: 15.05.2020).
11. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : монографія. Київ : Юрисконсульт, 2006. 1048 с.
12. Лихова С. Порівняльне кримінальне право: методика викладання та застосування в наукових дослідженнях. Порівняльне правознавство. 2013. № 1–2. С. 486–494.
13. Criminal Code of the Republic of Austria (German version). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8407/file/Austria_CC_1974_am2019_de.pdf (дата звернення: 15.05.2020).
14. German Criminal Code. URL: https://www.legislationline.org/download/id/8253/file/Germany_CC%20am2019_de.pdf (дата звернення: 15.05.2020).
15. Карне законодавство ФРН. Переклад. Київ : ВАІТЕ, 2016. 408 с.
16. Дубовик О. Л. Уголовное право и экология. Актуальные проблемы теории и практики: сборник очерков / под ред. В. В. Лунеева. Москва : Изд-во Юрайт, 2010. С. 670–697.
17. Матвійчук В. К. Теоретичні та прикладні проблеми кримінально-правової охорони навколишнього природного середовища : монографія. Київ : Національна академія управління, 2011. 368 с.
18. Модельный Уголовный Кодекс для государств-участников Содружества Независимых Государств. URL: <https://www.icrc.org/rus/assets/files/other/crim.pdf> (дата звернення: 15.05.2020).
19. Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : Изд-во НОРМА, 2000. 400 с.
20. Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация: монография / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др.; под ред. В. Н. Кудрявцева, А. М. Яковлева. Москва : Наука, 1982. 303 с.
21. Рагоз А. И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2002. 304 с.
22. Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: У 3 кн. Кн. 2: Кримінологічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. 712 с.
23. Дагель П. С. Неосторожность. Уголовно-правовые и криминологические проблемы. Москва : Юрид. лит., 1977. 144 с.
24. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2016. Т. 17: Кримінальне право / редкол.: В. Я. Тацій (голова), В. І. Борисов (заст. голови) та ін.; Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. 2017. 1064 с.
25. Нерсесян В. А. Неосторожная вина: проблемы и решения. Государство и право. 2000. № 4. С. 59–70.
26. Дудоров О. О. Вибрані праці з кримінального права / передне слово д-ра юрид. наук, проф. В. О. Навроцького. Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2010. 952 с.
27. Ковтун О. М. Правова охорона територій та об'єктів природно-заповідного фонду України : навч. посібник. Київ : Прецедент, 2010. 229 с.
28. «Круглый стол»: проект Уголовного кодекса РСФСР и охрана окружающей среды. Вестник Московского ун-та. Сер. 11. Право. 1989. № 5. С. 29–51.
29. Рябченко Ю. В. Кримінальна відповідальність за умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2018. 252 с.
30. Музика А. А., Горюх О. П. Покарання за незаконний обіг наркотиків : монографія. Хмельницький : Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2010. 256 с.
31. Хавронюк М. І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. Київ : Істина, 2004. 504 с.
32. Книженко О. О. Пам'ятка з питань конструювання кримінально-правових санкцій: довідкове видання. Київ : Альфа Реклама, 2018. 20 с.

33. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року. Упоряд. та передне слово: М. І. Мельник, М. І. Хавронюк / М. І. Хавронюк. Категорії злочинів і санкції Особливої частини КК України: наукові дослідження та деякі висновки / за ред. М. І. Мельника. Київ : А.С.К., 2001. 304 с.
34. Берднік І. В. Кримінально-правова охорона водних ресурсів: теоретичні та прикладні засади : монографія. Київ : Дакор, 2019. 534 с.
35. Тимошенко Ю. А. Конструирование уголовно-правовых норм об ответственности за экологические преступления: проблемы теории и практики : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2019. 536 с.
36. Аналіз застосування судами такого виду кримінального покарання, як штраф (витяг). Вісник Верховного Суду України. 2015. № 5. С. 24–40.
37. Красницький І. В., Горпинюк О. П. Запровадження кримінальних проступків: аналіз змін до законодавства. Кримінальне та кримінальне процесуальне законодавство у контексті реформи кримінальної юстиції : матеріали науково-практичного семінару (м. Львів, Львівський державний університет внутрішніх справ, 31 травня 2019 р.). Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2019. С. 17–21.
38. Орловська Н. А. Проблеми класифікації кримінальних правопорушень (до питання запровадження кримінальних проступків). Порівняльно-аналітичне право. 2018. № 2. С. 305–308.

Істотна шкода як криміноутворювальна ознака незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом: проблеми тлумачення і вдосконалення кримінального закону³⁴

Відповідно до Основних засад (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2030 року, затверджених Законом від 28 лютого 2019 р., одним із завдань цієї політики є регулювання промислового вилову водних живих ресурсів у межах територіальних вод виключної (морської) економічної зони, континентального шельфу й у внутрішніх водоймах України. Реалізація екологічної політики здійснюється з-поміж іншого за принципом запобігання екологічній шкоді. Ці програмні (вихідні) положення є важливим орієнтиром у галузі охорони та відновлення водних живих ресурсів України, а також безпосередньо стосуються механізмів кримінально- та адміністративно-правового реагування на порушення встановленого порядку використання водних живих ресурсів та їх охорони. Сучасні показники чисельності популяцій живих ресурсів в об'єктах внутрішніх вод України свідчать про складну, подекуди критичну ситуацію щодо відновлення водних біологічних ресурсів. До головних причин такого стану речей в юридичній літературі відносять: активне втручання людини в процеси життєдіяльності водної біофауни шляхом збільшення випадків їх незаконного добування; відсутність належного контролю за видачею відповідних квот і ліцензій; неналежне виконання програм із відновлення популяцій риби [1, с. 219].

Порушення правил вилову риб як один із найбільш небезпечних і розповсюджених чинників справляє агресивно-руйнівний вплив і на кількісні показники водних біоресурсів, і на водне біорізноманіття. При цьому навіть фрагментарне ознайомлення з практикою застосування ст. 249 Кримінального кодексу України (далі – КК) «Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом» вказує на поширеність в Україні цього посягання на порядок добування риб та інших водних живих ресурсів, установлений з метою раціонального використання, охорони та відтворення об'єктів водної фауни і флори як складової навколишнього природного середовища. Фахівцям добре відома кричуща нерівномірність у застосуванні статей розділу VIII Особливої частини КК; при цьому з аналізу статистичних показників випливає, що досліджуваний делікт традиційно залишається одним із найбільш розповсюджених кримінальних правопорушень проти довкілля [2, с. 247; 3, с. 283–284].

Виходячи зі змісту диспозиції ч. 1 ст. 249 КК, обов'язковим для її інкримінування є встановлення трьох ознак об'єктивної сторони: 1) зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом; 2) незаконний характер такої поведінки; 3) наслідки у вигляді заподіяння істотної шкоди. Концептуально погоджуючись із тим, що найбільш надійним критерієм для міжгалузевої диференціації кримінальної та адміністративної відповідальності за екологічні правопорушення може бути наявність чи відсутність наслідків як шкоди довкіллю [4, с. 440], водночас вимушені відзначити, що серйозні труднощі на практиці виникають саме в частині встановлення останньої з перерахованих вище ознак кримінально протиправного зайняття водним добувним промислом (вона є оцінним поняттям).

Складно також не погодитись із тим, що проблема наявності суспільно небезпечних наслідків у складах будь-яких злочинів є проблемою не їх обов'язковості (вони наявні завжди), а їх конкретизації, адекватного відбиття у законі і такого самого розуміння [5, с. 243]. Обрана для дослідження тематика, яка носить чітко виражений прикладний характер, водночас тісно пов'язана з фундаментальною проблемою «долі» невизначеного законодавчого контенту і передусім використання у тексті нового кримінального закону оцінних ознак. Останні, з одного боку, забезпечуючи гнучкість кримінально-правового регулювання, необхідні для відображення у кримінальному законі багатоманітності предметів, явищ і процесів соціального життя, з іншого, негативно впливають на однаковість судової практики, прогнозованість судових рішень, а відтак і на правову визначеність як чинник забезпечення верховенства права.

³⁴ Стаття написана у співавторстві з Д.В. Каменським та підготовлена до опублікування: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2022. Вип. 1 С. 31–49.

Розв'язанню проблемних питань, пов'язаних із встановленням істотної шкоди як криміноутворювальної ознаки незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом, присвячувались наукові розвідки І.В. Берднік, І.П. Баглая, Є.М. Борисова, Т.І. Волкової, В.В. Локтіонової, С.М. Мойсака, К.М. Оробця, Ю.А. Турлової та ін. Водночас обрана тематика, з огляду на відсутність нормативних орієнтирів стосовно її розв'язання, що негативно позначається на правозастосуванні, досі не ставала в юридичній літературі предметом конкретно-наукового аналізу, побудованого, зокрема, на критичному опрацюванні: а) нормотворчої техніки, використаної в чинній редакції ст. 249 КК; б) бланкетної складової цієї кримінально-правової заборони; в) тенденцій відповідної судової практики. У межах цієї статті її авторами запропоновано саме такий аналіз. Метою статті є розроблення (за результатами опрацювання теоретичних здобутків і практики застосування чинного законодавства) рекомендацій щодо встановлення змісту та законодавчої оптимізації істотної шкоди як криміноутворювальної ознаки незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом.

В абз. 4 п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 10 грудня 2004 р. № 17 «Про судову практику у справах про злочини та інші правопорушення проти довкілля» пропонувались певні орієнтири (обставини), що можуть указувати на наявність істотної шкоди як ознаки об'єктивної сторони складу досліджуваного кримінального правопорушення (далі – к. пр.): знищення нерестовищ риби; вилов риби в період нересту, нечисленних її видів або тих, у відтворенні яких є труднощі; добування великої кількості риби, водних тварин чи рослин або риби чи тварин, вилов яких заборонено. Ці орієнтири, з одного боку, утворюють відкритий перелік негативних наслідків, які, будучи визнаними проявами заподіяння істотної шкоди, визнаються суспільно небезпечними, з іншого, свідчать про багаторівневі механізми заподіяння шкоди водним біоресурсам. Адже фактично йдеться не стільки про конкретну матеріальну шкоду в режимі «тут і зараз», скільки про складні, хронологічно віддалені наслідки незаконного водного добувального промислу.

Свого часу проявами істотної шкоди як аналізованої криміноутворювальної ознаки нами було запропоновано визнавати, наприклад, вилов або відстріл хоча б одного морського ссавця, загибель великої кількості мальків, риб і водних безхребетних видів, занесених 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 [6, с. 531–532].

На думку Л.М. Демидової, в обвинувальному акті і вирокі необхідно вказувати на те, що шкода, завдана злочинним діянням (ч. 1 ст. 249 КК), є істотною, і доводити її заподіяння як якісно-кількісної ознаки складу злочину; інакше матимуть місце порушення правил кваліфікації злочину і процесуальних вимог і відсутність юридичної підстави притягнення особи до кримінальної відповідальності [7, с. 551]. Варто хіба лише уточнити, що наразі посягання, передбачене ч. 1 ст. 249 КК, визнається не злочином, а кримінальним проступком.

Залишаючи без задоволення касаційну скаргу захисника Особи-1, засудженого вирокіом Заходського районного суду м. Дніпродзержинська Дніпропетровської області, за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 249 КК, і відтворивши наведене вище роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, Касаційний кримінальний суд Верховного Суду (далі – ККС ВС) зробив висновок про правильність кваліфікації дій Особи-1. Адже і суд першої інстанції, й апеляційний суд врахували велику кількість добутих незаконними діями обвинуваченого водних живих біоресурсів – 714 одиниць і встановили, що шкода, заподіяна державі в особі Управління Державного агентства рибного господарства у Дніпропетровській області на загальну суму 96645 грн, є істотною [8].

Серед висловлених теоретичних підходів до систематизації ключових змістових характеристик поняття «істотна шкода» в ч. 1 ст. 249 КК вартий уваги такий: 1) поняття «істотна шкода» є оцінним; 2) таку шкоду потрібно визначати у кожному конкретному випадку з урахуванням конкретних обставин; 3) враховувати у сукупності такі критерії, як: вартість предмета незаконного вилову (полягає у грошовій оцінці завданої шкоди), кількість добутого (у перерахунку на особин чи вагу), особлива цінність порід риби, екологічна цінність фауни, складність відтворення певної породи, приведення до знищення місць нересту; 4) істотну шкоду слід визначати з урахуванням оцінки об'єктів водної фауни як важливої складової навколишнього природного середовища і

норм впливу на об'єкти водної фауни; 5) істотна шкода поєднує матеріальні і нематеріальні втрати; при цьому перший вид шкоди проявляється у погіршенні умов існування організмів у водоймі, скороченні або зникненні популяцій видів, а другий – характеризується скороченням запасів водних живих ресурсів [9, с. 39; 10, с. 571]. Викладене вчергове демонструє складність механізму заподіяння шкоди водним біоресурсам внаслідок вчинення к. пр., передбаченого ст. 249 КК, оскільки передбачає врахування співвідношення негативних наслідків екологічної та економічної спрямованості. У цьому сенсі викликає інтерес такий приклад із судової практики.

Залишаючи без змін виправдувальний вирок Бердянського міськрайонного суду Запорізької області щодо Особи-1 та Особи-2, обвинувачених у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 249 КК, ККС ВС у своїй постанові, зокрема, зазначив, що суд першої інстанції дав належну оцінку показанням спеціаліста – директора Інституту рибного господарства та екології моря, який пояснив, що на запит Національної поліції щодо наявності істотної шкоди внаслідок незаконного вилову 4 червня 2018 р. в Азовському морі 682 особин бичка-кругляка Інститут підготував висновок. У ньому зазначалось про наявність підстав вважати незаконне вилучення 682 особин бичка-кругляка в умовах погіршення ефективності відтворення бичків істотною шкодою для репродукційного потенціалу популяції цього виду; однак істотність шкоди обумовлюється саме виловом риби в нерестовий період, який проходив у червні 2018 р., а також здійсненням вилову бичка незаконними засобами лову – пастками з вічком сітки 10 мм. При цьому спеціаліст уточнив, що у випадку любительського вилову вказаної кількості бичка вудками-закидушками істотної шкоди заподіяно не було б, а також те, що пастки не є забороненими засобами лову – при використанні їх за межами нерестового періоду і з допустимим розміром вічка сітки.

Дотримуючись положення про імперативність п. 6 ч. 2 ст. 242 КПК у частині призначення експертизи для визначення шкоди довіллю, ККС ВС також підтримав суд першої інстанції, який установив, що у цьому кримінальному провадженні орган досудового розслідування не призначив судово-іхтіологічну експертизу для визначення наявності істотної шкоди. Надані ж накладну на рибу і розрахунок збитків, заподіяних рибному господарству внаслідок незаконного добування або знищення цінних видів риб та інших об'єктів водного промислу, разом із відповіддю директора Інституту рибного господарства та екології моря на запит заступника начальника Бердянського ВП ГУНП в Запорізькій області суд визнав неналежними доказами того факту, що внаслідок незаконного вилову Особою-1 та Особою-2 5 червня 2018 року в Азовському морі 682 особин бичка-кругляка в умовах погіршення ефективності відтворення бичків було завдано істотної шкоди для репродукційного потенціалу популяції цього виду (зазначені документи, на переконання ККС ВС, не могли підмінити висновок експерта) [11].

За критерієм виробничої, наукової чи іншої значимості серед усіх водних тварин і рослин, що є предметами водних промислів, можна виділити особливо цінні види риб та інші водні організми, а за критерієм поширення в межах окремих територій – види тваринного та рослинного світу, занесені до Червоної книги України. З урахуванням поточного критичного стану водної фауни в Україні диспозицію ч. 1 ст. 249 КК слід, підтримавши наукові напрацювання [12, с. 81, 84, 191, 193; 13, с. 4, 14], доповнити альтернативною вказівкою на незаконне добування водних живих ресурсів, які належать до особливо цінних видів тваринного або рослинного світу, а також видів, занесених до Червоної книги України, що супроводжуватиметься зміною конструкції відповідного складу к. пр. із матеріального на формально-матеріальний.

До слова кримінальна відповідальність за незаконне полювання на звірів, птахів або інші види тваринного світу, занесені до Червоної книги (ч. 1 ст. 248 КК), не залежить від розміру фактично заподіяної шкоди, а отже, незастосування аналогічного підходу при визначенні нормативних підстав кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння водними живими ресурсами засвідчує нелогічність (несистемність) позиції законодавця. З цього приводу в юридичній літературі слушно зазначається, що розмір заподіяної майнової шкоди не повинен визнаватися кримінотворювальною ознакою злочинів, що означають незаконний видобуток особливо охоронюваних біологічних ресурсів, оскільки у цьому разі шкода не піддається обчисленню через унікальність і невідновлюваність таких тварин і рослин [4, с. 15, 43].

На рівні спеціального законодавства потрібно визначити поняття та ознаки цінних та особливо цінних видів водних живих організмів, а згодом, на основі цих положень, через підзаконні норма-

тивні акти системно затвердити переліки видів, про які йдеться. Виокремлення особливо цінних видів водних живих ресурсів має ґрунтуватися на їх загальнодержавному значенні як сировинної чи іншої бази певної сфери народного господарства (наприклад, харчової, рекреаційної). Відповідно, до таких ресурсів можна віднести осетрових, лососевих риб, дельфінів тощо. Відтак, за умови законодавчого сприйняття висунутої пропозиції, реалізація кримінальної відповідальності за незаконне добування особливо цінних видів риб та інших водних організмів, а також видів, занесених до Червоної книги України, не пов'язуватиметься із заподіянням істотної шкоди. У такому разі поставатиме питання про момент закінчення кримінально протиправного посягання на водну фауну у частині визнання його к. пр. із формальним складом. Вважаємо, що момент закінчення к. пр. у розглядуваній ситуації необхідно буде пов'язувати не просто із встановленням знарядь лову, а з добуванням водних біоресурсів – їх вилученням із природного середовища [6, с. 518–519].

Аналіз особливостей законодавчого описання суспільно небезпечних наслідків к. пр. проти довкілля дозволяє стверджувати, що український законодавець під час ухвалення чинного КК надав перевагу наслідкам, які здебільшого ґрунтуються на судженнях правозастосовних органів. С.Б. Гавриш з цього приводу пише, що без розроблення критеріїв формалізації оцінних понять в екологічних злочинах, визначення параметрів (масштабу, розмірів тощо) прояву і встановлення їх наслідків названі норми або майже не будуть застосовуватись, або слугуватимуть підставою для виправданої законом сваволі [14, с. 282]. Подібним чином висловлюється В.В. Локтіонова, яка зазначає, що в законі про кримінальну відповідальність необхідно відмовитись від використання понять, що мають занадто широкий і «розмитий» зміст, замінивши їх формально-визначеними поняттями [15, с. 11]. У кримінально-правовій науці також неодноразово вказувалось на необхідність внесення до ст. 249 КК змін у частині встановлення конкретного вартісного показника істотності шкоди. Наголошувалось на перевагах законодавчої конкретизації спричинюваної довікілью шкоди і доцільності диференціації кримінальної відповідальності за незаконне добування водних живих ресурсів, зокрема залежно від розмірів цієї шкоди. Небезпідставно стверджувалось, що такі законодавчі зміни сприятимуть покращенню практики застосування ст. 249 КК і врешті-решт удосконаленню механізму кримінально-правової охорони рибних запасів та інших об'єктів водної фауни [1, с. 221–222; 12, с. 110–111, 115–118, 131, 193–194].

Ми так само не сумніваємося в доцільності законодавчого втручання в розв'язання проблем, пов'язаних із визначенням істотності шкоди, заподіяної незаконним зайняттям водним добувним промислом. Вважаємо, що кримінальний закон має чітко встановлювати, яка шкода у цьому разі має вважатись істотною (принаймні в частині її майнової складової). *De lege ferenda* задля забезпечення правової визначеності, а відтак і верховенства права у примітці ст. 249 КК вважаємо за доцільне конкретизувати кількісні параметри ознаки поняття «істотна шкода». Це стане логічним кроком законодавця з огляду на те, що примітка ст. 248 КК «Незаконне полювання» конкретизує (формалізує) зміст схожої криміноутворювальної ознаки. Сказане стосується і примітки ст. 246 КК. Одночасно з цим, доречно додає С.М. Мойсак, на суб'єктів правозастосування слід покласти обов'язок призначати проведення судово-екологічної експертизи для визначення розміру шкоди, завданої порушенням правил вилову риби [1, с. 222].

У контексті цієї пропозиції викликає інтерес одна з постанов ККС ВС, в якій вирішувалось питання про наявність складу к. пр., передбаченого ч. 1 ст. 249 КК, у діях Особи-1. Останній обвинувачувався в тому, що за допомогою двох риболовецьких сіток всупереч заборонам, закріпленим у низці нормативно-правових актів, здійснив вилов цінної риби на загальну суму 8806 грн із Кременчуцького водосховища р. Дніпро. У скарзі на виправдувальний вирок прокурор послався, зокрема, на те, що суд не дав оцінки розрахунку збитків рибному господарству, здійсненому управлінням Державного агентства рибного господарства в Черкаській області. Реагуючи на це зауваження, ККС ВС послався на п. 6 ч. 2 ст. 242 КПК, яким встановлено обов'язковість призначення експертизи щодо визначення шкоди довікілью. ККС ВС вирішив, що суд першої інстанції зробив правильний висновок про те, що для визначення розміру збитків, заподіяних к. пр., слідчий або прокурор були зобов'язані звернутись із клопотанням до слідчого судді для проведення експертизи, однак будь-якого дослідження для встановлення наявності істотної шкоди довікілью, заподіяної Особою-1, проведено не було. При цьому наданий органом досудового слідства роз-

рахунок збитків, заподіяних рибному господарству внаслідок добування або знищення цінних видів риби та інших об'єктів водного промислу, є неналежним доказом того факту, що внаслідок незаконного вилову риби було завдано істотної шкоди, адже цей документ не може замінити собою висновок експерта. Врешті-решт ККС ВС погодився з висновком місцевого суду про відсутність об'єктивних даних про заподіяння наслідків, передбачених ч. 1 ст. 249 КК, а отже, про відсутність в діянні Особи-1 складу к. пр., передбаченого ч. 1 ст. 249 КК [16].

Змістове наповнення відповідної примітки *de lege ferenda*, звісно, є завданням непростим. Передусім і головним чином слід прагнути до того, щоб уникати довільності під час формулювання кількісного показника істотності шкоди. Поділяємо думку про те, що розмір істотної шкоди у поліпшеній ст. 249 КК має бути визначений у такому обсязі, щоб він сприяв ефективній боротьбі з водним браконьєрством і водночас не був занадто заниженим або, навпаки, завищеним [17, с. 193]. Адже помилкове формальне закріплення кількісних параметрів вартісних критеріїв злочинів тягне за собою: а) надмірне зниження «порогу» кримінальної відповідальності з розширенням сфери дії кримінального закону; б) необґрунтоване його підняття до «планки», що виключає можливість застосування кримінально-правових норм, або в) слабку диференціацію кримінальної відповідальності за ступенем суспільної небезпеки [18, с. 127].

У світлі сказаного привертає до себе увагу негативний досвід російського законодавця, який у 2016 р. вирішив, що кримінальну відповідальність (за відсутності інших, альтернативно перерахованих криміноутворювальних ознак) має тягнути лише таке незаконне видобування водних біоресурсів, що заподіяло велику шкоду (згідно з приміткою ст. 256 КК РФ така шкода має перевищувати сто тисяч рублів). При цьому у пояснювальній записці до відповідного законопроекту жодним чином не аргументувалось те, чому саме зазначена сума обрана для визнання її пороговим значенням, з якого особа підлягатиме кримінальній відповідальності. Встановлюючи таку високу вартісну межу заподіяної шкоди для визнання діяння злочинним, законодавець фактично декриміналізував майже 90% незаконних посягань на водні біологічні ресурси. Науковці критикують згадане законодавче рішення через те, що: 1) відсутність кримінальної відповідальності за незаконний вилов риби, яке завдало шкоди у розмірі до ста тисяч рублів, створює атмосферу безкарності, оскільки адміністративно-правові заходи не завжди можуть виконати превентивну функцію так, як це може зробити кримінальний закон; 2) за межами кримінально-правової охорони залишається більшість водних біологічних ресурсів, занесених до Червоної книги РФ, Червоних книг суб'єктів РФ та (або) охоронюваних міжнародними договорами РФ, – при тому, що біорізноманіття є базовим природним активом, втрата якого може призвести до деградації низки екологічних систем [4, с. 133–135].

Вітчизняна дослідниця І.В. Берднік для визначення істотної шкоди при вчиненні к. пр., передбаченого ст. 249 КК, пропонує взяти за основу розмір шкоди, вказаний у примітці ст. 248 КК (нагадаємо, що це 250 і більше неоподатковуваних мінімумів громадян; далі – НМДГ). Щоправда, проєктовану примітку ст. 249 КК авторка викладає у такій редакції: «1. Істотною шкодою у цій статті, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається така шкода, яка у двісті тисяч і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. 2. Тяжкими наслідками у цій статті вважаються такі наслідки, які у п'ять тисяч і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян» [19, с. 210].

Використання таких вартісних показників, жодним чином не пояснених у докторській дисертації І.В. Берднік, викликає щонайменше подив, змушуючи згадувати розповсюджену останнім часом практику довільного конструювання кількісних криміноутворювальних і кваліфікуючих ознак, – у виконанні вже не законодавця, а теоретика, який апріорі не повинен слідувати цій негативній тенденції. Не буде зайвим зазначити і те, що з урахуванням розміру НМДГ для потреб кваліфікації к. пр. (у 2022 р. він складає 1240,50 грн) зазначений розмір шкоди для потреб застосування ч. 1 ст. 248 КК видається завеликим, тобто питання про оптимальність істотної шкоди як криміноутворювальної ознаки незаконного полювання так само залишається відкритим. Висловимо припущення, що показана непродуманість теоретичного підходу І.В. Берднік до розв'язання розглядуваної проблеми стала наслідком вельми дискусійного розширення цієї авторкою кола заборон, які уособлюють «кримінально-правову охорону водних ресурсів», що призвело (не могло не призвести) до поверховості і фрагментарності окремих її суджень.

На жаль, не уникла згаданої довільності й авторка іншої наукової кваліфікаційної роботи Ю.А. Турлова, яка з метою проголошеного нею забезпечення єдиного підходу до розуміння поняття «істотна шкода» в складах екологічних «браконьєрських» злочинів і задля дотримання вимоги системно-правової несуперечливості їх криміналізації висловила за включення у ст. 246 примітки такого змісту: «Істотною шкодою у статтях 246, 248, 249 цього Кодексу визнається розмір матеріальних збитків, обрахованих за таксами для обчислення розміру відшкодування шкоди, заподіяної об'єктам рослинного та тваринного світу, що у двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян» [20, с. 317–318, 350–351, 367]. При цьому ні оптимальність величини істотної шкоди, «запозиченої» з примітки чинної редакції ст. 248 КК, ні доречність застосування такої величини для потреб кримінально-правової протидії фактам незаконної порубки лісу і незаконного зайняття водним добувним промислом Ю.А. Турловою не з'ясувалися. Сказане стосується і подібної пропозиції, озвученої раніше В.В. Локтіоною [21, с. 178].

До слова, згадуючи нещодавно «гойдалки», пов'язані з визначенням істотної шкоди як ознаки складу к. пр., передбаченого ст. 246 КК «Незаконна порубка або незаконне перевезення, зберігання, збут лісу» (з 2 тис. НМДГ згідно із Законом від 6 вересня 2018 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів та запобігання незаконному вивезенню необроблених лісоматеріалів» до 20 НМДГ згідно із Законом від 25 квітня 2019 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів»), ми констатували наявність у відповідній пояснювальній записці більш-менш якісного обґрунтування позиції суб'єктів законодавчої ініціативи у частині визначення кількісних параметрів істотності шкоди [22]. Водночас не можемо не відзначити ту очевидну обставину, що це специфічне обґрунтування стосується саме і тільки незаконної порубки лісу, а відтак воно навряд чи зможе стати у нагоді при законодавчій оптимізації незаконного зайняття водним добувним промислом, як і незаконного полювання (не кажучи вже про інші к. пр. проти довкілля).

Звернення до релевантних положень проекту нового КК України (текст станом на 18 січня 2022 р.) [23] (далі – проєкт) демонструє більш поміркований (хоч і не бездоганний) підхід до диференціації кримінальної відповідальності за вилов риби чи іншого водного живого організму, який перебуває у стані природної волі чи напівволі, залежно від характеру спричиненої майнової шкоди – неістотної чи істотної, а саме: у разі заподіяння неістотної майнової шкоди відповідальність наставатиме як за проступок (ст. 7.6.6 проєкту), а в разі заподіяння істотної майнової шкоди – як за злочин 1 ступеня (ст. 7.6.3 проєкту). Відповідно до ст. 1.3.4 проєкту неістотною визнається майнова шкода, яка перевищує розмір розрахункової одиниці, встановленої цим Кодексом (відповідно до ст. 1.3.2 проєкту вона складає 200 грн), а істотною – майнова шкода, яка в сто і більше разів перевищує розмір розрахункової одиниці.

З приводу наведених у проєкті розмірів майнової шкоди, «прив'язаних» до розрахункової одиниці, ми вже писали, що така уніфікація буде зручною для правозастосувачів і з погляду дотримання вимог законодавчої техніки застережень майже не викликає. Проте наскільки пропонувані «закруглені» показники майнової шкоди відобразатимуть життєві реалії, що потребують кримінально-правового реагування? Нам імпонують висловлювання дослідників, які, критикуючи проєкт у цій частині, заперечують наскрізний характер таких понять, як «істотна шкода», «тяжкі наслідки», «значний, великий чи особливо великий розмір» тощо, адже подібні поняття можуть (і повинні) мати різне змістовне наповнення і розуміння щодо різних груп (видів) к. пр. [24]. Свого часу О.М. Миколенко задля подолання множинності термінів, за допомогою яких у КК характеризуються наслідки, пов'язані із заподіянням матеріальної шкоди, запропонувала: 1) в кожному розділі Особливої частини КК передбачити самостійну статтю, яка б містила законодавче визначення усіх оцінних понять, що використовуються у цьому розділі; 2) наповнити ці оцінні поняття самостійним змістом, який впливає з особливостей об'єкта посягання; 3) виділити оцінні поняття, які розуміються за змістом однаково, незалежно від того, в якому розділі Особливої частини вони закріплені [25, с. 141–155]. Такий шлях, попри його зрозумілу трудомісткість, видається нам перспективнішим, ніж той, який обстоюють розробники проєкту.

Принагідно звернемо увагу на дискусійність позиції авторів проєкту, які (на відміну від підходу, втіленого у чинній редакції ст. 249 КК) відмовляються від ознаки незаконності відповідних діянь,

що спричинили неістотну чи істотну майнову шкоду. Як наслідок, може виникнути неприйнятна ситуація, коли за буквального тлумачення положень проекту здійснення, наприклад, любительського рибальства, внаслідок якого виловлено рибу на суму понад 20 тис. грн (абсолютно реальна сума в умовах сьогодення), утворюватиме склад відповідного злочину – навіть без встановлення порушення встановлених законодавством правил любительського рибальства. Запровадження окремої заборони, присвяченої порушенню правил полювання чи риболовлі (ст. 7.6.11 проекту), у межах якої диференціюються форми вчинення протиправного діяння (стосовно звірів, птахів, риб чи інших водних живих організмів, що заборонені до вполювання чи вилову; у заборонений час; у забороненому місці; з використанням заборонених знарядь чи засобів; забороненим способом; без належного дозволу), позначену проблему не вирішує. Адже ст. 7.6.11 проекту описує формальний склад кримінального проступку, відмінний від згаданих матеріальних складів кримінально-протиправного рибальства. З'ясована дихотомія відповідальності за досліджуваний екологічний делікт за принципом «заподіяння шкоди – порушення правил» видається невдалою і, вочевидь, «програє» конструкції чинної редакції ст. 249 КК, хай з її власними недоліками.

Визначаючи розмір шкоди, заподіяної водній фауні, правозастосувач наразі керується спеціальними таксами, визначеними постановою Кабінету Міністрів України від 21 листопада 2011 р. № 1209 «Про затвердження такс для обчислення розміру відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок незаконного добування (збирання) або знищення цінних видів водних біоресурсів». І.П. Баглай констатує, що під час застосування положень цього документа суди, як правило, не пояснюють, чому, наприклад, вилов декількох кілограмів риби, вартість якої визначено за допомогою такс, і в середньому (за матеріалами судової практики) коливається приблизно від 1,5 тис. грн до 10–15 тис. грн, утворює саме істотну шкоду. Дослідник також справедливо критикує відсутність системного підходу до розуміння поняття «істотна шкода» під час незаконного рибальства. Крім цього, чітко не врегульовано питання про адресата заподіяння шкоди. Як наслідок, ухвалюючи вироки за ч. 1 ст. 249 КК, суди вказують на заподіяння істотної шкоди рибним запасам України, державі, державі в особі управління охорони, використання та відтворення водних біоресурсів і регулювання рибальства у конкретній області, просто на заподіяння шкоди на певну суму, державним інтересам, водним живим ресурсам тощо. Це впливає на визначення розміру шкоди в кожному конкретному випадку, призводить до невиправданих розбіжностей [17, с. 189, 192].

На практиці наразі нерідко має місце навряд чи допустима довільність у виборі виду юридичної відповідальності за порушення правил добування водних біоресурсів. Йдеться про те, що кримінальна відповідальність за вчинене к. пр. безпідставно підмінюється адміністративною. На сьогодні одні і ті самі дії, які полягають у незаконному зайнятті водним добувним промислом, залежно від розсуду суду (інколи нічим не обґрунтованого) можуть одержувати різну правову оцінку – або як к. пр. (ч. 1 ст. 249 КК), або як адміністративного правопорушення (ч. 3 або ч. 4 КУпАП).

Так, у постанові Новобузького районного суду Миколаївської області, на підставі якої особу притягли до адміністративної відповідальності за ч. 4 ст. 85 КУпАП (грубе порушення правил рибальства), було зроблено посилання на документальний розрахунок визначення розміру завданої шкоди (1530 грн) [26]. В іншій справі за ч. 3 ст. 85 КУпАП як порушення правил рибальства кваліфіковано незаконний вилов риби (судак непромислового розміру в кількості 22 шт. і загальною вагою 9 кг), внаслідок чого збитки склали 69 тис. 220 грн [27]. Навіть просте порівняння двох наведених кількісних показників викликає серйозний сумнів щодо наявності складу саме адміністративного правопорушення (а не кр. п., передбаченого ч. 1 ст. 249 КК) у другому із згаданих випадків. Складно зрозуміти також, чому про притягнення лише до адміністративної відповідальності поставало питання щодо: браконьєрів, які за допомогою 25 волосіневих сіток зловили майже 600 судаків і 100 карасів, заподіявши шкоду у розмірі понад 300 тис. грн [28]; особи, яка всупереч встановленим правилам рибальства виловила 139 одиниць судака непромислового розміру загальною вагою 70 кг, заподіявши збитки у розмірі 247831 грн [29].

Довільне тлумачення змісту ознаки «істотна шкода» всупереч вимогами п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України дозволяє правоохоронним органам і суду на власний розсуд вибірково визнавати одні діяння адміністративними правопорушеннями, а інші – кримінальними [30]. Викладене свідчить про кричуще порушення принципів справедливості і законності в кримінальному праві. Не останньою чергою занепокоєння викликає потужний корупційний ризик, який полягає у

можливості правоохоронних органів і суду за одних і тих же фактичних обставин кваліфікувати незаконне зайняття водним добувним промислом і як к. пр., і як адміністративний проступок. Незначений корупціогенний чинник породжує «зручну» лазівку для несумлінних правозастосувачів і заможних браконьєрів, а тому потребує законодавчого усунення. До речі, свого часу (до появи у ст. 246 КК примітки) подібні проблеми поставали на практиці щодо незаконної порубки лісу [31, с. 160–165; 32, с. 134–136].

Постає питання, чи існує кореляційний зв'язок між реальною шкодою рибним запасам, змістом криміноутворювальної ознаки «істотна шкода» й ознакою суспільної небезпеки, закладеною в ст. 249 КК? Відповідь на це питання позбавлена однозначності і передусім через відсутність законодавчо закріпленого визначення розміру істотної шкоди. За логікою речей і за умовною аналогією зі ст. 248 КК конкретизована законодавцем ознака істотної шкоди (поліпшена ст. 249 КК) повинна «працювати в парі» з нормативно-визначеними таксами для обчислення розміру відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок незаконного добування водних біоресурсів. Завдяки цьому з'явиться такий бажаний елемент правової визначеності, тобто (простою мовою) стане зрозуміло, які саме порушення вилову водних біоресурсів є кримінально протиправними, а які – ні.

Фахівці у галузі рибоохорони також постійно звертають увагу на недоцільність існування ознаки «істотна шкода» як оцінної. Адже внаслідок такої невизначеності спостерігається очевидна непослідовність правозастосовної практики: у разі заподіяння фактично більшої шкоди один суд може притягти правопорушника до адміністративної відповідальності (ч. 3 або ч. 4 ст. 85 КУпАП), а інший суд – ухвалити обвинувальний вирок (ч. 1 ст. 249 КК) у разі заподіяння меншої шкоди водним біоресурсам. Труднощі, пов'язані з невизначеністю істотної шкоди як криміноутворювальної ознаки незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом, констатуються і представниками суддівського корпусу. Так, у здійсненому одним із районних судів Київської області узагальненні практики розгляду справ про адміністративні правопорушення щодо порушення правил використання об'єктів тваринного світу зазначається, що під час застосування ст. 85 КУпАП суд неодноразово встановлював факти неправильного складання протоколів про адміністративні правопорушення – замість обвинувальних актів у кримінальних провадженнях. При цьому суд виходив з аналізу способу лову, кількості виловленого і розміру заподіяних правопорушником збитків. У разі встановлення підстави для застосування ст. 253 КУпАП (містить вимогу про передачу матеріалів прокурору, органу досудового слідства у разі виявлення ознак к. пр.) щодо протоколів про адміністративні правопорушення останні надсилались до прокуратури через виявлення ознак складу к. пр., передбаченого ст. 249 КК, а провадження у справах, порушених за ст. 85 КУпАП, закривались на підставі ст. 284 КУпАП [33].

Беручи до уваги текст приміток ст. 246 і ст. 248 КК, які загалом позитивно апробовані на практиці, а також з огляду на забезпечення системності кримінального закону, текст примітки ст. 249 КК *de lege ferenda* має передбачати можливість визнання істотною й екологічною (нематеріальною) шкодою, яка в майновому еквіваленті буде меншою за певну кількість НМДГ. Такий законодавчий крок, по-перше, уможливить врахування комплексності шкоди, заподіяваної довікільлю внаслідок вчинення досліджуваного к. пр., по-друге, узгоджуватиметься з панівними у правничій науці тезами про те, що: без оцінних понять та інших проявів невизначеного контенту в кримінальному законі не обійтись; недостатня визначеність законодавчих формулювань може бути компенсована їх судовим тлумаченням, конкретизацією з урахуванням обставин справи. Як слушно зазначає З.А. Загинеї-Заболотенко, прояв невизначеності може бути й позитивним, коли відносна невизначеність кримінально-правового припису використовується законодавцем цілеспрямовано як своєрідний прийом нормотворчої техніки, що дає змогу кримінально-правовій нормі бути гнучкою і знизити рівень невизначеності кримінально-правового регулювання [34, с. 78]. На користь положення про підтримувану нами альтернативність у нормативному позначенні істотної шкоди як криміноутворювальної ознаки незаконного зайняття водним добувним промислом вказує і висловлена в літературі думка про те, що встановлення вартісних критеріїв завданої шкоди можливе тільки стосовно так званих мононаслідків; у разі ж настання комплексних наслідків (заподіяння шкоди природному об'єкту загалом і живим організмам) вони можуть бути викладені за допомогою оцінних ознак [4, с. 16, 443].

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про нагальне потребу встановлення у примітці ст. 249 КК конкретного вартісного показника істотної шкоди як криміноутворювальної ознаки к. пр., передбаченого цією статтею КК (основний склад). Пропоновану офіційну конкретизацію (формалізацію) спричинюваної довкіллю шкоди, яка уможливить подолання неприпустимої з погляду правової визначеності колізії між кримінально-правовою (ст. 249 КК) та адміністративно-правовою (ст. 85 КУпАП) заборонами, доцільно поєднати із: 1) включенням у диспозицію кримінально-правової заборони альтернативної вказівки на незаконне добування особливо цінних видів риб та інших водних організмів, а також видів, занесених до Червоної книги України, інкримінування якої (заборони) не пов'язуватиметься із встановленням істотності шкоди, заподіяної довкіллю; 2) доповненням примітки ст. 249 КК вказівкою на можливість визнання істотною й екологічною (нематеріальною) шкоди, що дозволить брати до уваги як комплексність шкоди, заподіяваної довкіллю внаслідок вчинення досліджуваного к. пр., так і доцільність використання невизначеного нормативного контенту у подібних ситуаціях.

На сьогодні ми не готові назвати належну величину істотної шкоди як криміноутворювальної ознаки незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом, яку *de lege ferenda* варто закріпити в примітці ст. 249 КК. Відтак напрямом подальших наукових розвідок має стати докладне обґрунтування (зокрема, з використанням соціологічного методу і вивченням реалій правозастосування, а також здобутків сучасної кримінології, системно проаналізованих Б.М. Головкіним [35, с. 168–184]) оптимального кількісного показника такої істотної шкоди (точніше її матеріальної складової). Адже без вирішення фундаментальної проблеми довільності кількісних показників, які характеризують, зокрема, суспільно небезпечні наслідки к. пр., годі й вести мову про соціальну обумовленість кримінально-правових заборон.

1. Мойсак С.М. Особливості кваліфікації діянь за порушення правил рибальства. Юридичний науковий електронний журнал. 2017. № 6. С. 219–223.
2. Лукашевич С.Ю., Шевченко Н.С. Кримінологічний аналіз кримінальних правопорушень проти довкілля. Вісник Асоціації кримінального права України. 2021. № 1. С. 242–255.
3. Кримінологія: підручник / Б.М. Головкін, В.В. Голина, О.В. Лисодєд та ін.; за заг. ред. Б.М. Головкіна. Харків: Право, 2020. 384 с.
4. Тимошенко Ю.А. Конструирование уголовно-правовых норм об ответственности за экологические преступления: проблемы теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2019. 536 с.
5. Бабий Н.А. Учение о структуре состава преступления: монография. В 2 кн. Кн. II. Элементы, признаки и виды составов преступлений. Москва: Юрлитинформ, 2019. 416 с.
6. Злочини проти довкілля: кримінально-правова характеристика: практ. пос. / 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.
7. 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.
8. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 12 лютого 2020 р. у справі № 208/2539/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87672507> (дата звернення: 1.02.2022).
9. Волкова Т.І. Об'єктивна сторона злочину – незаконного зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом, передбаченого частиною 1 статті 249 Кримінального кодексу України. Юридична наука. 2016. № 3. С. 22–48.
10. Оробець К.М. Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим добувним водним промислом. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2016. Т. 17: Кримінальне право / редкол.: В.Я. Тацій (голова), В.І. Борисов (заст. голови) та ін.; Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. 2017. С. 570–572.
11. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 21 квітня 2021 р. у справі № 708/392/18. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=96503136&red=100003b6bf30c357fdc7d354316ef2eba2c9c5&d=5> (дата звернення: 1.02.2022).
12. Оробець К.М. Кримінальна відповідальність за незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим добувним промислом: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2012. 235 с.
13. Борисов Є.М. Незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим добувним промислом: кримінально-правова характеристика: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2013. 20 с.
14. Гавриш С.Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні: проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства. Київ: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2002. 634 с.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

15. Локтіонова В.В. Суспільно небезпечні наслідки у злочинах проти довкілля: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2013. 19 с.
16. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 24 вересня 2020 р. у справі № 310/6110/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91901299> (дата звернення: 1.02.2022).
17. Баглай І.П. Істотна шкода, заподіяна незаконним полюванням і зайняттям рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом: порівняльний аналіз. Адміністративне право і процес. 2015. № 2. С. 186–194.
18. Трунцевский Ю.В., Осипов В.И. Законодательное закрепление количественных параметров стоимостных критериев преступлений в сфере экономической деятельности: закономерности и методика подсчета. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 3. С. 122–148.
19. Берднік І.В. Кримінально-правова охорона водних ресурсів: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Чернівці, 2020. 610 с.
20. Турлова Ю.А. Протидія екологічній злочинності в Україні: кримінологічні та кримінально-правові засади: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2018. 466 с.
21. Локтіонова В.В. Наслідки вчинення злочинів проти довкілля (кримінально-правове дослідження): монографія. Кременчук: Видавець «ПП Щербатих О.В.», 2011. 256 с.
22. Дудоров О., Мовчан Р. Кримінально-правова протидія контрабанді лісу: очікування, реалії, перспективи. Юридичний вісник України. 26 березня – 1 квітня 2021 р., № 12.
23. Проект нового Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 18.01.2022 р.). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/01/18/kontrolnyj-proekt-kk-18-01-2022.pdf> (дата звернення: 1.02.2022).
24. Дудоров О., Письменський Є. Комплексне реформування кримінального законодавства України. Перший вагомий крок зроблено. Юридичний вісник України. 20–26 листопада 2020 р., № 46.
25. Миколенко О.М. Теоретичні основи дослідження шкоди, заподіяної злочином: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2005. 221 с.
26. Постанова Новобузького районного суду Миколаївської області від 24 травня 2019 р. у справі № 481/553/19. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/81956522> (дата звернення: 1.02.2022).
27. Рішення Чигиринського районного суду Черкаської області від 8 жовтня 2021 р. у справі № 708/844/21. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/100208488/> (дата звернення: 1.02.2022).
28. Листопад О. Хто зловить рибного бракон'єра. Урядовий кур'єр. 16 лютого 2018 р., № 33.
29. Державне агентство меліорації та рибного господарства України. 18 серпня 2021 р. URL: <https://m.facebook.com/dargua/posts/2200551556753874> (дата звернення: 1.02.2022).
30. Мойсак С.М. Конституційне звернення про офіційне тлумачення п. 22 ст. 92 Конституції України, ч. 1 ст. 249 Кримінального кодексу України від 3 березня 2015 р. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/18-484.pdf> (дата звернення: 1.02.2022).
31. Дудоров О.О., Письменський Є.О. Кримінально-правова кваліфікація незаконної порубки лісу: практ. пос. Северодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2017. 213 с.
32. Левченко Ю. О. Незаконна порубка лісу: фактори детермінації та способи їх усунення. Юридичний науковий електронний журнал. 2018. № 4. С. 134–136.
33. Узагальнення практики розгляду Вишгородським районним судом Київської області справ про адміністративні правопорушення щодо порушення правил використання об'єктів тваринного світу (стаття 85 Кодексу України про адміністративні правопорушення). URL: <https://vsh.ko.court.gov.ua/sud1009/presscentr/1/372629/> (дата звернення: 1.02.2022).
34. Загиней-Заболотенко З. Невизначеність VS визначеність кримінального законодавства України. Право України. 2020. № 2. С. 67–80.
35. Головкін Б. М. Теперішнє і майбутнє кримінології. Проблеми законності. 2020. Вип. 149. С. 168–184. URL: <http://plaw.nlu.edu.ua/issue/view/12367/6456> (дата звернення: 1.02.2021).

Судова практика в справах про кримінальні правопорушення проти безпеки виробництва: питання кваліфікації³⁵

Ст. 3 Конституції України проголошує людину, її життя, здоров'я, честь, гідність, недоторканість і безпеку найвищою соціальною цінністю. Цей задекларований базовий принцип реалізується за допомогою похідних від ст. 3 норм, зосереджених у розділі II Основного Закону «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина». Чільне місце серед соціально-економічних прав і свобод людини та громадянина займають трудові права, яким присвячено ст. 43 Конституції України. Серед іншого тут зазначається, що кожен має право на належні, безпечні і здорові умови праці.

Закріплення трудових прав людини і громадянина та механізму їх реалізації здебільшого знаходить свій вияв у нормах регулятивного (трудового) законодавства. Правове ж забезпечення охорони цих прав (зокрема, права на безпечні умови праці) у разі їх порушення покладається на норми, зосереджені в інших галузях права, в яких встановлено відповідальність за порушення норм регулятивного законодавства. Кримінальний кодекс України (далі – КК) покликаний охороняти трудові права від найбільш небезпечних проявів їхніх порушень – кримінально протиправних посягань. Зокрема, заборони, об'єднані в розділ X Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення проти безпеки виробництва», поширюючи свою дію як на матеріальне, так і нематеріальне виробництво, призначені забезпечувати охорону життя і здоров'я осіб при здійсненні виробничих процесів.

Законодавчі положення, присвячені відповідальності за кримінальні правопорушення проти безпеки виробництва, докладно проаналізовано у працях, зокрема, таких вітчизняних дослідників, як О.О. Бахуринська, В.І. Борисов, Г.С. Крайник, М.П. Куцевич, В.І. Павликівський, О.О. Пащенко. При цьому слід бути свідомим того, що проблема невідворотності й адекватності кримінально-правового реагування на поведінку порушників заборон, закріплених у КК (і розділ X його Особливої частини не є винятком), лежить наразі не стільки у законодавчій, скільки у правозастосовній площині. До того ж ЄСПЛ неодноразово наголошував на тому, що: не можна очікувати, щоб саме в законі були однозначно вирішені абсолютно всі питання; передбачуваність закону може витікати не лише з тексту закону, а й зі сталої практики його застосування; термін «закон» слід розуміти в його сутнісному, а не формальному значенні, визнаючи ним чинне законодавче положення, витлумачене компетентним судом.

В сучасних умовах ексклюзивна функція кримінального закону (зокрема, у частині визначення підстав кримінально-правової кваліфікації) поступово втрачається і переходять до інших джерел кримінального права. Складно не погодитись з тим, що судова практика, застосовуючи загальні норми до конкретних ситуацій, наближає їх до життя. У конкретних справах кримінальний закон знаходить своє реальне вираження, визначаючи уявлення правозастосувача про його зміст. У судовій практиці як у «краплі води» відображаються всі проблеми конкретного складу злочину. Іноді судова практика вступає у суперечність із підходами, запропонованими в теорії кримінального права. Колізії, що виникають, знижують авторитетність судового акту і врешті-решт породжують сумніви в його обґрунтованості. З огляду на «людський фактор», звернення до судової практики має носити обережний, виважений характер і в кожному конкретному випадку враховувати повну інформацію про обставини справи і мотиви суду [1, с. 567].

З урахуванням сказаного, метою статті є висвітлення проблемних питань кваліфікації кримінальних правопорушень проти безпеки виробництва у судовій практиці і, на підставі цього, вироблення розрахованих на правозастосувачів рекомендацій.

Передусім зазначимо, що всі статті розділу X Особливої частини КК містять бланкетні диспозиції. Тому для встановлення ознак об'єктивної сторони складів аналізованих кримінальних правопорушень необхідно звертатися до положень тих чи інших нормативно-правових актів у сфері охорони праці (за потреби – і локальних документів, тобто інструкцій, наказів, розпоря-

35 Стаття написана у співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. 2022. № 2. С. 116–122.

джень тощо, які діють тільки на відповідних підприємствах), а при формулюванні обвинувачення розкривати суть допущених порушень. Тут (при конкретизації обвинувачення) може стати у нагоді та обставина, що своїми наказами Державна служба України з питань праці періодично (на певну дату) затверджує Показник нормативно-правових актів з охорони праці. Слід також мати на увазі те, що ст. 271 КК охоплюються 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. Натомість порушення спеціальних правил безпеки, які стосуються виконання робіт з підвищеною небезпекою, діють на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах, порушення правил ядерної або радіаційної безпеки, безпечного використання промислової продукції або безпечної експлуатації будівель і споруд, потребують кваліфікації, відповідно, за ст. ст. 272–275 КК. Неврахування бланкетного характеру диспозицій вказаних статей КК, їхнього співвідношення у сукупності з відсутністю належної конкретизації обвинувачення може призводити до неправильної кваліфікації вчиненого.

Так, Особа-2 виконував роботи з очистки даху від снігу, що відносяться до робіт з підвищеною небезпекою. Перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, він впав на асфальтне покриття подвір'я і загинув. З огляду на те, що головний інженер ПрАТ «Охтирський м'ясокомбінат» Особа-1 порушив свою посадову інструкцію, не здійснивши контроль за додержанням правил охорони праці Особою-2, який перебував в його прямому підпорядкуванні, суд кваліфікував скоєне Особою-1 за ч. 2 ст. 271 КК [2]. Проте, оскільки зазначені роботи віднесено до робіт з підвищеною небезпекою (а перелік таких робіт відповідно ч. 3 ст. 18 Закону України (далі – ЗУ) «Про охорону праці» затверджується центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони праці), діяння винного мало кваліфікуватися за ч. 2 ст. 272 КК.

Вироком суду саме за цією кримінально-правовою нормою засуджено Особу-1, яка, будучи ФОПом, організувала проведення робіт із рекультивації земельної ділянки (звалища) на території підсобного господарства одного з підприємств. Під час виконання цих робіт смертельної травми зазнав один із робітників, які займались вибиранням із ґрунту металевих і пластикових виробів після того, як машиніст екскаватора за допомогою ковша екскаватора знімав верхній шар ґрунту. У своїй касаційній скарзі захисник Особи-1 з-поміж іншого зазначив, що висновок інженерно-технічної експертизи з охорони праці не мав бути взятий до уваги судами першої та апеляційної інстанцій, оскільки експерт у своєму висновку не зазначила та в судовому засіданні не змогла відповісти, чому роботу зі збору металобрухту і пластику вона визнала рекультивацією, яка належить до робіт з підвищеною небезпекою.

Залишаючи без задоволення касаційну скаргу захисника Особи-1, в якій стверджувалось про відсутність у вчиненому Особою-1 складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 272 КК, Касаційний кримінальний суд Верховного Суду (далі – ККС ВС) наголосив на тому, що зняття шару ґрунту екскаватором та очистка ґрунту від металу і пластику охоплюються поняттям рекультивації з огляду на ст. 52 ЗУ «Про охорону земель» і ч. 1 ст. 166 ЗК, а відтак здійснювані роботи є роботами з підвищеною небезпекою. Також ККС ВС вирішив за потрібне вказати на те, що відповідно до пунктів 73, 101, 109 Переліку робіт з підвищеною небезпекою, затвердженого наказом Державного комітету України з нагляду за охороною праці від 26 січня 2005 р. № 15 (далі – Перелік), проведення розкривних робіт, виїмка і навантаження корисних копалин при відкритих гірничих роботах, вантажно-розвантажувальні роботи за допомогою машин і механізмів, управління тракторами і самохідним технологічним устаткуванням належать до робіт з підвищеною небезпекою. Особа-1 залучив людей і екскаватор для виконання робіт із вибирання з ґрунту виробів з металу і пластику, а тому його діяльність відповідала ознакам виробництва і при цьому була виконана з порушенням правил безпеки під час проведення робіт з підвищеною небезпекою. Отже, діяння Особи-1, висновував ККС ВС, районний та апеляційний суди правильно кваліфікували за ч. 2 ст. 272 КК [3].

Наведена аргументація не видається безспірною: 1) із закріпленого у ст. 52 ЗУ «Про охорону земель» розуміння рекультивації земельних ділянок (здійснюється шляхом пошарового нанесення на малопродуктивні земельні ділянки або ділянки без ґрунтового покриття знятої ґрунтової маси, а в разі потреби – і материнської породи в порядку, який забезпечує найбільшу продуктивність рекультивованих земель) не впливає, що організовані Особою-1 роботи є підстави

визнавати рекультивацією земельної ділянки; 2) у Переліку немає згадування про рекультивацію земельних ділянок, а тому не зовсім зрозуміло, для чого при вирішенні питання про правильність кваліфікації скоєного Особою-1 судами (включаючи ККС ВС) робились спроби «прив'язати» рекультивацію земельних ділянок до робіт з підвищеною небезпекою; 3) з урахуванням обставин справи вказівка щонайменше на такі включені до Переліку роботи, як виїмка і навантаження корисних копалин при відкритих гірничих роботах, вантажно-розвантажувальні роботи за допомогою машин і механізмів, не є доречною; 4) щодо прийнятного (на перший погляд) розуміння зняття верхнього шару ґрунту як «проведення розкривних робіт», то і в цій частині не може не виникати сумнів, бо у Переліку такі роботи у межах його п. 73 поєднані з виїмкою і навантаженням корисних копалин при відкритих гірничих роботах, чого у розглядуваній ситуації явно не вбачалось. Таким чином, здійснена ККС ВС конкретизація обвинувачення при застосування статті КК з бланкетною диспозицією, на жаль, не може вважатись взірцевою.

У провадженнях про кримінальні правопорушення, передбачені ст. 273 КК «Порушення правил безпеки на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах», слід звертати увагу на наявність нормативних документів (наказів, положень, регламентів тощо) про віднесення підприємства (цеху) до певної категорії (класу) вибухонебезпечності. Актуальним у зв'язку з цим залишається наведене в абз. 2 п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 червня 2009 р. № 7 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва» (далі – ППВСУ від 12.06.2009 № 7) роз'яснення про те, що, якщо діяння, яке викликало вибух і заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого або загибель людей, сталося на виробництві, не віднесеному у встановленому порядку до вибухонебезпечного, вчинене має кваліфікуватись як службова недбалість (ст. 367 КК), як кримінальне правопорушення проти безпеки праці (ст. 271, ст. 272 КК) або проти життя чи здоров'я особи (ст. 119, 128 КК).

Тривалий час серед порушень, які кваліфікувалися за ст. 273 КК (зокрема, її ч. 1), чи не найбільшу частку у судовій практиці складали випадки встановлення автомобільних газозаправних пунктів і реалізації скрапленого газу без отримання необхідних дозвільних документів на проведення робіт з підвищеною небезпекою, експлуатації обладнання підвищеної небезпеки, без проходження навчання та перевірки знань з охорони праці, без розроблення планів локалізації та ліквідації аварійних ситуацій і аварій тощо [4; 5]. Мотивуючи свої рішення, правозастосувачі посилалися на порушення обвинуваченими норм ЗУ «Про охорону праці», ЗУ «Про об'єкти підвищеної небезпеки», ЗУ «Про пожежну безпеку», Правил техногенної безпеки у сфері цивільного захисту на підприємствах, в організаціях, установах та на небезпечних територіях, Положення щодо розробки планів локалізації та ліквідації аварійних ситуацій і аварій тощо. При цьому зверталась увага і на те, що згідно з п. 9.1 Норм визначення категорій приміщень, будинків та зовнішніх установок за вибухопожежною та пожежною небезпекою (затв. наказом МНС України від 3 грудня 2007 р. № 833) автомобільний газозаправний пункт відноситься до вибухонебезпечних об'єктів категорії Аз (зовнішні установки, в яких знаходяться горючі гази). Відповідно до п. 5 чинного раніше наказу МВС України від 5 вересня 1998 р. № 651 «Про затвердження Переліку об'єктів та промислових підприємств з підвищеним рівнем вибухопожежонебезпеки, які підлягають щорічному пожежно-технічному обстеженню» автозаправні станції також прямо називалися підприємствами з підвищеним рівнем вибухопожежонебезпеки.

Останніми роками, однак, при кваліфікації подібних порушень правозастосувачі роблять наголос не на тому, що автомобільні газозаправні станції (пункти) є вибухонебезпечними підприємствами, а на тому, що відповідно до Порядку видачі дозволів на виконання робіт підвищеної небезпеки та на експлуатацію (застосування) машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки (затв. постановою КМУ від 26 жовтня 2011 р. № 1107), Переліку машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки (затв. постановою КМУ від 3 лютого 2021 р. № 77), Переліку робіт з підвищеною небезпекою (пункти 2, 3, 6, 11), Правил безпеки систем газопостачання (затв. наказом Міністерства енергетики та вугільної промисловості України від 15 травня 2015 р. № 285) вказані станції відносяться до об'єктів підвищеної небезпеки, а тому роботи з їхнього обслуговування та експлуатації є роботами з підвищеною небезпекою і, відповідно, зазначені порушення мають кваліфікуватись не за ст. 273, а за ст. 272 КК. Отже, газові автозаправні станції

одночасно можуть бути визнані як об'єктами підвищеної небезпеки, так і вибухонебезпечними підприємствами.

Тому для отримання відповіді на питання, за якою статтею КК необхідно кваліфікувати вчинюване на них порушення, вирішальне значення має з'ясування його (порушення) змісту. З цього приводу в юридичній літературі зазначається, що, якщо мало порушення правил, які забезпечують безпеку виробництва на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах (паління у приміщенні вибухонебезпечного цеху, користування відкритим вогнем, ведення робіт за відсутності належної вентиляції тощо), вчинене має кваліфікуватися за ст. 273 КК. Якщо ж винна особа допустила порушення на вибухонебезпечному підприємстві (у цеху) інших правил безпеки (наприклад, про охорону праці, виконання робіт з підвищеною небезпекою), вчинене не містить ознак складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 273 КК, і має кваліфікуватися за ст. 271 або ст. 272 КК [6, с. 532]. Враховуючи ж те, що у розглядуваних ситуаціях (порушення на автомобільних газозаправних станціях (пунктах)) йдеться саме про порушення на вибухонебезпечному підприємстві правил виконання робіт з підвищеною небезпекою, вчинене потребує кваліфікації не за ст. 273, а за ст. 272 КК.

За конструкцією об'єктивної сторони складу кримінальних правопорушень проти безпеки виробництва є матеріальними, адже їхньою обов'язковою ознакою є наслідки. Останніми можуть бути, зокрема, загибель людей (частини другі ст. ст. 271–275 КК), що, на нашу думку, означає смерть двох або більше людей. Враховуючи відповідне роз'яснення ППВСУ від 12.06.2009 № 7 (абз. 3 п. 21), деякі суди за ознакою загибелі людей кваліфікують і випадки заподіяння смерті одній особі [7; 8]. Проте, виходячи з буквального тлумачення вживаного у множині у тексті кримінального закону слова «людей» (не «людини»), під «загибеллю людей» слід розуміти лише смерть двох або більше людей [9]. Загибель однієї особи охоплюється поняттям інших тяжких наслідків. На користь такого розуміння звороту «загибель людей» вказує і та обставина, що в тих випадках, коли законодавець мав на меті вказати на смерть однієї людини, він так і зробив, розмежувавши за потреби наслідки у вигляді смерті однієї особи, з одного боку, та двох і більше осіб, з іншого (наприклад, ч. 2 і ч. 3 ст. 286, ч. 1 і ч. 2 ст. 415 КК).

Особа-1 порушив правила безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою на виробництві, що призвело до смерті потерпілого. Кваліфікуючи діяння Особи-1 за ч. 2 ст. 272 КК, суд правильно вказав на те, що у цьому разі мала місце не «загибель людей», а настання «інших тяжких наслідків», проявом яких стала смерть потерпілого [10].

До інших тяжких наслідків (частини другі ст. ст. 271–275 КК) зазвичай відносять, зокрема, заподіяння хоча б одній людині смерті або тяжких тілесних ушкоджень, середньої тяжкості тілесних ушкоджень двом і більше особам. Наприклад, Особа-2, працюючи пташницею, внаслідок порушення Особою-1 ст. 13 ЗУ «Про охорону праці» приступила до виконання своїх обов'язків без захисних окулярів, рукавиць і халату. Під час проведення дезінфекції поїльних і кормових ліній пташника в очі Особи-2 потрапили хімічні речовини, що призвело до заподіяння їй тяжких тілесних ушкоджень. Вчинене Особою-1 кваліфіковане за ч. 2 ст. 271 КК за ознакою заподіяння інших тяжких наслідків [11].

Випадки заподіяння середньої тяжкості тілесних ушкоджень одній особі необхідно визнавати не «іншими тяжкими наслідками», а «заподіянням шкоди здоров'ю». Незважаючи на роз'яснення, викладені у ППВСУ від 12.06.2009 № 7 (абз. 4 п. 21), видається, що до інших тяжких наслідків не слід відносити і заподіяння матеріальної шкоди незалежно від її розміру, а також тривалий простій підприємств, цехів або їх виробничих дільниць. Заподіяння шкоди майнового характеру має отримувати самостійну кримінально-правову оцінку. Викладена точка зору ґрунтується на тому, що в тих випадках, коли в статті КК «загибель людей» виступає єдиною альтернативою «іншим тяжким наслідкам», до змісту останніх можна відносити лише ті наслідки, які полягають у певній фізичній шкоді людині. Адже терміни, які використані у відкритих переліках, позначають однорідні поняття; інші ознаки мають бути подібними з прямо вказаними в КК (майнова ж шкода принципово відрізняється від тієї, на врахування якої орієнтує закон через термін, що є кореневим у відповідному законодавчому формулюванні, – у нашому випадку це «загибель людей») [12, с. 162–170]. До того ж зі змісту нормативно-правових актів, які утворюють «бланкетну складову» досліджуваних кримінально-правових заборон, випливає, що ці акти спрямовані на

охорону лише життя та здоров'я особи; інакше кажучи, у випадку настання матеріальної шкоди юридичній або фізичній особі не заподіюється шкода безпосереднім об'єктам кримінальних правопорушень проти безпеки виробництва.

З огляду на сказане, як неправомірне слід розцінити рішення одного із судів, який передбаченими у ч. 2 ст. 273 КК іншими тяжкими наслідками визнав нанесення матеріальних збитків у розмірі 15 млн 044 тис. 132 грн [13].

Крім констатації суспільно небезпечного діяння та наслідків, для інкримінування статей КК про відповідальність за кримінальні правопорушення проти безпеки виробництва необхідним є встановлення причинного зв'язку між порушенням відповідних правил і суспільно небезпечними наслідками. Наприклад, у вироку одного із судів вказується на те, що дії Особи-1 з технічної точки зору знаходяться у прямому причинно-наслідковому зв'язку з подією, що трапилась, та її негативними наслідками – загибеллю Особи-2, що й стало підставою для кваліфікації діяння Особи-1 за ч. 2 ст. 271 КК [14].

Водночас слід мати на увазі те, що причинний зв'язок як ознака об'єктивної сторони кримінальних правопорушень проти безпеки виробництва, будучи, за загальним правилом, не прямим, а опосередкованим, може ускладнюватись необережною поведінкою потерпілого, винною діяльністю декількох суб'єктів, властивостями експлуатованої техніки, складністю технологічних процесів тощо. При встановленні наявності причинного зв'язку слід враховувати і те, що іноді нещасні випадки на виробництві можуть бути викликані порушеннями правил безпеки чи інших вимог охорони праці з боку самих потерпілих (зокрема, використання заборонених знарядь праці чи прийомів виконання певних робіт для їх полегшення чи прискорення). Це може вказувати на відсутність причинного зв'язку, через що у кожному конкретному випадку слід з'ясовувати роль потерпілого у події. На практиці слідчі часто працюють з матеріалами відомчих розслідувань нещасних випадків, якими винним у нещасному випадку визнається саме потерпілий. Такі матеріали, як слушно зазначає О.В. Таран, слід піддавати критичному аналізу, враховуючи той факт, що роботодавець через зацікавленість у формулюванні такого висновку комісії, має можливість вплинути на її діяльність, а отже, на результат її роботи [15, с. 130–131].

Вироком районного суду за ч. 2 ст. 271 КК було засуджено засновника і керівника селянсько-фермерського господарства (СФГ) А., обвинуваченого у незабезпеченні функціонування системи управління охорони праці на підприємстві. Внаслідок допущених А. порушень не була своєчасно виявлена й усунута несправність запірної арматури індивідуальної балонної установки, розміщеної у приміщенні СФГ, стався витік газу, а згодом пожежа, під час якої загинув охоронець П. Скасовуючи вирок і направляючи справу на новий судовий розгляд, Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України у своїй ухвалі вказала, зокрема, на неврахування районним судом тієї обставини, що потерпілий П. користувався газовим обладнанням, знаючи про його несправність, у нетверезому стані і займаючись тютюнопалінням [16, с. 526–530].

Потерпілим від кримінального правопорушення, передбаченого ст. 271 КК, у судовій практиці (значною мірою під впливом роз'яснень, наведених в абз. 3, 4 п. 8 ППВСУ від 12.06.2009 № 7) визнається тільки особа, яка має постійний чи тимчасовий зв'язок з певним підприємством, установою, організацією чи з виробничою діяльністю громадянина – суб'єкта підприємницької діяльності. Це можуть бути особи, які безпосередньо працюють на підприємстві, установі чи організації, особи, які прибули у відрядження, на практику, стажування (учні та студенти навчальних закладів, вихованці, курсанти, слухачі, стажисти, клінічні ординатори, аспіранти, докторанти – під час навчально-виховного процесу, а також якщо вони залучені до будь-яких робіт під час, перед або після навчально-виховного процесу, у період проходження виробничої практики (стажування)), виконання робіт на підприємствах, а також особи, діяльність яких пов'язана з цим виробництвом. Викладене тлумачення КК виходить, зокрема, зі ст. 2 ЗУ «Про охорону праці», згідно з якою його дія поширюється на всіх юридичних та фізичних осіб, які відповідно до законодавства використовують найману працю, та на всіх працюючих.

Інша точка зору з розглядуваного питання кваліфікації полягає в тому, що потерпілими від кримінального правопорушення, передбаченого ст. 271 КК, може бути будь-яка особа. Адже: 1) у цій статті КК (на відміну, наприклад, від ст. 135 КК 1960 КК, в якій фігурували трудящі) немає жодних відповідних обмежень; 2) норми про відповідальність за кримінальні правопорушення

проти безпеки виробництва, відокремлені від норм про кримінальну відповідальність за посягання на трудові права, охороняють права й інтереси не лише працівників – учасників виробництва, а й інших осіб; 3) так вирішується питання щодо юридично однорідних складів кримінальних правопорушень (наприклад, проти безпеки руху та експлуатації транспорту); 4) відповідальність за кримінальні правопорушення проти безпеки виробництва обмежується за іншими ознаками складів цих правопорушень, а не за ознакою потерпілого; 5) визначення кола потерпілих у цьому разі не може ґрунтуватись на основі інших (відмінних від КК) нормативно-правових актів з урахуванням низького рівня законотворчості; 6) тексти ст. 271 КК, з одного боку, і ст. ст. 272–274 КК, з іншого, не містять відмінностей у вказівці на коло потерпілих [17, с. 382–384].

Право на працю може бути реалізоване шляхом укладання не лише трудових, а й цивільно-правових договорів (зокрема, договори підряду, договори про створення твору в галузі науки, літератури, мистецтва). Однак (з урахуванням положень регулятивного законодавства, яке розрізняє трудові відносини, пов'язані з використанням найманої праці, і цивільно-правові відносини) виконавці цивільно-правових договорів на виконання робіт не належать до кола осіб, які можуть бути визнані потерпілими від кримінального правопорушення, передбаченого ст. 271 КК. При цьому слід мати на увазі те, що фактично трудові відносини з певних причин можуть маскуватись цивільно-правовими відносинами. До речі, у справі «Космата проти України» (рішення від 15 січня 2015 р.) ЄСПЛ, вирішуючи, чи було порушено ст. 2 ЄКПЛ під час кримінального розслідування, здійснюваного за ч. 2 ст. 271 КК у зв'язку зі смертю К. (нешасний випадок стався, коли той очищував екструдер млину на одному з підприємств), з-поміж іншого звернув увагу на те, що: договір підряду між К. і підприємством був укладений для приховування дійсних трудових відносин; висновок про визнання К. найманим працівником підприємства був підтверджений національними судами [18, с. 139–150].

Із норм Кодексу законів про працю України випливає, що: 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; роботодавці, які з різних причин не завжди укладають трудові договори з працівниками, несуть відповідальність за створення необхідних умов праці. Відтак у разі заподіяння шкоди здоров'ю особи, трудові відносини з якою не були оформлені належним чином, діяння винуватого може кваліфікуватися за ст. 271 КК.

Наприклад, майстер цеху деревообробки ПП «Грант-Сервіс» Особа-1, будучи службовою особою зазначеного підприємства, на яку покладено виконання спеціальних обов'язків з охорони праці, усвідомлюючи той факт, що трудові відносини між ПП «Грант-Сервіс» та Особою-2 не оформлені, внаслідок чого останній не проходив навчання і необхідні інструктажі, допустив останнього до виконання робіт із завантаження тирси до контейнера на території цеху із виробництва кронштейнів для європіддонів, внаслідок чого Особа-2 впав до зазначеного контейнера і загинув [19]. Вказані діяння мали б додатково кваліфікуватися і за ст. 172 КК «Грубе порушення законодавства про працю».

Потерпілими від кримінального правопорушення, передбаченого ст. 272 КК, можуть бути будь-які особи. Зокрема, це й особи, які не мають жодного відношення до виконання робіт з підвищеною небезпекою (абз. 2 п. 10 ППВСУ від 12.06.2009 № 7). Наприклад, Особа-1, будучи машиністом автокрану, допустив порушення законодавства при виконанні робіт з укладки залізобетонних блоків у фундамент за допомогою автокрану, що призвело до тяжких наслідків у вигляді спричинення тяжких тілесних ушкоджень Особі-2 – сторонній особі в зоні роботи автокрану. Діяння Особи-1 кваліфіковано за ч. 2 ст. 272 КК [20].

Переходячи до аналізу суб'єктивних ознак складів кримінальних правопорушень проти безпеки виробництва, відзначимо, що суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ст. 271 КК, – спеціальний: ним може бути лише службова особа підприємства, установи, організації або громадянин – суб'єкт підприємницької діяльності. Поняття «громадянин – суб'єкт підприємницької діяльності» не є вдалим, оскільки необґрунтовано звужує коло суб'єктів відповідного кримінального правопорушення.

Наприклад, такими суб'єктами не визнаються самозайняті особи, які перебувають у трудових відносинах зі своїми працівниками. З урахуванням того, що дія законодавства охорону праці,

як вже зазначалось, поширюється на всіх юридичних та фізичних осіб, які відповідно до законодавства використовують найману працю, і на всіх працюючих, термін «громадянин – суб'єкт підприємницької діяльності» у ч. 1 ст. 271 КК доцільно замінити зворотом «фізична особа, яка використовує найману працю». Тут доречно нагадати, що в юридичній літературі вже тривалий час пропонується запровадити кримінальну відповідальність рядових працівників за порушення вимог законодавства про безпеку праці, якщо це спричинило тяжкі наслідки [21, с. 87–106, 275; 22, с. 338]. Інший прийнятний варіант вдосконалення ст. 271 КК, який дозволить поширити її дію і на власників юридичних осіб, які згідно із законодавством про працю мають зобов'язання із забезпечення охорони праці, але не є службовими особами, – це заміна формулювання «службовою особою підприємства, установи, організації або громадянином – суб'єктом підприємницької діяльності» зворотом «особою, яка зобов'язана забезпечити їх дотримання, або особою, яка зобов'язана їх дотримуватись» [23, с. 300].

De lege lata не можуть відповідати за ст. 271 КК працівники підприємства, установи, організації, не наділені повноваженнями службових осіб. Якщо допущені такими особами порушення відповідних вимог спричинили загодіяння смерті або тілесних ушкоджень, вчинене має розцінюватись як кримінальне правопорушення проти життя чи здоров'я особи. Правильність такого тлумачення положень чинного кримінального закону підтвердив ККС ВС під час розгляду справи відносно майстра виробничого навчання професійного художнього училища Особи-1. Встановлено, що Особа-1 на підставі наказу директора училища був відповідальним за проведення виробничої практики з учнями, однак у порушення нормативних приписів самовільно приніс на об'єкт виробничої практики власну паяльну лампу і допустив студента Особу-2 до проведення ремонтних робіт з її використанням без передбачених засобів індивідуального захисту, відповідного інструктажу з охорони праці та безпеки життєдіяльності. Під час виробничої практики паяльна лампа загорілась та вибухнула, внаслідок чого Особі-2 було загодіяно тяжкі тілесні ушкодження. Незважаючи на те, що судом першої інстанції Особа-1 був визнаний винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 271 КК, апеляційний суд, а услід за ним і ККС ВС вирішили, що виконання рядовим працівником функціональних обов'язків з охорони праці, яке потягло суспільно небезпечні наслідки, виключає відповідальність за ст. 271 КК; натомість вчинене має отримувати кримінально-правову оцінку з посиланням на ст. 128 або ст. 119 КК. При цьому ККС ВС наголосив на тому, що покладені на Особу-1 обов'язки, виходячи із завдань навчального процесу, носили функціональний характер, супроводжували проходження студентами виробничої практики, проте не наділяли Особу-1 організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими функціями, притаманними службовій особі відповідно до припису ст. 364 КК [24].

До кримінальної відповідальності за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 271 КК, можуть бути притягнуті лише ті службові особи, на яких законом або на підставі наказу, службової інструкції, спеціального розпорядження безпосередньо покладений 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 спричинили шкоду життю або здоров'ю особи, іншими службовими особами, останні (з урахуванням обставин справи) можуть нести відповідальність за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності.

Наприклад, 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. Районний суд виправдав Б. за ч. 2 ст. 271 КК через відсутність в її поведінці складу злочину, пославшись на те, що Б. нібито не є суб'єктом розглядуваного злочину: на неї не покладались обов'язки із дотримання вимог законодавства про охорону праці або контролю за їх виконанням. Автори узагальнення судової практики справедливо вказують на сумнівність такого рішення суду [25, с. 28–29].

Особа-1, будучи службовою особою, яка несе спеціальні обов'язки з охорони праці, і достовірно знаючи про те, що в обов'язки Особи-2 не входило виконання робіт із зчіплювання трак-

тора з причепом, він не проходив навчання, необхідні інструктажі та перевірку знань з охорони праці, залучив Особу-2 до виконання робіт із зчіплювання. Під час виконання вказаних робіт Особа-2 отримав тілесні ушкодження, від яких помер. Діяння Особи-1 правильно кваліфіковане за ч. 2 ст. 271 КК [26].

З огляду на те, що кримінальне правопорушення, передбачене ст. 271 КК, за умови вчинення його службовою особою підприємства, установи, організації фактично є різновидом службової недбалості, у випадках, коли зазначена службова особа через несумлінне ставлення до виконання своїх службових обов'язків допустила порушення вимог законодавства про охорону праці, які заподіяли шкоду здоров'ю потерпілого, загибель людей або інші тяжкі наслідки, її діяння залежно від тяжкості спричинених наслідків кваліфікується за відповідною частиною ст. 271 КК і додаткової кваліфікації за ст. 367 КК не потребує. Однак якщо внаслідок порушення службової особи заподіяно наслідки, вказані у ч. 1 або ч. 2 ст. 271 КК, й одночасно істотну шкоду або тяжкі наслідки майнового характеру (ч. 3 примітки ст. 365 КК), вчинене має додатково кваліфікуватись за ст. 367 КК (ідеальна сукупність кримінальних правопорушень).

Суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ст. 272 КК, є спеціальним: ним є 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. Наприклад, 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, в його поведінці вбачаються ознаки кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 272 КК [25, с. 26].

Із суб'єктивної сторони всі кримінальні правопорушення проти безпеки виробництва, криміналізовані тільки у зв'язку з настанням певних суспільно небезпечних наслідків, характеризуються необережною виною у вигляді кримінально протиправної недбалості чи самовпевненості. Розглядувані делікти немає підстав вважати кримінальними правопорушеннями з так званою змішаною (подвійною, складною) формою вини. Переконливі аргументи на користь цієї точки зору наведені, зокрема, О.О. Бахуринською [27, с. 323–326].

З легальних визначень умислу (ст. 24 КК) і необережності (ст. 25 КК) однозначно випливає, що належність кримінальних правопорушень до умисних або необережних визначається психічним ставленням особи саме і тільки 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 кримінальних правопорушень (зокрема, проти безпеки виробництва) може враховуватись при призначенні покарання. Відтак, характеризуючи суб'єктивну сторону необережних кримінальних правопорушень, точніше (коректніше) вести мову про свідоме, а не про умисне порушення особою певних правил безпеки.

В юридичній літературі, однак, зустрічаються і дещо відмінні від викладеного підходи. Так, можна прочитати, що при умисному порушенні спеціальних правил безпеки психічне ставлення особи до такого суспільно небезпечного наслідку, як створення реальної загрози загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків, може характеризуватись непрямим умислом або злочинною самовпевненістю (в останньому випадку йдеться про складну форму вини). До таких наслідків, як заподіяння шкоди здоров'ю потерпілого і спричинення загибелі людей чи інших тяжких наслідків, можливим є лише необережне ставлення винуватої особи. У разі недбалого ставлення до суспільно небезпечних наслідків, передбачених диспозиціями ст. ст. 272–275 КК, суб'єктивна сторона цих кримінальних правопорушень характеризується не складною формою вини, а необережністю у виді кримінально протиправної недбалості [28, с. 121–127].

У судовій практиці панівний підхід, відповідно до якого кримінальні правопорушення проти безпеки виробництва визнаються саме і тільки необережними деліктами, сумніву не піддається. Так, за ч. 2 ст. 272 КК засуджено Особу-1, яка, обіймаючи посаду головного інженера ПП «Білозерська ремонтно-експлуатаційна служба «Промінь», видала наряд на ведення робіт з підвищеною небезпекою з формування обрізки дерев з кошика автомобільного гідравлічного під-

йомника на висоті 6 метрів працівнику Особи-2, який не пройшов навчання та перевірку знань з відповідних питань охорони праці, без медичного огляду та професійного добору, без проекту ведення робіт, і не забезпечила при виконанні вказаних робіт відповідальну особу (керівника робіт). Унаслідок допущених Особою-1 порушень вимог законодавства про охорону праці Особа-2, виконуючи роботи на висоті з формувальної обрізки дерев, отримав тяжкі тілесні ушкодження, від яких помер. Реагуючи на твердження Особи-1 у касаційній скарзі про те, що «у вирокі вказано про умисність її дій, хоча кримінальне правопорушення, передбачене ст. 272 КК України, відноситься до неумисних злочинів», і підтверджуючи правильність кваліфікації вчиненого засудженою за ч. 2 ст. 272 КК, ККС ВС наголосив на тому, що суб'єктивна сторона кримінального правопорушення, передбаченого ст. 272 КК, загалом характеризується необережною формою вини. При цьому саме порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою може бути умисним або необережним; ставлення ж винного до настання наслідків – лише необережне [29].

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про те, що труднощі кваліфікації кримінальних правопорушень проти безпеки виробництва у судовій практиці в основному пов'язані з розмежуванням складів суміжних посягань і встановленням змісту оцінних ознак. При кваліфікації вказаних кримінальних правопорушень слід зважати і на традиційно-бланкетний спосіб конструювання диспозицій статей, зосереджених у розділі X Особливої частини КК. Причому, якщо використати підхід О.В. Ус, тут ми маємо справу з конструкційною бланкетністю, закладеною у формулу складу кримінального правопорушення з урахуванням наявності в одній чи декількох ознаках елементів його складу міжгалузевого змісту, що виявляється в усіх випадках вчинення кримінального правопорушення певного виду [30, с. 255].

За результатами здійсненого аналізу судової практики ми також вчергове переконались у тому, що для вирішення конкретних кримінально-правових проблем потрібні чіткі нормативні і правозастосовні орієнтири, засновані на наукових здобутках. Загалом позитивну роль правозастосовного орієнтиру у досліджуваній категорії кримінальних проваджень значною мірою продовжує виконувати ППВСУ від 12.06.2009 № 7. При цьому, незважаючи на передбачену ст. 46 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» можливість надання Пленумом ВС за результатами узагальнення судової практики роз'яснень рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства, ВС наразі задля забезпечення однаковості судової практики (зокрема, в частині застосування статей КК про відповідальність за кримінальні правопорушення проти безпеки виробництва) використовує інші, так би мовити, процесуальні інструменти. Видається, однак, що настав час для підготовки сучасного аналога ППВСУ від 12.06.2009 № 7. Оскільки подібне тлумачення кримінального закону є унікальним явищем у вітчизняній правовій культурі, подальші наукові розвідки є сенс присвятити з'ясуванню переваг і недоліків такого варіанту судової побудови кримінально-правових норм.

1. Вешняков Д.Ю. Комментарий судебной практики по делам о нарушениях правил охраны труда. *Российский ежегодник уголовного права*. 2016. № 6 / под ред. д-ра юрид. наук, профессора А.И. Бойцова. Санкт-Петербург: Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2013. С. 566–582.
2. Вирок Охтирського міськрайонного суду Сумської області від 30 вересня 2019 р. Справа № 583/3688/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84607561> (дата звернення: 20.02.2022).
3. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 26 травня 2021 р. Справа № 208/2458/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97286250> (дата звернення: 20.02.2022).
4. Вирок Дніпровського районного суду м. Києва від 28 лютого 2012 р. Справа № 2604/3574/2012. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/27300171> (дата звернення: 20.02.2022).
5. Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 27 січня 2014 р. Справа № 759/20948/13-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/36828555> (дата звернення: 20.02.2022).
6. 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 / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. 2013. 1040 с.
7. Вирок Городецького районного суду Львівської області від 23 квітня 2019 р. Справа № 441/686/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81386721> (дата звернення: 20.02.2022).

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

8. Вирок Київського районного суду м. Харкова. Справа № 953/10768/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93729861> (дата звернення: 20.02.2022).
9. Вирок Орджонікідзевського районного суду м. Маріуполя Донецької області від 21 серпня 2020 р. Справа № 265/1717/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91103217> (дата звернення: 20.02.2022).
10. Вирок Сокальського районного суду Львівської області від 28 жовтня 2019 р. Справа № 454/740/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85530672> (дата звернення: 20.02.2022).
11. Вирок Чортківського районного суду Тернопільської області від 24 квітня 2019 р. Справа № 608/313/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81388332> (дата звернення: 20.02.2022).
12. Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Кримінально-правове поняття «інші тяжкі наслідки»: проблеми тлумачення та вдосконалення законодавства. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2015. № 1. С. 162–170.
13. Вирок Франківського районного суду м. Львова від 15 травня 2013 р. Справа № 1326/375/2012. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/31445684> (дата звернення: 20.02.2022).
14. Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 27 травня 2019 р. Справа № 243/4624/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82021579> (дата звернення: 20.02.2022).
15. Таран О.В. Розслідування злочинів, пов'язаних з порушенням вимог законодавства про охорону праці: монографія. Київ: «ДІА», 2012. 352 с.
16. Судова практика Верховного Суду України у кримінальних справах за 2008–2009 роки / за ред. П.П. Пилипчука. Київ: Істина, 2011. 736 с.
17. Навроцький В.О. З професорської шухляди. Івано-Франківськ: Фоліант, 2016. 705 с.
18. Рішення Європейського суду з прав людини. Захист життя, здоров'я, честі та гідності. *Бюлетень законодавства і юридичної практики України*. 2018. № 11. 291 с.
19. Вирок Шосткинського міськрайонного суду Сумської області від 31 жовтня 2019 р. Справа № 589/2487/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85364292> (дата звернення: 20.02.2022).
20. Вирок Артемівського міськрайонного суду Донецької області від 16 вересня 2020 р. Справа № 219/7804/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91604647> (дата звернення: 20.02.2022).
21. Лановенко І.П., Чангули Г.І. Уголовно-правовая охрана трудовых прав граждан / отв. ред. И.П. Лановенко. Киев: Наук. думка, 1989. 280 с.
22. Мисливий В.А. Злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту: монографія. Дніпропетровськ: Юрид. акад. Мін-ва внутр. справ, 2004. 380 с.
23. Куцевич М.П. Проблеми захисту трудових прав працівника засобами кримінального права: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2018. 445 с.
24. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 15 березня 2018 р. Справа № 727/922/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72909503> (дата звернення: 20.02.2022).
25. Практика розгляду судами кримінальних справ про злочини, пов'язані з порушенням вимог законодавства про охорону праці. *Вісник Верховного Суду України*. 2007. № 6. С. 23–29.
26. Вирок Шосткинського міськрайонного суду Сумської області від 8 грудня 2020 р. Справа № 579/431/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93425986> (дата звернення: 20.02.2022).
27. Бахуринська О. О. Вплив концепції «змішаної» форми вини на зміст вини у кримінальному правопорушенні, передбаченому ст. 271 КК України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 12. С. 323–326.
28. Шамсутдінов О.В. Особливості суб'єктивної сторони в кримінальних правопорушеннях зі складною об'єктивною стороною (статті 272–275, 326 КК України). *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2021. Вип. 3. С. 121–127.
29. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 7 лютого 2019 р. Справа № 227/873/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80017546> (дата звернення: 20.02.2022).
30. Ус О.В. Кваліфікація в кримінальному праві України: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2020. 485 с.

Кримінальна відповідальність за незаконне заволодіння транспортним засобом: аналіз законодавчих новел³⁶

У вітчизняній юридичній літературі проблематика кримінально-правової характеристики незаконного заволодіння транспортним засобом належить до числа активно досліджуваних. Звертались до неї й автори цих рядків [1; 2; 3; 4, с. 12–103], висвітлюючи з-поміж іншого спірні питання кваліфікації незаконного заволодіння транспортним засобом, оцінюючи доктринальні пропозиції щодо вдосконалення кримінально-правової заборони, присвяченої вказаному злочину, і висуваючи власні рекомендації щодо поліпшення ст. 289 Кримінального кодексу України (далі – КК) і практики її застосування. Водночас (наскільки нам відомо) положення Закону України від 3 вересня 2020 р. «Про внесення змін до статті 289 Кримінального кодексу України щодо протидії незаконному заволодінню транспортним засобом» (далі – Закон від 3 вересня 2020 р.), попри їхню серйозність і, навіть на перший погляд, неоднозначність, ще не піддавались фаховому обговоренню (поверхова публіцистика на кшталт статті С.В. Свириденка [5] до уваги не береться), через що ми вирішили заповнити цю прогалину у наукових дослідженнях.

Мету ухвалення Закону від 3 вересня 2020 р. його автори визначили як удосконалення законодавства у сфері протидії незаконному заволодінню транспортними засобами, яке мало бути забезпечено у т. ч. за рахунок диференціації кримінальної відповідальності залежно від вартості таких засобів. Для досягнення цієї мети у відповідному законопроекті (проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення законодавства у сфері протидії незаконному заволодінню транспортним засобом» (реєстр. № 3301 від 3 квітня 2020 р.) (далі – законопроект від 3 квітня 2020 р.) пропонувався: вжити у частинах 2 і 3 попередньої редакції ст. 289 КК звороти «завдали значної матеріальної шкоди» та «завдали великої матеріальної шкоди» замінити словосполученнями «вчинені у значних розмірах» та «вчинені у великих розмірах»; внести такі, що впливають із цього, зміни до примітки ст. 289 КК.

Однак у процесі обговорення згаданого законопроекту члени Комітету Верховної Ради України з питань правоохоронної діяльності вирішили, що тільки зазначені законодавчі зміни не забезпечать істотного підвищення рівня ефективності механізму кримінально-правової протидії випадкам незаконного заволодіння транспортними засобами. Як наслідок, для остаточного голосування народним депутатам України був наданий доопрацьований (порівняно зі своїм попередником) законопроект – проект Закону України «Про внесення змін до статті 289 Кримінального кодексу України щодо протидії незаконному заволодінню транспортним засобом» (реєстр. № 3301 від 25 серпня 2020 р.) (далі – законопроект від 25 серпня 2020 р.), ухвалення якого як Закону від 3 вересня 2020 р. призвело до внесення й інших істотних змін до ст. 289 КК.

З огляду на сказане, метою нашої статті є з'ясування обґрунтованості змін, яких ст. 289 КК зазнала на підставі Закону від 3 вересня 2020 р., спроба спрогнозувати вплив цих законодавчих новел на правозастосування і визначити перспективи розвитку кримінального закону у відповідній царині.

Передусім зазначимо, що до прийняття вказаного Закону ст. 289 КК вже тричі змінювалась відповідно до законів України – від 22 вересня 2005 р. «Про внесення змін до статті 289 Кримінального кодексу України» (далі – Закон від 22 вересня 2005 р.), від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності», від 22 листопада 2018 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень». Причому якщо до змін, внесених до ст. 289 КК у минулому році, простежувалось еволюційне пом'якшення кримінальної відповідальності за передбачене цією статтею посягання, то наразі вітчизняний законодавець (можливо, беручи до уваги досвід деяких

³⁶ Стаття написана у співавторстві з В.В. Ємельяненко і Р.О. Мовчаном та опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. 2021. № 1. С. 277–286.

пострадянських країн, наприклад, Узбекистану) пов'язує ефективність протидії випадкам незаконного заволодіння транспортними засобами із посиленням кримінально-правової репресії.

Зміни щодо кваліфікуючих ознак незаконного заволодіння транспортним засобом. Насамперед проаналізуємо **зміни, пов'язані з диференціацією кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 289 КК, залежно від вартості протиправно вилученого транспортного засобу.** Відповідно до уточненої ст. 289 КК кваліфікуючою ознакою передбаченого нею злочину (ч. 2) визнається те, що предметом незаконного заволодіння є транспортний засіб, вартість якого становить від 100 до 250 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ), а особливо кваліфікуючою ознакою (ч. 3) – якщо вартість транспортного засобу у 250 і більше разів перевищує НМДГ.

Можна сказати, що у цьому випадку законодавець певною мірою дослухався (інше питання, чи доречно) до практичних працівників правоохоронних органів. Так, позиція співробітників Національної поліції полягала в тому, що кваліфікація розглядуваного злочину не повинна залежати від повернення (тим більше, що воно може відбутись і без участі правопорушника) чи неповернення транспортного засобу, а так само від відшкодування завданої шкоди. Та обставина, що під час досудового розслідування транспортний засіб був повернутий потерпілому винною особою або поліцейськими, жодним чином не впливає на суспільну небезпеку незаконного заволодіння транспортним засобом [6, с. 172–173, 174].

У Пояснювальній записці до законопроекту від 3 квітня 2020 р. наводились співзвучні міркування про те, що відсутність реальних збитків у разі повернення потерпілому транспортного засобу дає змогу правопорушнику unikнути більш суворого виду кримінальної відповідальності, змушуючи слідчого перекваліфіковувати злочинні дії з ч. 2 або ч. 3 ст. 289 КК на ч. 1 цієї статті. Такий підхід (тобто неврахування вартості транспортного засобу, яким незаконно заволоділи), вважали розробники законопроекту від 3 квітня 2020 р., не відповідав ані суспільній небезпеці вчиненого посягання, ані наявному підходу до кримінальної відповідальності за інші злочини, кваліфікуючою ознакою яких є вчинення злочину у певному розмірі (наприклад, крадіжка, грабїж, розбій). Тим самим робився натяк на доцільність забезпечити уніфікований підхід до кримінально-правової оцінки корисливих посягань на різні різновиди майна.

Цікаво, що остаточний спосіб відбиття у нормативному матеріалі розглядуваної законодавчої ініціативи відрізняється від того, який передбачався законопроектом від 3 квітня 2020 р. Тут доречно нагадати і те, що спроби у подібний спосіб «поліпшити» ст. 289 КК робились і раніше.

Так, у проєкті Закону України «Про внесення змін до статті 289 Кримінального кодексу України щодо невідворотності покарання за незаконне заволодіння транспортним засобом» (реєстр. № 10013 від 7 лютого 2019 р.) (далі – законопроект від 7 лютого 2019 р.) пропонувалось із п. 3 примітки ст. 289 КК виключити слово «реальних». Проте фахівці Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України (далі – ГНЕУ Апарату ВРУ) не підтримали цю законодавчу ініціативу, вирішивши, що такий крок призведе до того, що суб'єктом правозастосування під час кваліфікації відповідних діянь до складу матеріальної шкоди на підставі ч. 2 ст. 22 Цивільного кодексу України включатиметься й упущена вигода (наприклад, потенційний прибуток таксиста, в якого вкрали транспортний засіб, якщо перевезення людей на цьому засобі було основним джерелом його існування). Така зміна розуміння поняття «велика матеріальна шкода», стверджували парламентські експерти, буде неправильною, адже йдеться про кваліфікацію злочину і, відповідно, розмір покарання, яке має бути призначене особі, винній у незаконному заволодінні транспортним засобом, а не про компенсацію для потерпілого [7]. Один з авторів цих рядків, оцінюючи згадану законодавчу ініціативу, писав, що якщо вже втілювати її в тексті КК, то виключення з п. 3 примітки ст. 289 КК слів «реальних» (саме слів, а не слова «реальних», бо воно використовувалось у цій нормі двічі – стосовно як значної, так і великої матеріальної шкоди) слід поєднати із включенням у примітку ст. 289 КК положення про визначення матеріальної шкоди, заподіяної незаконним заволодінням транспортним засобом, ринковою вартістю цього засобу на момент вчинення злочину [4, с. 62].

Наступною (вже результативною) спробою відбиття у законодавчій матеріалі зазначеної ідеї став варіант, запропонований розробниками законопроекту від 3 квітня 2020 р. Щоправда, і цей законопроект зазнав критики з боку співробітників ГНЕУ Апарату ВРУ, які наголосили на тому, що

при вчиненні незаконного заволодіння транспортним засобом останньому не завжди заподіюється шкода (наприклад, винна особа незаконно заволоділа транспортним засобом лише для того, щоб доїхати до певного місця, і транспортний засіб не зазнав жодних пошкоджень), а тому втілена в чинній (на той момент) редакції ст. 289 КК позиція (щодо розрахунку завданої матеріальної шкоди з «прив'язкою» її до реальних збитків) є слушною.

Такий законодавчий підхід, стверджували парламентські експерти, забезпечує захист інтересів потерпілої особи, а також стимулює винну особу до повернення транспортного засобу. Якщо ж при визначенні розміру шкоди, завданої незаконним заволодінням транспортним засобом, враховуватиметься фактична вартість транспортного засобу, що і пропонує законопроект, то це провокуватиме винного до подальшого обернення відповідного транспортного засобу на свою користь або на користь інших осіб [8]. Із приводу наведених аргументів хотілось б зауважити, що стимулювати порушника кримінально-правової заборони до повернення транспортного засобу покликана не стільки диспозиція тієї чи іншої частини ст. 289 КК, скільки розміщена в її ч. 4 охочувальна норма (про її зміни йтиметься нижче).

До набрання чинності Законом від 3 вересня 2020 р. при незаконному заволодінні транспортним засобом, яке завдало значної або великої матеріальної шкоди, розмір такої шкоди визначався реальними збитками, а вирішення питання щодо визначення розміру реальних збитків із погляду інкримінування ч. 2 або ч. 3 ст. 289 КК залежало від мети незаконного заволодіння транспортним засобом. Якщо злочин вчинявся з метою обернення транспортного засобу на користь винного або інших осіб, то розмір вказаних збитків складав вартість відповідного транспортного засобу. Такий саме висновок слід було робити у випадку, коли: а) особа знищила транспортний засіб, яким незаконно заволоділа, чи призвела його до такого стану, що він повністю втратив свою цінність, і його вже не можна було використати за прямим призначенням; б) транспортний засіб після незаконного заволодіння не був знайдений. Якщо ж винний незаконно заволодів транспортним засобом із метою покататись, доїхати до певного місця, перевезти вантаж, вчинити інший злочин з використанням цього транспортного засобу тощо, то розмір збитків визначався, виходячи із суми, на яку зменшилась реальна вартість транспортного засобу, з урахуванням витрат, які особа зробила або мусила зробити для відновлення такого стану транспортного засобу, який той мав до незаконного заволодіння ним. До реальних збитків із погляду інкримінування ч. 2 або ч. 3 ст. 289 КК включались і деякі інші витрати (наприклад, на пошук транспортного засобу, пально-мастильних матеріалів).

Констатуємо, що внаслідок ухвалення Закону від 3 вересня 2020 р. відбулось певне зближення змісту ст. 289 КК зі змістом норм про кримінальні правопорушення (далі – к. пр.) проти власності, згідно з якими диференціація кримінальної відповідальності пов'язується, зокрема, з вартістю майна. Через таке «зближення» (а воно, треба так розуміти, входило у плани розробників аналізованого Закону, бо, крім наведених вище висловлювань, у Пояснювальній записці до законопроекту від 3 квітня 2020 р. йшлося про сприяння «ефективному захисту прав власників транспортних засобів» і «більш дієвий захист відповідних майнових прав громадян») постає низка питань.

По-перше, досліджувані законодавчі зміни не могли не призвести до актуалізації за давнього питання про правильність розміщення заборони, присвяченої незаконному заволодінню транспортним засобом, у розділі XI Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту». З цього приводу парламентські експерти зауважили, що якщо «відповідний транспортний засіб є лише одним із різновидів майна, то склад злочину, передбачений ст. 289 КК, варто віднести до злочинів проти власності» [8]. Питання про оптимальність місцезнаходження аналізованої заборони у системі Особливої частини КК вже висвітлювалось нами [1, с. 22–35; 4, с. 12–19]. Прагнучи ж системно поглянути на зазначену проблему, хотілося б поцікавитись у парламентаріїв:

1) чому таємне викрадення транспортного засобу, вартість якого становить від 100 до 250 НМДГ, карається позбавленням волі на строк від 5 до 8 років, а крадіжка будь-якого іншого майна такої ж вартості, яке є предметом к. пр., передбаченого ч. 3 ст. 185 КК, – позбавленням волі на строк від 3 до 6 років?;

2) чому у статтях 185 та 186 КК відповідальність за крадіжку та «ненасильницький» грабіж диференційовано у той час, як у ст. 289 КК її (відповідальність) уніфіковано?;

3) чому, незважаючи на те, що попереднє вчинення злочину, караного ст. 289 КК, не враховується при оцінці передбаченої статтями 185, 186, 187, 189–191 КК повторності, попереднє вчинення цих деліктів проти власності утворює повторність як кваліфікуючу ознаку незаконного заволодіння транспортним засобом? До речі, свого часу один із нас обґрунтовував *de lege ferenda* положення про те, що вчинення незаконного заволодіння транспортним засобом перед яким-небудь зі злочинів, передбачених статтями 185–187, 189–191 КК, має враховуватись для кваліфікації останніх як повторних [1, с. 8–9, 148].

Перелік подібних питань, звісно, можна продовжувати.

По-друге, якщо законодавець не змінив свого ставлення до специфічності предмета злочину, передбаченого ст. 289 КК, яка, з-поміж іншого, свого часу спонукала до виокремлення цієї кримінально-правової заборони, то чому така особливість не була належним чином врахована при побудові кваліфікуючих ознак незаконного заволодіння транспортним засобом? На цьому питанні зупинимось докладніше.

Теорією кримінального права, як відомо, розроблені вимоги до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності. Двома із трьох основних цих вимог (про третю мова піде нижче) виступають такі взаємопов'язані обставини, як, з одного боку, фактична або вірогідна поширеність на практиці відповідного більш небезпечного варіанту злочинної поведінки, а, з іншого, – нехарактерність цього більш небезпечного варіанту поведінки [9, с. 19–21]. В останньому випадку йдеться про те, що ознака, якій надається властивість кваліфікуючої, не повинна бути нормою для більшості злочинів (наразі к. пр.).

Вимушені відзначити, що законодавець, конструюючи кваліфіковані різновиди незаконного заволодіння транспортним засобом, порушив згадану доктринальну настанову ще у момент ухвалення КК 2001 р. Протягом перших років його чинності НМДГ становив 17 грн. Це призводило до того, що на практиці незаконне заволодіння майже будь-яким автомобілем, зокрема у формі його тимчасового запозичення (використання), кваліфікувалось за ч. 3 ст. 289 КК за такою кваліфікуючою ознакою, як вчинення злочину «щодо транспортного засобу, вартість якого у двісті п'ятдесят разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян» (17 x 250 = 4250 грн). Частково через цю обставину на підставі Закону від 22 вересня 2005 р. кваліфікуючі ознаки незаконного заволодіння транспортним засобом зазнали змін, а саме: із ч. 3 ст. 289 КК було виключено ознаку «щодо транспортного засобу, вартість якого у двісті п'ятдесят разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян»; у частинах 2 і 3 ст. 289 КК з'явилися звороти «завдали значної матеріальної шкоди» та «завдали великої матеріальної шкоди», відповідно; примітку цієї статті доповнено пунктом третім, де роз'яснювались вказані поняття.

А що ж тепер? Вище вже відмічалось, що у ч. 2 чинної редакції ст. 289 КК передбачено відповідальність за незаконне заволодіння транспортним засобом, вартість якого становить від 100 до 250 НМДГ, що в гривневому еквіваленті (станом на 2021 р.) дорівнює сумі від 113 500 грн до 283 750 грн (приблизно від \$4000 до \$10 000); відповідно, у ч. 3 цієї статті КК – за незаконне заволодіння транспортним засобом, вартість якого перевищує 283 750 грн. (від \$10 000 і вище). Тобто відбулося (частково) повернення до первісної системи кваліфікуючих ознак, пов'язаних із наслідками аналізованого злочину, від якої вдалося відійти у 2005 р.

При цьому аналіз результатів роботи підрозділів Національної поліції щодо реєстрації фактів незаконних заволодінь транспортними засобами, наприклад, за 11 місяців 2019 р. свідчить про те, що серед транспортних засобів, які частіше за всіх викрадалися, були: 1) мототранспорт – 1957 одиниць (39 %); 2) автомобілі іноземного виробництва (у т. ч. преміум-класу) – 1856 одиниць (37 %); 3) автомобілі вітчизняного виробництва – 1090 одиниць (21 %). Кількість незаконних заволодінь вантажними автомобілями в загальній масі транспортних засобів, що викрадалися, була незначною, склавши 155 одиниць (3 %) [4, с. 106]. Стосовно ж марок автомобілів, які найчастіше стають предметом незаконного заволодіння, то, за інформацією О.Л. Христова, ними є: «Daewoo», «Toyota», «Volkswagen», «BMW», «Audi», «Skoda», «Lexus», «Mercedes» «BA3» [10, с. 31]. За ще ж більш конкретизованими даними інших дослідників, у 2017 р. із 6011 незаконних

заволодінь транспортними засобами: 1542 склали автомобілі виробництва України та РФ («Zaz-Daewoo» та «ВАЗ»); 1340 – автомобілі виробництва Японії та Німеччини (380 одиниць «Toyota», 206 – «Mercedes», 158 – «Lexus»; 147 – «Honda»; 124 – «BMW», 80 – «Mitsubishi», 64 – «Audi»), а також «Range Rover» – 76, «Acura» – 22, «Chevrolet» – 84 тощо; 2243 одиниць мототранспорту та 269 – вантажних автомобілів, тракторів та інших транспортних засобів. За вказаний період було викрадено 750 автомобілів преміум-класу [11, с. 57], що загалом корелюється з відомостями, які містяться в інших джерелах [12, с. 321–329; 13; 14].

Оскільки нам не вдалось віднайти точної інформації про середню вартість викрадених транспортних засобів, ми вирішили піти іншим шляхом і проаналізували середню ринкову вартість згаданих вище транспортних засобів, які найчастіше потрапляють у поле зору зловмисників. Шляхом звернення до спеціалізованих сайтів було з'ясовано, що така вартість складає (далі наводяться округлені суми): «ВАЗ» – 59 тис. грн; «Daewoo» – 94 тис. грн; «Chevrolet» – 174 тис. грн; «Mitsubishi» – 244 тис. грн; «Volkswagen» – 250 тис. грн; «Honda» – 255 тис. грн; «Audi» – 306 тис. грн; «Mercedes» – 319 тис. грн; «BMW» – 354 тис. грн; «Toyota» – 376 тис. грн; «Acura» – 468 тис. грн; «Lexus» – 610 тис. грн; «Range Rover» – 864 тис. грн. Вважаємо за доречне також навести інформацію про те, що середня вартість імпортованого у 2020 р. автомобіля становила 546 тис. грн, а середня вартість вживаної іномарки зросла до 135 тис. грн [15].

Зіставивши наведену інформацію про вартісні показники предмета злочину, передбаченого ст. 289 КК, з одного боку, і середню вартість автомобілів тих марок, які найчастіше викрадаються в Україні (як і середню вартість вживаної іномарки), з іншого, з великою вірогідністю можна припустити, що у передбачений ч. 1 ст. 289 КК діапазон (до 113 500 грн) потраплятиме лише значний відсоток мототранспорту та автомобілів марки «ВАЗ», приблизно 50 % автомобілів марки «Daewoo», а також незначна кількість «Chevrolet». Це, своєю чергою, наводить на думку про те, що лише за «вартісною» ознакою за ч. 2 (ч. 3) ст. 289 КК кваліфікуватимуться від 40 % до 60 % всіх зареєстрованих випадків незаконного заволодіння транспортним засобом, що явно не відповідає такій вимозі до конструювання кваліфікуючих ознак, як «нехарактерність».

До слова оптимальність (слухність) кількісних параметрів кваліфікуючих ознак незаконного заволодіння транспортним засобом, запроваджених Законом від 3 вересня 2020 р., взагалі залишилась поза увагою фахівців ГНЕУ Апарату ВРУ.

Звичайно, уважний читач може поставити логічне в такій ситуації питання: невже, зважаючи на природно вищу (порівняно з більшістю речей, які стають предметами «звичайних» к. пр. проти власності) вартість транспортних засобів, для диференціації кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння ними мають бути встановлені вищі вартісні показники предмета посягання, які допоможуть знизити потенційний відсоток діянь, які за цією ознакою будуть кваліфікуватись за ч. 2 (ч. 3) ст. 289 КК, до того рівня, який визнається обґрунтованим для кваліфікуючих ознак?

Очевидно, що якби незаконне заволодіння транспортним засобом кваліфікувалося б за нормами про к. пр. проти власності, то позначеної вище проблеми вдалося б уникнути. Адже, незважаючи на високу вартість транспортних засобів, випадки їхнього протиправного вилучення просто «розчинилися» б у загальному масиві облікованих к. пр. проти власності. Для прикладу проілюструємо ситуацію із «звичайною» крадіжкою і таємним викраденням транспортних засобів, провадження про які традиційно складають найбільший відсоток серед усіх, відкритих за ст. 289 КК. Так, за офіційними даними Офісу Генерального прокурора, за 11 місяців 2020 р. було відкрито 136 872 кримінальних проваджень за ст. 185 КК, а за ст. 289 КК – лише 4 315, з яких таємним способом було вчинено 2 341 злочин. Таким чином, навіть якщо уявити, що у всіх цих 2 341 випадках вартість транспортного засобу перевищувала 100 НМДГ, то їхня частка у загальному масиві проваджень за ст. 185 КК не перевищувала б 1,7 %, що відповідало б згаданій вимозі до кваліфікуючих ознак.

Позначена проблема, до слова, стосується уявлень про справедливість у кримінальному праві. Адже постає, наприклад, питання, чому таємне викрадення автомобіля марки «Audi» вартістю 306 тис. грн (середня вартість) має кваліфікуватись за ч. 3 ст. 289 КК, санкцією якої передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк від 8 до 12 років, тоді як здійснене за допомогою обману заволодіння правами на квартиру вартістю аж до 630 600 грн, яке за жодних умов не можна вважати менш суспільно небезпечним діянням, має отримувати кримінально-правову

оцінку з посиланням на ч. 3 ст. 190 КК, згідно з якою покарання у виді позбавлення волі строком на 8 років є вже не найменш, а найбільш суворим з-поміж тих, які можуть бути призначені за вчинення цього злочину.

Водночас ми чудово усвідомлюємо ту обставину, що наведені вище міркування доречні щодо тих незаконних заволодінь транспортними засобами, які є «розкраданнями» останніх. Однак незаконне заволодіння транспортним засобом є специфічним («дуалістичним») злочином, а ст. 289 КК – своєрідною комплексною нормою (показово, що навіть некваліфіковане незаконне заволодіння транспортним засобом не є кримінальним проступком, а тільки злочином). До слова такий законодавчий підхід зарубіжними дослідниками розцінюється суперечливо. Якщо одні з них характеризують його як цікавий матеріал для запозичення, то інші, навпаки, вважають, що труднощі зі встановленням і доказуванням суб'єктивних ознак вчиненого посягання на чужий транспортний засіб не повинні долатись шляхом штучного стирання меж між двома вказаними самостійними видами злочинної поведінки [16, с. 209; 17, с. 343–344, 346].

Нагадаємо, що ст. 215-3 КК 1960 р. (до набрання чинності Законом України від 21 вересня 2000 р. «Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального кодексів України і Кодексу України про адміністративні правопорушення у зв'язку з посиленням відповідальності за незаконне заволодіння транспортними засобами») визнавала злочином угон автомобілів всіх видів, мотоциклів, тракторів або інших самохідних машин без мети їх крадіжки. Фактично повернутись до такого стану речей пропонує Л.М. Демидова, висловлюючись за доповнення ч. 1 ст. 289 КК після слів «транспортним засобом» зворотом «без корисливого мотиву» [18, с. 599]. Так само розмірковує П.В. Олійник, на погляд якого за наявності умислу на тимчасове вилучення транспортного засобу шкода завдається, перш за все, відносинам у сфері безпеки руху й експлуатації транспорту; відносини ж власності в такому випадку є лише додатковим об'єктом. При протиправному заволодінні транспортним засобом із корисливою метою шкода безпосередньо заподіюється відносинам власності. Тому пропонується виключити з диспозиції ст. 289 КК вказівку на будь-яку мету заволодіння, встановивши в ній відповідальність за незаконне заволодіння транспортним засобом без мети викрадення [19, с. 175–176, 189, 192].

Ми не поділяємо викладені пропозиції *de lege ferenda*. Одним з авторів цих рядків свого часу вже було доведено, що рішення законодавця передбачити в ст. 289 КК відповідальність за незаконне заволодіння транспортним засобом незалежно від мети злочину має низку переваг [1, с. 91–92]. Прагматичний підхід вітчизняного законодавця завдяки поєднанню в одному складі злочину (ст. 289 КК) ознак «розкрадання» (незаконного вилучення та оборнення чужого транспортного засобу на користь винного або інших осіб) і не поєданого з корисливою метою «угону» транспортного засобу, як би ми до цього не ставились, у позитивному сенсі «спрощує життя» правозастосувачів. Стандартне посилання автомобільних злодіїв, затриманих із вилученим у власника (правомірного володільця) транспортним засобом, на те, що вони мали намір «покататись», «доїхати до місця призначення» тощо, за чинної редакції ст. 289 КК значною мірою позбавлене сенсу.

З іншого боку, якщо посягання, каране за цією статтею КК, справді вчинено з метою покататись, доїхати до певного місця, перевезти вантаж, вчинити інше к. пр. із використанням цього транспортного засобу тощо (тобто має місце тимчасове запозичення (використання) як різновид незаконного заволодіння транспортним засобом), то вартість останнього істотно не впливає на суспільну небезпеку скоєного. Відтак у цьому разі принципово неправильно пов'язувати відповідальність за незаконне заволодіння транспортним засобом з його вартістю. Розробники Закону від 3 вересня 2020 р. безпідставно сплутали вартість предмета к. пр. зі шкодою, ним заподіяною. При скоєнні крадіжки, грабежу, розбою, інших корисливих к. пр. проти власності винний ставить себе на місце власника, де-факто стає власником чужого майна, обертаючи його на свою чи інших осіб користь. Тому вартість предметів «розкрадань» є тотожною поняттю реальних збитків, які і фігурували у ст. 289 КК до внесення в неї змін на підставі Закону від 3 вересня 2020 р., дозволяючи забезпечувати належне кримінально-правове реагування і на випадки «розкрадань» транспортних засобів.

Як бачимо, запровадивши зміни, пов'язані з диференціацією кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 289 КК, залежно від вартості протиправно вилученого транспортного

засобу, законодавець не взяв до уваги ані специфіку складу розглядуваного злочину (при тому, що від цієї специфіки він вирішив не відмовлятися), ані доктринальні вимоги до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності. Сказане схиляє до думки про доцільність повернення до попередньої системи кваліфікуючих ознак незаконного заволодіння транспортним засобом, пов'язаних із заподіянням реальних збитків. Щоправда, цьому кроку мало б передувати таке, що ґрунтується на вивченні практики застосування ст. 289 КК, з'ясування співвідношення тимчасових запозичень як різновиду незаконних заволодінь транспортними засобами, з одного боку, і «розкрадань» транспортних засобів, з іншого.

Критичні застереження щодо законопроекту від 25 серпня 2020 р. у частині диференціації кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 289 КК, у розглядуваній частині висловили і фахівці Головного юридичного управління Апарату ВРУ. На їхню думку, за такої законодавчої новації (на сьогодні вже втіленої в життя) суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 289 КК, характеризуватиметься наявністю прямого умислу, спрямованого на незаконне заволодіння транспортним засобом конкретної вартості автомобіля (невідомо якої – фактичної чи ринкової). Висловлювалась думка про те, що, з огляду на характер злочинного діяння та об'єкт кримінально-правової охорони, у разі прийняття законопроекту можуть виникнути труднощі при застосуванні цієї статті КК, пов'язані з процесом доказування вини у заволодінні транспортним засобом відповідної вартості, кваліфікацією злочинної поведінки тощо [20].

Оцінюючи наведені зауваження, відзначимо, що як попередня, так і чинна редакція ст. 289 КК дає підстави вести мову про те, що суб'єктивна сторона складу передбаченого нею злочину характеризується наявністю неконкретизованого (невизначеного) умислу, для наявності якого необхідно встановити, що: а) суб'єкт мав узагальнене уявлення (усвідомлення) про якісні та кількісні фактичні й соціальні характеристики діяння та б) наслідки суспільно небезпечного діяння не конкретизовані (не визначені) чітко в його свідомості. Відтак труднощів при застосуванні ст. 289 КК, пов'язаних із доказуванням вини у заволодінні транспортним засобом відповідної вартості, виникати не повинно, бо як на практиці, так і у кримінально-правовій доктрині усталеним є правило, відповідно до якого при неконкретизованому умислі кваліфікація відбувається за фактично заподіяними суспільно небезпечними наслідками, тобто тими наслідками, які фактично настали [21, с. 83].

Не вбачаємо ми і підстав для висунення претензії щодо незрозумілості того, яка (фактична чи ринкова) вартість у цьому разі повинна братись до уваги. Насправді для її встановлення не висувуються жодні інші додаткові (спеціальні) вимоги, крім тих, які беруться до уваги при визначенні вартості будь-якого майна як предмета к. пр. проти власності з тим лише уточненням, що у випадку з незаконним заволодінням транспортним засобом призначатись має автотоварознавча експертиза, до основних завдань якої, з-поміж іншого, якраз і належить визначення ринкової вартості транспортного засобу.

Фахівці Головного юридичного управління Апарату ВРУ зазначили і те, що пропонуване законопроектом від 25 серпня 2020 р. «прив'язування» кваліфікуючих ознак незаконного заволодіння транспортним засобом до вартості останнього, а не до реальних збитків призведе до порушення однієї із загальних засад призначення покарання, а саме передбаченого ст. 65 КК врахування ступеня тяжкості вчиненого к. пр. [20]. Висловлюючи таке зауваження, його автори явно сплутали призначення покарання, з одного боку, і пеналізацію як діяльність законодавця із встановлення покарання, з іншого.

Відповідно до Закону від 3 вересня 2020 р. **новою кваліфікуючою ознакою незаконного заволодіння транспортним засобом стало використання електронних пристроїв для втручання в роботу технічних засобів охорони.**

На нашу думку, у вдосконаленій ч. 2 ст. 289 КК (звісно, якщо виходити зі слухності аналізованого прояву диференціації кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння транспортним засобом) мало б фігурувати використання відповідного електронного пристрою.

Привернемо увагу і до того, що всі засоби охорони транспортного засобу можна умовно поділити на електронні (наприклад, GSM-сигналізація), механічні (замок на коробку передач тощо) і змішані (наприклад, електронні замки на коробку передач чи капот, які передбачають додатково

і механічний ключ). Поняттям електронного пристрою для втручання в роботу технічних засобів охорони не охоплюються такі, що використовуються зловмисниками для незаконного заволодіння транспортними засобами: 1) механічні пристрої (для зняття блокування руля, зламу замків для проникнення в салон транспортного засобу та запуску його двигуна, зварювальні апарати, автогени тощо); 2) електронні пристрої, які, однак, не призначені саме для *втручання в роботу* технічних засобів охорони (це може бути, наприклад, індикатор поля, що дозволяє виявляти встановлені у транспортному засобі непомітні для звичайних пошукових приладів-передавачів сигнали, які використовують протоколи Bluetooth і Wi-Fi, GSM-сигнал тощо).

До ухвалення Закону від 3 вересня 2020 р. одним з авторів цих рядків висувалась рекомендація щодо додаткового (за наявності підстав) інкримінування ст. 361 КК «Незаконне втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку» у відповідних випадках незаконного заволодіння транспортним засобом [4, с. 93]. Із появою у ст. 289 КК такої кваліфікуючої ознаки, як використання електронних пристроїв для втручання в роботу технічних засобів охорони, згадана рекомендація (з урахуванням правила про подолання конкуренції «частини та цілого»), вочевидь, втрачає сенс.

Окремі автори схвально оцінили аналізовану законодавчу новелу, виходячи зі стрімкого розвитку технологій і того, що значну частину незаконних заволодінь транспортними засобами скоюють організовані злочинні угруповання, для яких характерним є, зокрема, високий рівень спеціалізації та матеріально-технічного оснащення [5]. Натомість наше ставлення до виокремлення зазначеної кваліфікуючої ознаки загалом є негативним.

Вище вже зазначалось, що однією з вироблених кримінально-правовою доктриною вимог до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності є те, що це мають бути відносно розповсюджені обставини, які водночас не можуть супроводжувати більшість злочинів певного виду. З наявної інформації про розповсюдженість і питому вагу різних способів незаконного заволодіння транспортними засобами у сьогоднішній Україні [22; 23, с. 317] випливає, що закріплення такої кваліфікуючої ознаки, як використання електронних пристроїв для втручання в роботу технічних засобів охорони, узгоджується із названою доктринальною вимогою. Однак кримінально-правовою наукою висувається ще одна, не менш важлива вимога до змісту ознак, які претендують на визнання їх кваліфікуючими, – це безумовність (обов'язковість) перепаду суспільної небезпеки діяння у випадках, коли воно супроводжується відповідною кваліфікуючою ознакою. Як слушно зазначається в юридичній літературі, передбачення знарядь і засобів вчинення злочину у кваліфікованих складах злочинів свідчить про суттєві зміни рівня (різке підвищення) ступеня тяжкості (суспільної небезпеки) порівняно з ознаками основного складу злочину [14, с. 140, 150].

Навіть за всієї оцінності (суб'єктивності) поняття суспільної небезпеки для нас доволі очевидною є та обставина, що використання при незаконному заволодінні транспортним засобом електронного пристрою для втручання в роботу технічних засобів охорони не є тією ознакою, яка свідчить про значне підвищення ступеня суспільної небезпеки цього злочину порівняно з іншими проявами відповідної протиправної поведінки. Звичайно, використання певного електронного пристрою (або декількох цих пристроїв) полегшує вчинення злочину, передбаченого ст. 289 КК. Сумніваємось, однак, у тому, що таке діяння є співмірним за суспільною небезпекою, наприклад, із караним за ч. 2 ст. 289 КК незаконним заволодінням транспортним засобом, поєднаними із застосуванням насильства, або вчиненими повторно чи за попередньою змовою групою осіб.

До речі, в юридичній літературі висувається пропозиція виключити зі ст. 190 КК згадування про шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки, на тій підставі, що суспільна небезпека такого діяння визначається головним чином розміром злочинних наслідків, а використання електронно-обчислювальної техніки навряд чи може розглядатись як ознака, що фактично прирівнює просте шахрайство до кваліфікованого чи особливо кваліфікованого його різновиду [25, с. 119–121].

Тут доречно також нагадати, що законопроектом від 7 лютого 2019 р. ст. 289 КК пропонувалось доповнити подібною кваліфікуючою ознакою – із застосуванням електронного пристрою для прихованого втручання в роботу технічних засобів охорони (блокування) стаціонарних або рухомих об'єктів, з метою отримання несанкціонованого доступу до них. Фахівці ГНЕУ Апарату

ВРУ, не підтримавши наведену законодавчу ініціативу, зробили співзвучний нашим критичним міркуванням висновок про те, що незаконне заволодіння транспортним засобом, вчинене із застосуванням вказаного пристрою, за ступенем і характером суспільної небезпеки не може ставитись на один щабель із кваліфікуючими (особливо кваліфікуючими) ознаками, вже вказаними у частинах 2 і 3 ст. 289 КК.

В обґрунтування свого висновку парламентські експерти, з-поміж іншого, зазначили, що посилення кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння транспортним засобом у згаданому законопроекті пов'язується з тим, які знаряддя (пристрої) застосовує суб'єкт злочину. Якщо таким знаряддям є електронний пристрій для прихованого втручання в роботу технічних засобів охорони відповідних об'єктів, то кримінальна відповідальність, на думку авторів законопроекту, має ставати суворішою. Якщо ж незаконне заволодіння буде вчинене без використання певних знарядь (наприклад, потерпіла особа залишила транспортний засіб при працюючому двигуні із незакритими дверима) або з використанням інших, «неелектронних» знарядь (наприклад, набору універсальних відмичок, інструментів для напруги замка), то дії винної особи за відсутності інших кваліфікуючих (особливо кваліфікуючих) ознак слід кваліфікувати за ч. 1 ст. 289 КК. Однак такий поділ однотипних злочинних діянь на більш і менш суворо карані не є переконливим, оскільки теоретично злочинець, який діє з допомогою неелектронних знарядь, може заподіяти охоронюваному суспільним відносинам навіть більшої шкоди (наприклад, викрасти більше автомобілів), ніж той, який використовує електронні пристрої. Крім того, окремі транспортні засоби й досі залишаються без охоронної сигналізації та (або) інших засобів захисту проти викрадення (наприклад, GPS-трекера), а інші, хоч і обладнані заводською стандартною сигналізацією, не потребують для їхнього відключення застосування електронного пристрою (наприклад, відключення сигналізації здійснюється шляхом обривання проводу, який проходить із салону автомобіля до генератора та слугує для постійного забезпечення сигналізації током).

Наведене у пояснювальній записці до законопроекту від 7 лютого 2019 р. обґрунтування розширення переліку кваліфікуючих ознак складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 289 КК, продовжили свої критичні міркування фахівці ГНЕУ Апарату ВРУ, пов'язується з необхідністю забезпечити невідворотність кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння транспортним засобом, вчинення якого вимагає спеціальної підготовки, планування та наявності спеціального обладнання для відкриття замків. Проте спеціальної підготовки, планування та наявності спеціального обладнання для відкриття замків, вочевидь, потребує і незаконне заволодіння транспортним засобом шляхом використання, наприклад, інструменту для відкриття пінових механізмів замків, пневматичної подушки для відкривання дверей без впливу на механізм замка. Якщо ж говорити про ретельно сплановані незаконні заволодіння заздалегідь замовлених «елітних» транспортних засобів, то суб'єктами цих злочинів, як правило, є особи, які діють у складі групи осіб за попередньою змовою або організованої групи, і їхні дії вже охоплюються частинами 2 і 3 чинної редакції ст. 289 КК [7].

У черговий раз констатуємо, що вітчизняний законодавець проігнорував слушні застереження парламентських експертів.

Законом від 3 вересня 2020 р. **розширено зміст повторності як кваліфікуючої ознаки незаконного заволодіння транспортним засобом**: її наразі утворюють і карані за ст. 290 КК знищення, підробка або заміна номерів вузлів та агрегатів транспортного засобу. Такий законодавчий крок, мабуть, може бути пояснений тим, що незаконні заволодіння транспортними засобами (уточнимо – такий їхній різновид, як обернення транспортного засобу на користь винного або інших осіб) часто супроводжуються діями, які утворюють склад кримінального проступку, передбаченого ст. 290 КК. Так, у криміналістичній літературі зазначається, що злочинна діяльність із підготовки до легалізації викраденого транспортного засобу складається з декількох етапів, серед яких фігурує і зміна ідентифікаційних номерів кузова, двигуна, шасі і номерної таблички [26, с. 31]. Невипадково законопроектом від 3 квітня 2020 р. робилась спроба (добре, що безуспішна – див. висновок парламентських експертів [8]) заодно «реформувати» і ст. 290 КК.

Змінивши зміст повторності як кваліфікуючої ознаки незаконного заволодіння транспортним засобом, законодавець, як видається, формально не порушив вимогу ч. 3 ст. 32 КК, згідно з якою вчинення двох або більше к. пр., передбачених різними статтями КК, визнається повтор-

ним лише у випадках, передбачених в Особливій частині цього Кодексу. Водночас і така новела навряд чи може бути оцінена схвально. Річ у тім, що у цьому випадку ми маємо справу із невинуватою поширювальним розумінням однорідного к. пр., про повторність яких йдеться у ч. 3 ст. 32 КК і низці норм його Особливої частини (п. 13 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 152, п. 1 примітки ст. 185, ч. 2 ст. 187, п. 1 примітки ст. 224, ч. 2 ст. 307 тощо).

На підставі аналізу підходів, вироблених наукою і судовою практикою, в літературі зроблено слушний висновок про близькість безпосередніх об'єктів як основну ознаку, яка визначає однорідність злочинів (наразі к. пр.). Істотне значення має також схожість інших елементів складів злочинів, зокрема способу вчинення, форми вини, мотивів і суб'єкта [27, с. 39–45]. Відповідно, знищення, підробку або заміну номерів вузлів та агрегатів транспортного засобу (ст. 290 КК) немає підстав вважати однорідним к. пр. стосовно незаконного заволодіння транспортним засобом. Натомість до ухвалення Закону від 3 вересня 2020 р. повторність як кваліфікуючу ознаку незаконного заволодіння транспортним засобом цілком логічно утворювали (поряд із різновидами злочину, описаного у ст. 289 КК) «розкрадання», передбачені статтями 185, 186, 187, 189–191, 262, 410 КК, тобто посягання справді однорідні стосовно аналізованого злочину. Всі вони пов'язані з незаконним заволодінням тим чи іншим майном. До речі, саме за такою логікою на підставі Закону від 22 вересня 2005 р. до кола відповідних діянь потрапило посягання, передбачене ст. 410 КК. Щодо деліктів, караних за статтями 289 і 290 КК, можна вести мову про такий притаманний реальній сукупності (тобто формі множинності, відмінній від повторності однорідних к. пр.) варіант взаємозв'язку к. пр., за якого одне таке правопорушення є способом приховування іншого або способом уникнення відповідальності за його вчинення.

Зміни щодо звільнення від кримінальної відповідальності за вчинення незаконного заволодіння транспортним засобом. При запровадженні норм про спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності (на кшталт ч. 4 ст. 289 КК) законодавець керувався не стільки принципом гуманізму, скільки положенням про допустимість компромісу у протидії злочинності, переслідуючи цілком конкретні (прагматичні) цілі, які можуть бути окреслені по-різному. Наприклад, П.В. Хряпінський заохочувальні кримінально-правові норми поділяє на норми, спрямовані на: 1) припинення злочину, самовикриття і викриття інших осіб, винних у вчиненні злочину, активне розкриття злочину; 2) вилучення з обігу предметів, засобів, речовин, що становлять підвищену суспільну небезпеку; 3) повернення майна, здобутого злочинним шляхом, або відшкодування завданих збитків [28, с. 13–14]. Екстраполюючи наведені загальнотеоретичні положення на ч. 4 ст. 289 КК, можна констатувати, що ця норма покликана забезпечувати реалізацію одразу двох із зазначених вище цілей (першої та третьої).

Із набранням чинності Законом від 3 вересня 2020 р. сферу застосування розглядуваної заохочувальної (компромісної) норми істотно звужено: якщо раніше, незалежно від інкримінованої частини ст. 289 КК, вона не могла бути застосована лише щодо особи, дії якої супроводжувались застосуванням насильства до потерпілого чи погрозою його застосування, то наразі можливість звільнення від кримінальної відповідальності обмежена випадками вчинення злочину, передбаченого тільки ч. 1 ст. 289 КК. Інакше кажучи, відтепер ч. 4 ст. 289 КК не може бути застосована до осіб, у діях яких містяться ознаки будь-якого кваліфікованого (особливо кваліфікованого) складу аналізованого злочину. Частково (зокрема, вчинення злочину організованою групою, із застосуванням насильства або погрози його застосування) такий законодавчий крок вважаємо виправданим. Водночас запровадження заборони на застосування ч. 4 ст. 289 КК щодо осіб, які вчинили незаконне заволодіння транспортним засобом, вартість якого в 100 і більше разів перевищує НМДГ, або з використанням електронних пристроїв для втручання в роботу технічних засобів охорони, підтримати складно (насправді хочеться назвати це законодавче рішення абсурдним).

По-перше, беремо до уваги значний відсоток зазначених кримінально караних проявів у загальному масиві злочинів, передбачених ст. 289 КК. Вище вже наводилась інформація як про прогнозований відсоток діянь, які кваліфікуватимуться за ч. 2 або ч. 3 ст. 289 КК за ознакою вартості транспортних засобів (від 40 % до 60 %), так і про поширеність випадків незаконного заволодіння ними із використанням електронних пристроїв для втручання в роботу технічних засобів охорони. Якщо ж враховувати й інформацію про те, що з 1669 кримінальних проваджень за ст. 289 КК, направлених з обвинувальним актом до суду протягом 11 місяців 2020 р., у

221 провадженні йшлося про вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб, то можна зробити висновок про те, що сферу застосування відповідної заохочувальної норми серйозно звужено; фактично ця норма стосуватиметься лише проявів вчинюваного одноособово незаконного заволодіння найбільш дешевими транспортними засобами (щоб не сказати «автомобільним мотлохом»).

По-друге, ступінь суспільної небезпеки відповідних кваліфікованих різновидів незаконного заволодіння транспортним засобом не є достатнім для відмови у цих випадках від можливості досягнення кримінально-правового компромісу із нехтуванням його прагматичними цілями, вказаними вище. Хіба, наприклад, є підстави вважати, що можливість звільнення від кримінальної відповідальності, яке пов'язується, зокрема, з поверненням транспортного засобу і повним відшкодуванням завданих збитків, має залежати від того, чи використав винний електронний пристрій для втручання в роботу технічних засобів охорони? І невже власники тих протиправно вилучених транспортних засобів, вартість яких перевищує 100 НМДГ (а їх, як вже зазначалось, в Україні абсолютна більшість – щонайменше, якщо вести мову про легкові автомобілі), повинні бути позбавлені надії на їхнє добровільне повернення?

По-третє, недоречність аналізованого законодавчого кроку підтверджується і тим, що в інших передбачених КК подібних заохочувальних нормах, в яких умовою звільнення винного від кримінальної відповідальності виступає сплата певних коштів, жодні обмеження в частині кількісних параметрів вчинюваних кримінально протиправних діянь відсутні (наприклад, ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212 КК). Тобто тут, на відміну від ст. 289 КК, законодавець загалом правильно розставляє пріоритети, стимулюючи бажану для суспільства посткримінальну поведінку.

Аналізуючи зміни, внесені до ч. 4 ст. 289 КК на підставі Закону від 3 вересня 2020 р., мусимо зазначити, що останній не вирішив і таку проблему. У цій заохочувальній нормі (на відміну, наприклад, від статей 45 і 46 КК) безпідставно не згадується усунення заподіяної шкоди як різновид позитивної посткримінальної поведінки. Звідси (якщо буквально тлумачити кримінальний закон) випливає, що власноручний, тобто здійснений самою винною особою ремонт пошкодженого транспортного засобу може враховуватись лише як обставина, що пом'якшує покарання (п. 2 ч. 1 ст. 66 КК). Видається, однак, що слідування конституційному положенню про керування суддею при здійсненні правосуддя верховенством права уможливорює звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 289 КК й у такій ситуації (зрозуміло, за умови дотримання всіх інших вимог, зафіксованих у цій нормі). *De lege ferenda* альтернативна вказівка на усунення заподіяної шкоди має фігурувати у вдосконаленій ч. 4 ст. 289 КК [4, с. 102].

До речі, відшукати аналог ч. 4 ст. 289 КК у ст. 3.3.2 проекту нового КК України «Непризначення покарання у зв'язку з позитивною поведінкою особи після вчинення нею злочину», при конструюванні якої втілено ідею уніфікації (типізації) кримінально-правового заохочення (на сьогодні це окремі загальні та спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності), нам не вдалось. Окрема (відмінна від згадування про повне відшкодування завданих збитків) законодавча вказівка на повернення транспортного засобу покликана стимулювати винних осіб до повернення транспортних засобів, якими незаконно заволоділи, а тому унеможливорює звернення до ч. 4 ст. 289 КК у разі знищення або зникнення викраденого транспортного засобу. І така ситуація зайвий раз засвідчує проблематичність обстоюваної розробниками проекту нового КК України уніфікації кримінально-правового заохочення і зумовлену цим необхідність робити додаткові застереження при описанні позитивної посткримінальної поведінки. У будь-якому разі очевидно, що до кожного з формулювань «спеціальних» заохочувальних приписів (частини 3–9 ст. 3.3.2 проекту КК України) варто буде повернутись після написання проекту його Особливої частини, поліпшуючи відповідні положення, зокрема з огляду на практику Верховного Суду і наукові здобутки.

Зміни щодо караності незаконного заволодіння транспортним засобом. Одним із наслідків ухвалення Закону від 3 вересня 2020 р. стало посилення суворості передбачених ст. 289 КК покарань: 1) з альтернативної санкції ч. 1 вилучене передбачене у ній раніше (поряд з обмеженням волі та позбавленням волі на певний строк) покарання у виді штрафу; 2) у санкції ч. 3 мінімальну межу позбавлення волі збільшено із 7 до 8 років.

З урахуванням того, що максимальну межу передбаченого ч. 2 ст. 289 КК покарання у виді позбавлення волі встановлено на рівні 8 років, зазначена вище зміна санкції ч. 3 ст. 289 КК виглядає зрозумілою, хоч і непотрібною. Адже більшість дослідників кримінально-правових санкцій наголошує на тому, що «драбина» санкцій за основний, кваліфікований та особливо кваліфікований види злочину залежно від особливостей конкретного посягання повинна йти: 1) або «у стик» (коли максимальний розмір покарання за злочин з основним складом одночасно є і мінімальним розміром покарання за злочин з кваліфікованим складом; максимальний розмір покарання за злочин з кваліфікованим складом – мінімальним розміром покарання за злочин з особливо кваліфікованим складом); 2) або «з перекриттям» (коли мінімальний розмір покарання за злочин з кваліфікованим складом є трохи меншим за максимальний розмір покарання за злочин з основним складом; мінімальний розмір покарання за злочин з особливо кваліфікованим складом є трохи меншим за максимальний розмір покарання за злочин з кваліфікованим складом) [29, с. 505]. Якщо перший підхід реалізовано у Законі від 3 вересня 2020 р., то другий цілком задовільно знаходив втілення у санкціях ч. 2 і ч. 3 ст. 289 КК до прийняття цього Закону.

Водночас не треба забувати, наприклад, про випадки незаконних тимчасових заволодінь тролейбусами, трамваями, комбайнами. З урахуванням високої вартості цих транспортних засобів особі «гарантовано» інкримінування ч. 3 чинної редакції ст. 289 КК з усіма наслідками, що з цього випливають, що вчергове змушує писати про несправедливість у кримінальному праві. Те саме стосується і випадків тимчасового заволодіння відносно коштовним (вартістю \$10 000 і більше) автомобілем (наприклад, хлопець вирішив продемонструвати свої гарні водійські навички перед дівчиною, а працівник СТО чи мийки захотів покататись). За бажання в аналізованих законодавчих змінах можна побачити надання кримінально-правовій заборони, присвяченій незаконному заволодінню транспортним засоби, такого собі «класового характеру».

Оновлення санкції ч. 1 ст. 289 КК так само підтримати складно (навіть при тому, що передбачений нею раніше розмір такого покарання, як штраф, виглядав дещо заниженим, у зв'язку з чим одним із нас висувалась пропозиція підвищити максимальний розмір штрафу, встановлений у санкції ч. 1 ст. 289 КК [1, с. 174]). Через відсутність виваженого підходу, нехтування рекомендаціями кримінально-правової доктрини, а також ігнорування результатів емпіричних досліджень згадане законодавче рішення поповнило когорту тих численних змін до КК, наслідки яких, швидше за все, будуть протилежними очікуваним.

Так, проаналізувавши 100 перших із розміщених у ЄДРСР вироків у справах відповідної категорії (ч. 1 ст. 289 КК), ухвалених протягом 2019–2020 рр., ми з'ясували, що у 26 із цих 100 випадків суди призначали винним покарання у виді штрафу в той час, як в інших 74 випадках – обмеження чи позбавлення волі на певний строк. Може скластись враження, що наведені дані підтверджують слушність позиції законодавця, який, вважаючи, що кожен випадок призначення покарання у виді штрафу знижує ефективність механізму кримінально-правової протидії незаконним заволодінням транспортними засобами, вилучив його (штраф) із санкції ч. 1 ст. 289 КК. Однак при глибшому аналізі правозастосовних матеріалів оцінка розглядуваної законодавчої новели змінюється на протилежну. Річ у тім, що із 74 згаданих випадків призначення покарання у виді обмеження та позбавлення волі на певний строк лише у 3 (!) випадках мало місце «реальне» призначення цих покарань (причому йшлося про осіб, які перебували на «іспитовому строці» або були неодноразово судимими за вчинення інших к. пр.), тоді як в інших випадках (96 %) винні особи звільнялись від відбування покарання на підставі ст. 75 КК. Виходить, що наявність у санкції ч. 1 ст. 289 КК таких видів покарань, як обмеження волі та позбавлення волі на певний строк, сприяла фактичній безкарності винних осіб; навіть призначення покарання у виді штрафу, тобто найбільш м'якого покарання не давало б змоги звільняти винних від покарання з випробуванням згідно зі ст. 75 КК.

Отже, оновлена санкція ч. 1 ст. 289 КК не відповідає потребам правозастосовної практики щодо караності некваліфікованого заволодіння транспортним засобом. Відтак із великою імовірністю можна спрогнозувати, що зміна санкції ч. 1 ст. 289 КК на підставі Закону від 3 вересня 2020 р. призведе не до посилення, а, навпаки, до послаблення каральної складової цієї кримінально-правової заборони, виступивши каталізатором того, що показники «реального» призначення передбачених нею покарань, вочевидь, будуть зведені до нульових (близьких до цього).

Натомість наявність штрафу в попередній редакції ст. 289 КК дозволяла призначити адекватне покарання, зокрема, «випадковим» злочинцям і неповнолітнім.

До того ж відмова в альтернативній санкції ч. 1 ст. 289 КК від штрафу, на нашу думку, не узгоджується з виробленими кримінально-правовою доктриною положеннями про те, що: 1) найкращим засобом боротьби з майновими к. пр. є саме майнові покарання; 2) кримінально-правові санкції мають бути узгодженими із санкціями за вчинення інших, близьких за видом і характером к. пр. (у нашому випадку це передусім такі «класичні» посягання на власність, як крадіжка, насильницький грабіж і шахрайство); 3) санкції мають надавати суду можливість індивідуалізувати покарання з урахуванням потенційних варіантів учинення к. пр. у реальній дійсності (незаконне заволодіння транспортним засобом, зокрема за відсутності кваліфікуючих (особливо кваліфікуючих) ознак, може набувати найрізноманітніших форм, включаючи заволодіння технічно несправним або недоукомплектованим засобом, а так само тимчасове запозичення (використання) транспортного засобу).

Значна частина зареєстрованих випадків вчинення злочину, передбаченого ст. 289 КК, не розкривається, відповідні провадження не направляються до суду, у зв'язку з чим особи, які вчинили ці злочини, залишаються безкарними. Такий висновок неодноразово робили фахівці ГНЕУ Апарату ВРУ, піддаючи жорсткій критичній оцінці пропозиції різних суб'єктів законодавчої ініціативи щодо посилення покарання за некваліфіковане незаконне заволодіння транспортних засобів і справедливо вбачаючи основну проблему протидії незаконним заволодінням транспортними засобами не у м'якості відповідного покарання, а в ефективності організаційної та професійної діяльності працівників правоохоронних органів [4, с. 9–10].

Проведене дослідження дозволяє зробити невтішний висновок про те, що фактично жодне положення Закону від 3 вересня 2020 р. немає підстав оцінити схвально. Ухваливши цей Закон, парламентарії не врахували ані специфіку складу злочину «незаконне заволодіння транспортним засобом» (при тому, що від цієї специфіки вирішили, принаймні поки що, не відмовлятися), ані доктринальні вимоги до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності, ані підходи, напрацьовані правозастосовною практикою. Проаналізовані законодавчі зміни, частково здійснені у напрямі «зближення» змісту ст. 289 КК і статей КК про відповідальність за к. пр. проти власності, ускладнили визначення перспектив специфічної кримінально-правової заборони, присвяченої незаконному заволодінню транспортним засобом, через що розробникам проєкту нового КК України є над чим поламати голову. На прикладі Закону від 3 вересня 2020 р. також добре помітно, що ситуація з удосконаленням КК наразі не ґрунтується на таких складових якісної законотворчості, як наукові знання, правова культура і законодавча техніка. Епоха законодавчого невігластва триває, а прірва між законотворчістю і кримінально-правовою науковою, представники якої до законопроектної роботи якщо і залучаються, то спорадично і на волонтерських засадах, зростає.

1. Ємельяненко В.В. Кримінальна відповідальність за незаконне заволодіння транспортним засобом: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2009. 212 с.

2. Ємельяненко В.В. Проблеми визначення ознак об'єктивної сторони незаконного заволодіння транспортним засобом. Право і суспільство. 2015. № 6-2. С. 149–155.

3. Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Незаконне заволодіння транспортним засобом: проблеми кваліфікації та вдосконалення кримінального закону. Юридичний науковий електронний журнал. 2020. № 2. С. 307–315.

4. Протидія незаконному заволодінню транспортними засобами підрозділами Національної поліції України: практичний порадник з елементами інтерактивних технологій / Бондар В.С., Бочковий О.В., Дудоров О.О., Кривонос М.В., Скляніченко Д.В. та ін. / за ред. д-ра юрид. наук, проф., заслуженого діяча науки і техніки України О.О. Дудорова. Северодонецьк : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2020. 303 с.

5. Свириденко С. Якою буде реалізація на практиці нової редакції ст. 289 КК щодо незаконного заволодіння ТЗ? URL: https://zib.com.ua/ua/144553-yakoyu_bude_realizaciya_na_praktici_novoi_redakcii_st289_kk_.html (дата звернення: 25.12.2020).

6. Діяльність підрозділів карного розшуку Національної поліції України щодо протидії незаконному заволодінню транспортними засобами: збірн. матер. постійн. діюч. семінару (м. Северодонецьк, 31 травня – 2 червня 2018 р.). Северодонецьк : Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка, 2019. 58 с.

7. Висновок на проєкт Закону України «Про внесення змін до статті 289 Кримінального кодексу України щодо невідворотності покарання за незаконне заволодіння транспортним засобом» (реєстр. № 10013 від 7 лютого 2019 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65440 (дата звернення: 25.12.2020).
8. Висновок на проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення законодавства у сфері протидії незаконному заволодінню транспортним засобом» (реєстр. № 3301 від 3 квітня 2020 р.). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68527 (дата звернення: 25.12.2020).
9. Козаченко І.Я., Костарева Т.А., Кругликов Л.Л. Преступления с квалифицированными составами и их уголовно-правовая оценка: текст лекций. Екатеринбург : Изд-во Урал. юрид. акад., 1994. 59 с.
10. Христов О.Л. Протидія незаконним заволодінням транспортними засобами: криміналістичний аспект: монографія. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2017. 148 с.
11. Кіріленко О.Ф., Мінаєв Д.Д. Профілактика та запобігання незаконному заволодінню транспортними засобами. Південноукраїнський правничий часопис. 2018. № 1. С. 56–60.
12. Лютий В.В. Спосіб учинення злочину як елемент криміналістичної характеристики незаконних заволодінь транспортними засобами, вчинених організованими групами. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ: збірник наукових праць. 2015. № 4. С. 321–329.
13. Рейтинг авто, які викрадали найчастіше у 2017–2018 роках. URL: <http://sk-ridna.com.ua/home/1206--2017-2018-.html> (дата звернення: 25.12. 2020).
14. Які автомобілі найчастіше викрадають на Львівщині. URL: <https://dyvys.info/2018/11/12/yaki-avtomobili-pajchastishe-vykradayut-na-lvivshhyni> (дата звернення: 25.12. 2020).
15. Які іномарки найчастіше купують українці. URL: <https://news.finance.ua/ua/news/-/477029/yaki-inomarky-pajchastishe-kuuyut-ukrayintsi> (дата звернення: 25.12. 2020).
16. Коробеев А.И. Транспортные преступления. Санкт-Петербург : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. 406 с.
17. Лоренц Д.В. Угон и хищение транспортных средств: условия, причины и межотраслевые меры предупреждения в свете новой позиции Конституционного Суда РФ. Всероссийский криминологический журнал. 2017. Т. 11. № 2. С. 342–349.
18. 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.
19. Олійник П.В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2010. 219 с.
20. Зауваження до проєкту Закону України «Про внесення змін до статті 289 Кримінального кодексу України щодо протидії незаконному заволодінню транспортним засобом» (реєстр. № 3301 (друге читання)). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68527 (дата звернення: 25.12.2020).
21. Ус О.В. Теорія та практика кримінально-правової кваліфікації. Харків : Право, 2018. 368 с.
22. ТОП-10 способів викрадення автомобіля. URL: <https://130.com.ua/uk/top10-sposobov-ugona> (дата звернення: 25.12.2020).
23. Черниш М.О. Оперативно-розшукова характеристика незаконного заволодіння транспортними засобами. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2018. Вип. 2. С. 313–320.
24. Тельпіс М.В. Кримінально-правова характеристика знярядь та засобів вчинення злочину: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2019. 173 с.
25. Карчевський М.В., Дудоров О.О. Проблеми кримінально-правової кваліфікації злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів. Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах. 2014. № 1. С. 97–123.
26. Петров С.Є. Розслідування незаконного заволодіння автотранспортними засобами: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2009. 242 с.
27. Михайленко П.П., Кузнецов В.В., Михайленко В.П. Рецидивна злочинність в Україні: монографія / за заг. ред. докт. юрид. наук, проф. П.П. Михайленка. Київ : ВБ «Аванпост-прим», 2009. 168 с.
28. Хряпінський П.В. Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: теоретичні, законотворчі та правозастосовні проблеми: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2010. 39 с.
29. Дудоров О.О., Комарницький М.В., Калмиков Д.О. Кримінальна відповідальність за незаконне видобування корисних копалин в Україні: монографія / за ред. О.О. Дудорова, В.М. Комарницького. Суми : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2016. 567 с.

**Деякі міркування щодо перебудови
розділу XVII Особливої частини Кримінального Кодексу України
«Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності,
пов'язаної з наданням публічних послуг»³⁷**

Під час формування концептуальних засад нового Кримінального кодексу України (далі – КК) загалом і визначення основних проблем побудови його Особливої частини зокрема не можна обійти увагою питання кримінальної відповідальності за вчинення кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Розділ XVII Особливої частини чинного КК є одним із найбільш «багатостраждальних», створюючи в цьому сенсі гідну конкуренцію розділу VII, присвяченому злочинам у сфері господарської діяльності. В результаті відповідні кримінально-правові норми, стаючи все більш репресивними і водночас заплутаними і складними для сприйняття навіть «вузьких» фахівців, створюють ґрунт для неоднозначного тлумачення та, як наслідок, суперечливого правозастосування. Як яскравий приклад такої вкрай небажаної правової невизначеності можна навести ситуацію із кваліфікацією одержання службовою особою неправомірної вигоди за дію (бездіяльність), яку суб'єкт «пасивного» підкупу з урахуванням свого службового становища (навіть у широкому розумінні цього поняття) вчинити не спроможний при тому, що в такій його дії (бездіяльності) зацікавлений той, хто надає неправомірну вигоду.

На момент ухвалення чинного КК його розділ XVII налічував усього сім статей, був простим і загалом зрозумілим. Він, щоправда, задовільно не вирішував усіх питань, які виникали на практиці. Зокрема, залишалось відкритим питання кримінальної відповідальності за неправомірну поведінку осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (достатньо пригадати епопею з визнанням (невизнанням) службовими особами нотаріусів та арбітражних керуючих). Докорінних змін розглядуваний розділ КК почав зазнавати починаючи з 2009 р., коли стартувала концептуальна перебудова засад вітчизняного антикорупційного законодавства, зумовлена імплементацією вимог і рекомендацій міжнародного законодавства щодо боротьби з корупцією.

Одна з основних новел, яка істотно вплинула на зміст розділу XVII Особливої частини КК, полягала в тому, що кримінальна відповідальність службових осіб юридичних осіб публічного та приватного права стала диференційованою. Крім того, було запроваджено самостійну кримінальну відповідальність для осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Нагадаємо, що ідея диференціації кримінальної відповідальності за службові злочини в публічній і приватній сферах, втілена в чинному КК, розроблялась у нашій кримінально-правовій доктрині тривалий час (щонайменше з першої половини 90-х рр. ХХ століття). Виникнення цієї наукової ідеї, яка може розцінюватись як прояв ліберального підходу до вирішення кримінально-правових проблем, стало реакцією на роздержавлення економіки та появу опозиційних політичних і громадських утворень. Вважається, що відображений у КК диференційований підхід до кримінальної відповідальності за службові правопорушення осіб, задіяних у публічній і приватній управлінських сферах, враховує різницю у суспільній небезпеці неправомірних діянь таких осіб, ґрунтується на власному історичному досвіді (дореволюційному, часів непу) і досвіді країн із розвинутою ринковою економікою, враховує положення відповідних міжнародно-правових документів. Проте закріплений наразі в КК варіант диференціації кримінальної відповідальності за службові злочини в публічній і приватній сферах одностайної підтримки з боку науковців не знайшов і навряд чи може вважатись досконалим [1, с. 243–255].

Тому перше непросте питання, на яке слід відповісти при побудові Особливої частини нового КК, зводиться до того, чи слід зберігати законодавче підґрунтя для зазначеної диференціації кримінальної відповідальності, а якщо слід, то це необхідно робити в рамках одного розділу Особливої

³⁷ Стаття написана у співавторстві з Г.М. Зеленовим та опублікована: Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України: матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 17–19 жовт. 2019 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), А.П. Гетьман, Ю.В. Баулін та ін. Харків: Право, 2019. С. 450–461.

частини КК (як тепер) чи реалізувати попередній підхід законодавця (зразка 2009 р.), встановлюючи відповідальність для службових осіб юридичних осіб приватного права в окремому розділі. Відповідь на перше з поставлених питань виглядає доволі очевидною, адже (так вважається) має міжнародно-правове підґрунтя. Однак більш прискіпливий аналіз положень Конвенції ООН проти корупції 2003 р. показує, що від держав-учасниць насправді не вимагається як така диференціація кримінальної відповідальності за службові делікти в публічному та приватному секторах. Так, у ст. 15 «Підкуп національних державних посадових осіб», ст. 16 «Підкуп іноземних державних посадових осіб і посадових осіб міжурядових організацій» і ст. 21 «Підкуп у приватному секторі» згаданої Конвенції йдеться лише про те, що кожна держава розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами суспільно небезпечних діянь, передбачених цими статтями та вчинюваних зазначеними суб'єктами. Протилежне означало б, зокрема, те, що: 1) кримінальна відповідальність за зловживання службовим становищем має бути передбачена лише для службових осіб юридичних осіб публічного права (адже в ст. 19 «Зловживання службовим становищем» Конвенції ООН проти корупції йдеться тільки про державну посадову особу); 2) відповідальність за заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем повинна бути передбачена для службових осіб юридичних осіб як публічного, так і приватного права (оскільки Конвенція містить дві самостійні норми – ст. 17 «Розкрадання, неправомірне привласнення або інше нецільове використання майна державною посадовою особою» і ст. 22 «Розкрадання майна в приватному секторі»).

Диференціація кримінальної відповідальності для службових осіб юридичних осіб публічного та приватного права в межах розділу XVII Особливої частини КК носить незавершений характер. Достатньо пригадати ст. 366 КК «Службове підроблення» і ст. 367 КК «Службова недбалість». Свого часу для усунення такої незавершеності П.П. Андрушко ініціював зміни до розділу XVII Особливої частини КК, пропонуючи доповнити його ст. 366-1 «Підроблення чи використання підроблених документів службовою особою юридичної особи приватного права» і ст. 367-1 «Невиконання або неналежне виконання службовою особою юридичної особи приватного права своїх службових обов'язків» [2, с. 329]. До слова ст. 354 КК «Підкуп працівника підприємства, установи чи організації», хоч і передбачає відповідальність за корупційний злочин (див. примітку ст. 45 КК), також йде врозріз втілений в КК ідеї диференціації кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення в публічній і приватній сферах, що зайвий раз демонструє непослідовність українського законодавця при вирішенні нагальних кримінально-правових проблем.

Варто мати на увазі і те, що досягнути повної (завершеної) диференціації кримінальної відповідальності за делікти різних службових осіб просто неможливо, бо КК містить декілька десятків норм, які є спеціальними щодо відповідних статей розділу XVII його Особливої частини. До речі, небажаним (щоб не сказати – неприйнятним) є розпорошення норм про відповідальність за злочини службових осіб по різних розділах КК, коли не тільки пересічні громадяни і студенти юридичних вишів, а й досвідчені правники одразу не можуть відшукати ті чи інші законодавчі положення.

За таких умов неминуче постає питання про доцільність збереження часткової (тобто реалізованої лише в межах розділу XVII Особливої частини КК) диференціації кримінальної відповідальності для службових осіб юридичних осіб публічного та приватного права. До того ж звернення до цивілістичної літератури дозволяє стверджувати, що закріплений у Цивільному кодексі України (далі – ЦК) поділ юридичних осіб на два види (публічного і приватного права) не має необхідної наукової аргументації та не є безспірним, хоч саме такий поділ безпосередньо впливає на кримінальну відповідальність за вчинення службових злочинів. Однією з вад неодноразово оновлюваного антикорупційного законодавства є відсутність у ньому визначення поняття «службова особа юридичної особи приватного права» і відсутність посилань на цього суб'єкта в загальному визначенні поняття «службова особа», наведеному в ст. 18 КК.

Недосконалість втіленого в чинному КК варіанту диференціації кримінальної відповідальності для «публічних» і «приватних» службових осіб гарно ілюструє фрагмент із відгуку О.К. Маріна як офіційного опонента на кандидатську дисертацію Д.О. Сисоєва «Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми: кримінально-правова характеристика»: виходячи зі змісту положень ст. 18 і примітки

ст. 364 КК, з використанням яких «вибудовується» поняття «службова особа юридичної особи приватного права», можна сконструювати ситуацію, в якій службова особа «нестиме» свою службу в юридичній особі, яка не віднесена ні до державних чи комунальних підприємств у розумінні КК, ні до юридичних осіб приватного права у розумінні ЦК. Така прогалина, слушно зазначає згаданий вчений, є результатом нетипового поєднання кримінально-правового розуміння юридичної особи з цивільно-правовим. Ще один аспект вказаної недосконалої констатують З.А. Загинеї та О. З. Гладун, які пишуть, що належність юридичної особи до осіб публічного права визначається у законодавстві України та (або) в установчих документах відповідної юридичної особи. При цьому дихотомічний поділ юридичних осіб на юридичних осіб приватного та публічного права може поширюватися лише на тих юридичних осіб, які були створені після набрання чинності ЦК, або які були створені до набрання чинності ЦК, але були реорганізовані після цього моменту [3, с. 74–75]. Якщо ж вказана реорганізація не відбулась, то юридична особа може, так би мовити, опинитись поза сферою застосування КК, і таку законодавчу прогалину доведеться долати в порядку судової правотворчості. Гарно ілюструє тезу про сумнівність відображеного в чинному КК поділу юридичних осіб на види дискусія, яка мала місце 5 липня 2018 р. на засіданні спеціалізованої вченої ради Національного університету «Одеська юридична академія» під час захисту докторської дисертації Д.Г. Михайленка, коли здобувач вимушений був спростовувати тезу В.І. Борисова як офіційного опонента про належність ВАТ «Турбоатом» до юридичних осіб публічного права.

За викладених обставин вже не виглядає дивною і потребує фахового обговорення (причому саме в контексті розроблення проекту нового КК) позиція М.І. Хавронюка, який називає ст. 364-1 КК (зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права) і ст. 365-2 КК (зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги) зайвими. Стверджується, що у разі відсутності цих норм КК згадані в них особи могли б нести відповідальність за ст. 364 КК, а їхню незначну відмінність від статусу від службових осіб, визначених у пунктах 1 і 2 примітки ст. 364 КК, можна було б врахувати при застосуванні санкцій ст. 364 КК, які передбачають альтернативні покарання з вельми широкими межами [4, с. 217].

Водночас хотіли б уточнити, що осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, немає підстав визнавати службовими особами у кримінально-правовому сенсі. При цьому окрема регламентація кримінальної відповідальності для осіб, які здійснюють вказану діяльність, заслуговує на підтримку. Такий законодавчий крок дозволив об'єднати в одну групу спеціальних суб'єктів злочинів (прирівняних до службових) тих осіб, стосовно кримінально-правової оцінки діяльності яких, як вже зазначалось, виникали суперечливі судження, коли в одних випадках цих осіб визнавали службовими, а в інших – ні. Цікаво, що здійснена у 2011 р. криміналізація зловживань повноваженнями особами, які надають публічні послуги, і підкупу таких осіб не була обумовлена ратифікацією Україною міжнародноправових актів, що визначають стандарти протидії корупційним злочинам, і виконанням зобов'язань (рекомендацій), які впливають з таких актів.

Однак і згадані положення чинного КК потребують удосконалення. Одна з проблем тут – це те, що легальні переліки осіб, які надають публічні послуги, вельми далекі від ідеалу (наприклад, у переліках осіб, вміщених у частинах 1 і 3 ст. 368-4 КК, безпідставно не фігурує державний реєстратор; з іншого боку, арбітражного керуючого, а так само уповноважену особу та службову особу Фонду гарантування вкладів фізичних осіб є підстави визнавати службовою особою у кримінально-правовому розумінні цього поняття). Заслуговує на підтримку доктринальна пропозиція розширити коло суб'єктів службової недбалості за рахунок осіб, які надають публічні послуги [5, с. 5, 10, 14–15]. Крім того (і це, мабуть, найголовніше), поняттю «публічні послуги» притаманна законодавча невизначеність, що на практиці викликає серйозні труднощі з віднесенням певних категорій професіоналів (лікарів, викладачів тощо) до осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, та, як наслідок, з кваліфікацією кримінально караних діянь таких суб'єктів. Тому складно не погодитись із К.П. Задоею в тому, що «існує об'єктивна необхідність у доповненні КК визначенням поняття «особа, що надає публічні послуги» та відмови від практики розкриття змісту цього поняття шляхом відкритих переліків категорій осіб» [6, п. 17].

Ще одне питання, яке потребує обговорення та розв'язання у зв'язку з реформуванням розділу XVII Особливої частини КК, полягає у з'ясуванні долі таких складів злочинів, як незаконне збагачення і зловживання впливом. Утім, великий соціальний та політичний запит на існування відповідних кримінально-правових заборон відсуває наукові дискусії щодо доцільності подальшого їхнього існування на другий план, і завдання правників, швидше за все, полягає в тому, яким чином виписати ці кримінально-правові заборони з тим, щоб вони були максимально наближені до своїх конвенційних прототипів і водночас узгоджувались з конституційними приписами.

Щодо незаконного збагачення, то ця заборона, на наше переконання, є одним з найбільш контраверсійних положень антикорупційного законодавства України. Незважаючи на визнання ст. 368-2 КК неконституційною, вказана заборона продовжує залишатись справжнім каменем спотикання для правників, політичних діячів і пересічних громадян; тим більше, що оприлюднення рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 р. призвело до активізації законопроектної роботи, спрямованої на «реанімацію» відповідної статті КК [1, с. 418–471; 7, с. 77–99].

Ст. 369-2 КК «Зловживання впливом» також займає в законодавчому інструментарії, покликаному забезпечувати протидію корупції, особливе місце. З одного боку, ця заборона активно затребувана на практиці (причому кількість осіб, засуджуваних за зловживання впливом, зростає); з іншого, включення її до КК посилює казуїстичність останнього, частково створило надмірність законодавчого описання злочинної поведінки, пов'язаної з корупцією, і через недотримання в цьому разі засади правової визначеності серйозно ускладнило застосування КК. Недостатньо якісний рівень імплементації положень ст. 18 Конвенції ООН проти корупції 2003 р. і ст. 12 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією 1999 р. своїм закономірним результатом має не лише суперечливість доктринального тлумачення чи не всіх основних ознак кримінально караного зловживання впливом, а й відсутність однаковості відповідної судової практики. *De lege ferenda* конструктивно вважаємо пропозицію Д.Г. Михайленка передбачити у ст. 369-2 КК вказівку, за якою вона повинна застосовуватись лише за відсутності у вчиненому ознак хабарництва або співучасті в ньому. Таке доповнення не лише усуне складні конкуренції кримінально-правових норм, а й виокремить ту поведінку, яку, вочевидь, прагнув заборонити законодавець (одержання неправомірної вигоди за здійснення впливу на рішення уповноваженої особи за відсутності використання службового становища особи, яка вчиняє вплив) [8, с. 13–35]. Подібним чином розмірковує К.П. Задоя, який за результатом розгляду проблеми розмежування пасивного зловживання впливом (частини 2, 3 ст. 369-2 КК) і пасивного підкупу службової особи (ст. 368 КК) висуває пропозицію внести до ст. 369-2 КК зміни, які б забезпечували прозоре та однозначне розмежування вказаних складів злочинів [9, п. 29–33, 38].

Не можемо оминути й проблему встановлення змісту законодавчих понять «істотна шкода» та «тяжкі наслідки». Внесення змін до пунктів 3 та 4 примітки ст. 364 КК призвело до прогалин у законодавстві, створивши чимало проблем у судовій практиці. Свого часу ми докладно дослідили це питання і запропонували свій рецепт виходу з непростой ситуації, що склалась [10, с. 69–81]. У результаті співпраці одного з авторів як члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді України із суддями цього Суду (зокрема, на підставі згаданого дослідження) було сформульовано правову позицію щодо тлумачення і застосування пунктів 3 та 4 примітки ст. 364 КК [11]. Двічі Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду передавав кримінальні провадження до Великої Палати Верховного Суду, обґрунтовуючи необхідність відступу від правової позиції, сформульованої Верховним Судом України [12; 13], проте Велика Палата не знаходила підстав для такого відступу [14; 15]. Загалом ми підтримуємо підхід Великої Палати, оскільки відступ від правової позиції Верховного Суду України означав би, що шляхом свого тлумачення Верховний Суд намагається «латати дірки» чинного КК. Проблема, однак, залишається і досі не вирішеною, а тому вона не може бути проігнорована під час роботи над проектом нового КК. Тим більше, що в практиці Верховного Суду мають місце випадки констатації відсутності в діях особи ознак складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 364 КК, через те, що наслідки, які настали в результаті таких дій, не дістали грошової оцінки [16].

Окремої уваги потребує проблема виваженого конструювання кваліфікуючих ознак складів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Достатньо пригадати диспозицію ч. 2 ст. 365 КК та її взаємозв'язок із ч. 1 цієї статті, а

також постанову Великої Палати Верховного Суду з висновком про те, що об'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК, вичерпується діями, які явно виходять за межі наданих працівнику правоохоронного органу прав чи повноважень і містять принаймні одну з ознак: супроводжуються насильством або погрозою застосування насильства, застосуванням зброї чи спеціальних засобів або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями, за відсутності ознак катування; заподіяння ж наслідків у вигляді істотної шкоди в розумінні п. 3 примітки ст. 364 КК не є обов'язковою умовою для кваліфікації дій за ч. 2 ст. 365 КК [17].

Не можна не згадати і законодавчу дефініцію поняття «корупційні злочини», яка попри численні наукові розробки у цій сфері [1, с. 213–243; 18, с. 127–139] виглядає, м'яко кажучи, неоднозначною і навіть «примітивною» при тому, що вона має важливе кримінально-правове та кримінально-процесуальне значення.

Викладеним коло проблем, пов'язаних із законодавчою регламентацією кримінальної відповідальності за вчинення злочинів у сфері службової діяльності і професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, не вичерпується. Розраховувати на фахове розв'язання позначених та інших відповідних проблем можна лише за умови сумлінного опрацювання здобутків кримінально-правової проблеми, а також врахування тенденцій і напрацювань судової практики. Також осучаснення КК у вказаній частині бажано здійснювати паралельно з поліпшенням законодавчого забезпечення протидії адміністративним правопорушенням, пов'язаним з корупцією, бо в цій сфері (з огляду на низку причин) спостерігається плачевний стан із дотриманням однаковості і стабільності судової практики.

1. Дудоров О.О., Коломоєць Т.О., Кушнір С.М., Макаренков О.Л. Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: колективна монографія. Запоріжжя, 2019. 476 с.
2. Андрушко П.П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України. Київ: Атіка, 2012. 332 с.
3. Загинець З., Гладун О. Працівники Національної академії прокуратури України як суб'єкти декларування: pro et contra. Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2016. № 4. С. 68–77.
4. Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / О.В. Калітенко, Д.О. Калмиков, І.Б. Коліушко та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. 366 с.
5. Рак С.В. Кримінальна відповідальність за службову недбалість: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2019. 21 с.
6. Задоя К.П. Висновок щодо узгодженості між собою положень Кримінального кодексу України, Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального процесуального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Ред. М.І. Хавронюк. Київ: ЦППР, 2019. URL: <http://pravo.org.ua/img/books/files/1571912209cplr.%20coherence%20of%20legislation.pdf> (дата звернення: 27.10.2019).
7. Дудоров О.О., Вознюк А.А. Незаконне збагачення: у пошуках дієвої моделі кримінально-правової заборони. Ефективність кримінального законодавства: доктринальні, законотворчі та правозастосовні проблеми її забезпечення: матер. міжнарод. наук.-практ. кругл. столу (м. Харків, 17 трав. 2019 р.) / укладачі: Л.М. Демидова, К.А. Новікова, Н.В. Шульженко. Харків: Константа, 2019. С. 77–99.
8. Дудоров О. Проблеми кваліфікації зловживання впливом у судовій практиці. Часопис українського судочинства. 2019. № 2. С. 13–35.
9. Задоя К.П. Узагальнення проблем застосування законодавства, що встановлює відповідальність за корупційні злочини. Ред. М.І. Хавронюк. Київ: ЦППР, 2019. URL: <http://pravo.org.ua/img/books/files/1571912565cplr.%20applying%20of%20anti-corruption%20legislation.pdf> (дата звернення: 27.10.2019).
10. Дудоров О.О., Зеленов Г.М. Істотна шкода і тяжкі наслідки як ознаки складів злочинів у сфері службової діяльності: проблеми тлумачення кримінального закону. Право України. 2015. № 12. С. 69–81.
11. Постанова Верховного Суду України від 27 жовтня 2016 р. у справі № 5-99кс16 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/62692636> (дата звернення: 27.10.2019).
12. Ухвала Верховного Суду від 10 травня 2018 р. у справі № 215/6523/13-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74120971> (дата звернення: 27.10.2019).
13. Ухвала Верховного Суду від 17 липня 2018 р. у справі № 569/6812/15-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75447938> (дата звернення: 27.10.2019).
14. Ухвала Верховного Суду від 4 липня 2018 р. у справі № 215/6523/13-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75186621> (дата звернення: 27.10.2019).

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

15. Ухвала Верховного Суду від 30 серпня 2018 р. у справі № 569/6812/15-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76207256> (дата звернення: 27.10.2019).
16. Ухвала Верховного Суду від 13 лютого 2019 р. у справі № 215/6523/13-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79880141> (дата звернення: 27.10.2019).
17. Постанова Верховного Суду від 5 грудня 2018 р. у справі № 301/2178/13-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78529879> (дата звернення: 27.10.2019).
18. Зеленов Г.М. Система корупційних злочинів за чинним КК України. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2013. Спеціальний випуск № 4 «Корупція у феноменологічному та юридичному вимірах: виникнення – існування – протидія розвитку». С. 127–139.

**Про розмежування злочину,
передбаченого статтею 368 Кримінального кодексу України,
і проступку, передбаченого статтею 172-5 Кодексу України про
адміністративні правопорушення³⁸**

Антикорупційне законодавство України є підстави критикувати за його нестабільність, ускладненість, надмірну деталізацію описання певних деліктів тощо. Зрозуміло, однак, що навіть якісне законодавство не гарантує справедливого і виваженого правозастосування. Доповнення Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) главою 13-А, яка на сьогодні має назву «Адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією», зумовлює необхідність розроблення науково обґрунтованих рекомендацій щодо розмежування злочинних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства.

У п. 4 ст. 7 Конвенції ООН проти корупції говориться про обов'язок держав-учасниць створювати, підтримувати і зміцнювати такі системи, які сприяють прозорості і запобігають виникненню конфлікту інтересів у публічному секторі. Хоч конфлікт інтересів не слід ототожнювати з корупцією *ipso facto* (в силу власне факту), зростає розуміння того, що неадекватне врегулювання конфліктів між приватними інтересами і державними обов'язками службових осіб стає джерелом корупції [1]. Одним з інструментів, покликаних виключати виникнення конфлікту інтересів, є законодавче встановлення заборон та обмежень щодо подарунків. Поняття подарунка слід відрізнити від поняття неправомірної вигоди як предмета корупційних злочинів. При цьому, як зазначають міжнародні фахівці з висвітлюваної проблематики, нерідко державні посадові особи одержують подарунки, які можуть бути хабарами [2]. На корупціогенність поведінки, пов'язаної з подарунками, вказує і прислів'я, яке говорить: маленькі подарунки дозволяють обзавестися великими друзями.

Проблематика відмежування злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, від адміністративних проступків висвітлюється в роботах П.П. Андрушка, Л.П. Брич, О.З. Гладуна, З.А. Загинеї, К.П. Заді, В.М. Киричка, Р.Л. Максимовича, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка, Н.М. Ярмиш та ін. Утім, не всі висловлені цими дослідниками судження видаються безспірними, а окремі аспекти вказаного відмежування залишилися поза увагою науковців, у зв'язку з чим обрана проблематика потребує подальшого опрацювання. Як це не дивно, але щодо зазначеного відмежування інколи можна робити діаметрально протилежні висновки залежно від того, з якого правила виходити: або з ніким не скасованої ч. 2 ст. 9 КУпАП (пріоритет – за кримінально-правовими заборонами), або з колізійного правила «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується», основою якого вважається конституційний принцип презумпції невинуватості та який має своє підтвердження в практиці ЄСПЛ (пріоритет – за адміністративно-правовими нормами).

Одним із неоднозначно вирішуваних в юридичній літературі питань є розмежування злочину, караного за ст. 368 Кримінального кодексу України (далі – КК), і проступку, передбаченого ст. 172-5 КУпАП. Свого часу я спільно з Г.М. Зеленовим з'ясував це питання [3], однак за час, що минув, не лише зазнали змін вказані кримінально-правова та адміністративно-правова заборони, а і було ухвалено новий базовий законодавчий акт з розглядуваної тематики – Закон України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» (далі – Закон від 14 жовтня 2014 р.), який, встановлюючи відповідні заборони та обмеження, дещо інакше (жорсткіше) порівняно зі своїм попередником (Закон України від 7 квітня 2011 р. «Про засади запобігання і протидії корупції») регламентує порядок одержання подарунків особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та прирівняними до них особами. До речі, із дефініцій подарунка і неправомірної вигоди, наведених у ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р., випливає, що певне благо може визнаватись і подарунком, і неправомірною вигодою. Метою пропонованої статті є розкриття (з урахуванням здобутків як кримінально-правової, так і адміністративно-пра-

³⁸ Стаття опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2017. Вип. 2. С. 84–99.

вової доктрини) позначеного проблемного питання кваліфікації і висунення на цій основі пропозицій, спрямованих на вдосконалення ст. 368 КК і ст. 172-5 КУпАП і практики їх застосування.

Вирішуючи питання про розмежування деліктів, передбачених ст. 368 КК і ст. 172-5 КУпАП, слід передусім мати на увазі, що з диспозиції ч. 1 ст. 368 КК випливає нерозривний зв'язок між одержанням неправомірної вигоди, прийняттям її пропозиції (обіцянки) і проханням надати неправомірну вигоду, з одного боку, і виконанням (невиконанням) службовою особою дій з використанням свого службового становища, з іншого. Відсутність такого зв'язку виключає наявність складу цього корупційного злочину. Разом з тим із погляду кваліфікації вчиненого за ст. 368 КК не має значення: по-перше, чи була неправомірною вигода запропонована, обіцяна, одержана або прохання про її надання висловлено до або після вчинення (невчинення) службовою особою обумовлених такою вигодою дій з використанням службового становища; по-друге, чи було заздалегідь обумовлено одержання неправомірної вигоди; по-третє, чи вчинила службова особа дії (бездіяльність) в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, або в інтересах третьої особи і чи збиралася вона їх вчиняти.

Інакше кажучи, за чинною редакцією ст. 368 КК, яка в цьому аспекті не відрізняється від її попередніх редакцій, а так само від ст. 168 КК 1960 р. «Одержання хабара», правова оцінка одержання «неправомірної вигоди-підкупу» і «неправомірної вигоди-подяки» має бути однаковою. Ст. 368 КК не розрізняє вказані різновиди злочину, встановлюючи за їх вчинення однакову відповідальність, що, зрозуміло, не означає їхньої однакової суспільної небезпеки: підкуп традиційно розглядається як більш суспільно небезпечне діяння, ніж одержання неправомірної вигоди, якому домовленість між сторонами корупційної угоди не передувала, але яке також посягає на публічно-правовий порядок оплати службової поведінки відповідних суб'єктів. Вказана обставина підлягає врахуванню при призначенні покарання в порядку звернення до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК.

Позначена проблема, як відомо, має давню історію в тому сенсі, що в юридичній літературі тривалий час велась дискусія щодо виокремлення таких різновидів караного наразі за ст. 368 КК злочину, як «хабар-підкуп» і «хабар-подяка», і взагалі доречності існування кримінальної відповідальності за останній. Криміналізація «хабара-подяки» зазвичай пояснюється тим, що необумовлені неправомірні вигоди: нерідко надаються службовій особі з розрахунком користуватись її послугами в майбутньому; руйнують систему публічного управління; можуть мати своїм результатом прагнення службової особи одержувати їх від усіх тих, хто вимушений звертатись до неї [4, с. 22–26]. Ні під час ухвалення чинного КК, ні в ході подальших його змін в Україні не була прийнята рекомендація Модельного кримінального кодексу для країн СНД 1996 р. не визнавати злочинном через малозначність вчиненого одержання публічним службовцем майна, права на майно або іншої майнової вигоди як подарунка за відсутності попередньої домовленості за вже вчинену дію (бездіяльність), що не порушує службові обов'язки цього службовця, якщо вартість подарунка не перевищує одного мінімального розміру заробітної плати, встановленого законодавством.

Слід, щоправда, зауважити, що такий традиційний підхід вітчизняного законодавця, послідовно підтримуваний і судовою практикою, не повною мірою узгоджується зі статтями 2, 3 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 15 Конвенції ООН проти корупції, адже в цих нормах міжнародно-правових актів наголошується на необхідності криміналізації лише *підкупу* національних державних посадових осіб. З цього приводу у п. 43 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією можна прочитати, що одержання вигоди після вчинення публічною посадовою особою дії без попереднього пропонування, вимагання або згоди з нею злочинном відповідно до Конвенції не є [5].

Ще більш гостро вказана проблема постає стосовно підкупу службової особи юридичної особи приватного права (ст. 368-3 КК) і підкупу особи, яка надає публічні послуги (ст. 368-4 КК). Адже використання у назвах цих статей терміну «підкуп» наводить на думку про те, що склад злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-3 КК (сказане стосується і ч. 3 ст. 368-4 КК), буде наявним лише в тому разі, коли належний суб'єкт одержує неправомірну вигоду (приймає пропозицію чи обіцянку такої вигоди) за вчинення *обумовлених* дій або бездіяльності з використанням наданих їй повноважень. Тобто запропонована (обіцяна) або фактично надана неправомірною вигодою повинна не просто передувати в часі вчиненню дій (бездіяльності) службової особи юридичної особи приватного права з використанням наданих їй повноважень, а надавати відповідне спря-

мування поведінці одержувача неправомірної вигоди по службі, зумовлювати відповідне використання ним своїх службових повноважень.

Водночас із диспозиції ч. 3 ст. 368-3 КК такий висновок не впливає. Якщо тлумачити цю кримінально-правову норму буквально, то можна стверджувати, що ознаки передбаченого нею складу злочину (всупереч найменуванню останнього) вбачаються і в поведінці тієї службової особи юридичної особи приватного права, яка за вчинені в минулому дії (бездіяльність) з використанням наданих їй повноважень одержує заздалегідь необумовлену неправомірну вигоду. І в цьому випадку має констатуватись зв'язок між одержанням неправомірної вигоди (прийняттям пропозиції, обіцянки такої вигоди), з одного боку, і відповідною поведінкою службової особи юридичної особи приватного права по службі, з іншого.

З метою узгодження назви ст. 368-3 КК і розміщених у ній кримінально-правових норм, а також для більш послідовної реалізації втіленої в КК (починаючи з 2011 р.) ідеї диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення в публічній і приватній сферах Я.В. Ризак запропонувала у ч. 1 і ч. 3 ст. 368-3 КК вказати на те, що неправомірна вигода пропонується, обіцяється, надається та одержується (пропозиція, обіцянка вигоди приймається) за вчинення *обумовлених* дій чи бездіяльності відповідного суб'єкта по службі [6, с. 4–5, 9, 15–16].

Зрозуміло, що якщо рухатись шляхом сприйняття згаданих вище міжнародно-правових стандартів, то мусимо визнати необхідність внесення аналогічних змін, зокрема, і до ст. 368 КК.

Цілком очевидно є і та обставина, що в разі визнання злочином одержання «неправомірної вигоди-подяки» (так, як це і передбачено чинною редакцією ст. 368 КК) існує ризик віднесення до числа кримінально караних діянь, які позбавлені суспільної небезпеки та які з урахуванням конкретних обставин могли б на підставі ч. 2 ст. 11 КК розцінюватись як малозначні вчинки. У дореволюційній літературі з цього приводу зазначалось, що кримінально-правові норми про відповідальність за хабарництво не мають на меті заглушити у громадян почуття вдячності до тих чи інших органів влади, які викликали це почуття чесним виконанням покладених на них обов'язків [7, с. 502]. У подібному ключі висловлювався відомий дослідник проблематики кримінальної відповідальності за службові злочини Б.В. Волженкін: якщо матеріальна цінність отриманого в знак подяки предмета є явно незначною (букет квітів, коробка цукерок тощо), і з боку особи, яка вручила такий предмет, це було виключно знаком вдячності, уваги, то треба вести мову лише про службовий проступок, який не досяг суспільної небезпеки, притаманної злочину [8, с. 25].

У межах викладеного підходу можна розмірковувати приблизно таким чином: якщо поведінка службової особи на користь іншої особи була правомірним здійсненням службових повноважень і не супроводжувалась з боку цієї службової особи проханням чи вимогою надати неправомірну вигоду, то подальше одержання певного блага не повинне розцінюватись як злочин і, відповідно, кваліфікуватись за ст. 368 КК. Адже в подібних ситуаціях зв'язок між одержанням певної блага і поведінкою належного суб'єкта по службі не є визначальним, і на перший план виходять інші моменти (почуття людської вдячності, чемності, прихильності тощо).

Проте, чинна редакція ст. 368 КК (всупереч, як вже зазначалось, ст. ст. 2, 3 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 15 Конвенції ООН проти корупції) цих нюансів, на жаль, не враховує, у зв'язку з чим наведені вище міркування при бажанні можуть бути розцінені як прояв обмежувального тлумачення кримінального закону. Тому загалом має рацію Н.М. Ярмиш, яка вбачає підставу для інкримінування ст. 369 і ст. 368 КК у такій змодельованій нею ситуації: «Людина, відчуваючи вдячність за те, що службова особа, не висловлюючи до неї жодних прохань, навіть не натякаючи на якусь винагороду, чесно виконала свою роботу, тобто сумлінно задовольнила її законний інтерес, від щирого серця підносить за це службовій особі якийсь «подарунок» (принаймні так людина це називає)» [9, с. 51].

Повторю, однак, що не варто виключати можливість кримінально-правової оцінки скоєного в подібних ситуаціях за допомогою ч. 2 ст. 11 КК. За всіх зрозумілих ризиків (у тому числі корупційних) такого алгоритму поведінки правозастосувача він видається більш прийнятним, ніж надання суду на підставі оновленої ч. 1 ст. 129 Конституції України фактичної можливості оцінювати кримінальний закон (у нашому випадку – ст. 368 КК) на предмет того, чи є він правовим у сенсі справедливим (адже конкретний суддя може і не бути юридичним позитивістом).

До слова, ч. 2 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. із певними застереженнями дозволяє особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та прирівняним до них особам приймати подарунки, що відповідають загальноновизнаним уявленням про гостинність. Якщо така поведінка, будучи дозволеною, не визнається адміністративно каранюю, то чому тоді поведінка, що відповідає загальноновизнаним уявленням про гостинність, беззастережно має розцінюватись як злочинна?

Порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків утворює склад передбаченого ст. 172-5 КУпАП проступку. Відмежовуючи останній від складу злочину, описаного в ст. 368 КК, слід, крім усього іншого, виходити з того, що: по-перше, у згаданій статті КУпАП говориться про порушення певних *обмежень*, але не заборон; по-друге, п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р., хоч і має назву «Обмеження щодо одержання подарунків», *забороняє* особам, зазначеним у пунктах 1, 2 ч. 1 ст. 3 цього Закону (це в тому числі «публічні» службові особи, спроможні нести відповідальність за ст. 368 КК), безпосередньо або через інших осіб вимагати, просити, одержувати подарунки для себе чи близьких їм осіб від юридичних або фізичних осіб у зв'язку зі здійсненням такими особами діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування.

Виходить, що, на відміну від того, хто вчиняє злочин (ст. 368 КК), особа, котра скоює адміністративний проступок (ст. 172-5 КУпАП), одержує подарунок не «у зв'язку», тобто не за виконання (невиконання) в інтересах певної особи дії з використанням службового становища, а, умовно кажучи, просто так, порушуючи при цьому приписи антикорупційного законодавства.

Коментуючи ст. 8 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», Р.Л. Максимович пише, що для наявності корупційного правопорушення має бути встановлений зв'язок між одержанням подарунка і виконанням особою, яка його одержала, функцій держави або місцевого самоврядування. «Якщо такий зв'язок у конкретному випадку не доведено або встановлено, що таке одержання мало місце не у зв'язку з виконанням особою функцій держави або органів місцевого самоврядування, то особа не підлягає юридичній відповідальності» [10, с. 118–119]. Хотів би уточнити, що відсутність зазначеного зв'язку унеможливорює інкримінування ст. 368 КК, але не ст. 172-5 КУпАП. Утім, Р.Л. Максимович має рацію в тому сенсі, що згідно з оновленим антикорупційним законодавством відмінне від злочину, передбаченого ст. 368 КК, адміністративно каране порушення встановлених законом обмежень щодо подарунків визнається не корупційним правопорушенням, а правопорушенням, пов'язаним із корупцією.

Тут доречно нагадати, що, аналізуючи положення вітчизняного антикорупційного законодавства зразка 2009 р., Л.П. Брич вказувала на незрозумілість співвідношення понять «особистий подарунок» і «хабар», які відображали предмети, відповідно, проступку, передбаченого ст. 212-32 КУпАП «Незаконне одержання подарунка», і злочину, описаного в ст. 368 КК «Одержання хабара», що, на думку авторки, унеможливлювало визначення співвідношення між складами вказаних правопорушень. Благо, що приймається у зв'язку з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, якщо воно носить майновий характер, традиційно в кримінальному праві вважається хабаром. У зв'язку з цим у Л.П. Брич виникло резонне запитання: чи будь-який хабар називатиметься подарунком, чи лише певні різновиди того, що за чинним КК визнається хабаром, згідно з антикорупційним законодавством ідентифікуватимуться як подарунок? Порівняльний аналіз ст. 368 КК, ст. 212-32 КУпАП і ст. 5 Закону «Про засади попередження та протидії корупції» дозволив вченому стверджувати, що згідно з діючим на той момент законодавством злочин «одержання хабара» міг мати місце, коли винагорода одержується не у зв'язку з абстрактним виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, а за вчинення чи утримання від вчинення конкретної дії в інтересах того, хто дає хабар, чи в інтересах третіх осіб. Отримання ж іншого стимулювання, зокрема, майнового характеру могло визнаватись одержанням подарунка і тягнути за собою адміністративну відповідальність [11].

Чинна редакція ст. 172-5 КУпАП, на відміну від попередньої редакції цієї статті, не передбачає відповідальності за порушення встановленої законом *заборони* щодо одержання подарунка (пожертви). Існування такої адміністративно-правової заборони дозволяло констатувати наявність колізії між положеннями КК і КУпАП, змушувало вести мову про те, що відбулася (причому безпідставно) часткова декриміналізація діянь, які з погляду КК взагалі-то мають розцінюватись

як злочинне одержання хабара (наразі – неправомірної вигоди). Невипадково ч. 2 попередньої редакції ст. 172-5 КУпАП характеризувалась в юридичній літературі як лазівка, яка дозволяє уникати кримінальної відповідальності, як свідчення того, що ухвалення Закону від 18 квітня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» проблему розмежування злочинних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства остаточно не розв'язало [12; 13]. Врешті-решт Законом від 14 жовтня 2104 р. вказаний корупціогенний «люфт», який при бажанні дозволяв розцінювати як адміністративний проступок злочинну поведінку корупціонерів, був усунутий. «Добре, що сьогодні не передбачена адміністративна відповідальність за подарунок, заборонений у зв'язку із тим, що він одержаний за виконання чи невиконання певних дій, пов'язаних зі службовими функціями особи. Добре – тому, що такий вид одержання нібито забороненого подарунка насправді є одержанням неправомірної вигоди, яке передбачено ст. 368 КК України» [9, с. 50].

З урахуванням викладеного вище і правила, закріпленого в ч. 2 ст. 9 КУпАП, одержання «публічною» службовою особою подарунка, забороненого п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р., має кваліфікуватись за ст. 368 КК – за наявності всіх ознак складу злочину, передбаченого цією статтею КК (зокрема, за відсутності малозначності діяння).

Такої ж позиції дотримується М.І. Хавронюк, який пише, що за наявності зв'язку «подарунка» з виконанням відповідним суб'єктом функцій держави або місцевого самоврядування ст. 172-5 КУпАП не застосовується, а відповідальність повинна наставати за ст. 368 або ст. 368-4 КК. Оцінюючи матеріали судової практики, дослідник справедливо вбачає ознаки корупційного злочину у випадках: одержання уповноваженою особою винагороди (1 тис. грн. і пачки цигарок) за непритягнення правопорушника до адміністративної відповідальності; одержання посадовою особою юридичної особи публічного права (психіатром-реабілітологом МСЕК) 1 тис. грн. за сприяння в прискоренні та отриманні пацієнтом довідки про інвалідність [14, с. 381–401]. Тому навряд чи можна погодитись із розробниками Методичних рекомендацій з питань запобігання та врегулювання конфлікту інтересів у діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та прирівняних до них осіб [1], які як приклад правильної юридичної оцінки наводять випадок з інкримінуванням ст. 172-5 КУпАП (а не ст. 368 КК, як мало бути) інспектору з охорони довкілля державної екологічної інспекції, який одержав талони на 200 л бензину марки А-95 за те, що не складатиме на фізичну особу-підприємця протокол про виявлені порушення природоохоронного законодавства.

Позицію М.І. Хавронюка поділяють В.В. Мозгова та І.В. Ольшанецький, які пишуть, що за своїм змістом «заборонений подарунок», одержаний особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у зв'язку з виконанням цих функцій, є неправомірною вигодою, за одержання якої повинна наставати кримінальна відповідальність (ст. 368 КК). Водночас дослідники констатують розповсюдженість хибної судової практики, у межах якої фактично кримінально карана поведінка належних суб'єктів тягне за собою адміністративну відповідальність за ст. 172-5 КУпАП [15, с. 65–66; 16]. Сказане зайвий раз підтверджує правильність тези про те, що в сучасних умовах основна проблема протидії корупції лежить не стільки в законодавчій, скільки в правозастосовній площині. Як слушно зауважує В.М. Шаповал, ефективність законотворення вимірюється насамперед правозастосуванням, оскільки яким би не був закон, він може бути спотворений практикою його застосування [17].

Висловлюючи аналогічні міркування, Н.М. Ярмиш обґрунтовано веде мову про те, що в п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. йдеться насправді не про подарунок (хай навіть і заборонений), а про неправомірну вигоду як предмет злочину, передбаченого, зокрема, ст. 368 КК. Оскільки в цьому разі слово «подарунок» перекручує справжній характер того, що відбувається, п. 1 із ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. пропонується виключити [9, с. 52–53].

З урахуванням викладеного вище складно погодитись з пропозицією К.В. Берднікової кваліфікувати не за ст. 368 КК, а за ст. 172-5 КУпАП одержання відповідним суб'єктом незаконної вигоди за належне виконання службових обов'язків на тій підставі, що в цьому разі немає порушення обмежень щодо використання службового становища [18, с. 113]. По-перше, зазначена поведінка «публічної» службової особи посягає на ті суспільні відносини, які становлять основний

безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 368 КК. По-друге, фактичне виконання (невиконання) дій по службі в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи знаходиться поза межами об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 368 КК. Тобто у поведінці суб'єкта, яка оцінюється К.В. Бердніковою, вбачаються всі ознаки одержання «неправомірної вигоди-подяки», про проблеми кримінально-правової кваліфікації якого йшлося вище.

Із цих саме міркувань помилковою слід визнати висловлену в юридичній літературі думку вбачати одну з відмінностей між порівнюваними деліктами в тому, що злочин, передбачений ст. 368 КК, є закінченим за наявності двох обов'язкових умов – реалізації службових повноважень в інтересах іншої особи та одержання вигоди за це в той час, як для проступку, описаного в ст. 172-5 КУпАП, достатнім є факт одержання подарунка, а виконання (невиконання) дій в інтересах дарувальника значення не має [20, с. 31–32]. Викладена позиція ігнорує існуючу конструкцію складу злочину, передбаченого ст. 368 КК.

О.З. Гладун, як і згадані вище науковці, не сумнівається в тому, що порушення абсолютної заборони, закріпленої в п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р., утворює об'єктивну сторону кримінально караного одержання неправомірної вигоди і має (залежно від категорії спеціального суб'єкта) кваліфікуватись як відповідний злочин, зокрема, за ст. 368 КК. З'ясувавши співвідношення між заборною одержувати подарунки та обмеженнями щодо їх прийняття, дослідник робить висновок про те, що адміністративна відповідальність за порушення заборони, закріпленої в п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р., унеможливується, оскільки в чинній редакції ст. 172-5 КУпАП про порушення встановленої законом заборони щодо одержання подарунка не йдеться. Виходячи з того, що п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. присвячена випадкам «задобрювання» керівництва з розрахунком на подальше лояльне ставлення чи певне сприяння в роботі, О.З. Гладун вважає, що одержання керівником такого подарунка у зв'язку зі здійсненням діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, повністю охоплюється положенням п. 1 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р., порушення якого, як вже зазначалось, тягне за собою кримінальну відповідальність, а тому п. 2 як надмірну заборону з ч. 1 ст. 23 вказаного Закону слід виключити [21].

Нагадаю, що п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. *забороняє* відповідному суб'єкту вимагати, просити, одержувати подарунки від юридичних або фізичних осіб, якщо особа, яка дарує, перебуває в підпорядкуванні такого суб'єкта. О.З. Гладун, звичайно, має рацію, коли пише, що існування заборони на певні дії виключає можливість розглядати їх з погляду наявних обмежень. Звідси впливає некоректність назви ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. «Обмеження щодо одержання подарунків», адже в цій статті говориться і про заборони (ч. 1), і про обмеження (ч. 2) стосовно подарунків. Щодо ситуації з юридичною оцінкою порушення заборони, встановленої в п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р., то вона, на мою думку, позбавлена однозначності.

По-перше, сумніви (а їх висловлюють і інші автори [9, с. 50, 53; 15, с. 65]) в доречності звернення в цьому разі до ст. 172-5 КУпАП, справді, існують (бо порушення заборони – це не порушення обмеження, і про дотримання правил законодавчої техніки тут говорити, вочевидь, не доводиться) при тому, що формальних перешкод для застосування згаданої адміністративно-правової заборони, мабуть, немає (позаяк назва і зміст ст. 172-5 КУпАП узгоджені принаймні з назвою ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р.). Показово, що в юридичній літературі (всупереч точці зору О.З. Гладуна) стверджується, що з об'єктивної сторони правопорушення, передбачене ст. 172-5 КУпАП, полягає в порушенні відповідним суб'єктом вимог закону стосовно заборони або обмежень щодо одержання подарунка [22, с. 215]. Подібну думку висловлює В.М. Киричко [23, с. 92].

По-друге, на відміну від О.З. Гладуна, я б не став беззастережно вбачати в порушенні заборони, закріпленої в п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р., порушення п. 1 ч. 1 цієї статті – підставу для настання кримінальної відповідальності. Адже з погляду кваліфікації за ст. 368 КК про злочинне одержання від підлеглих неправомірної вигоди за сприятливе ставлення (за збереження добрих стосунків, за певну лінію поведінки по службі, «про всяк випадок», «за встановленою хибною практикою», за протегування, заступництво тощо) можна вести мову лише в тому разі, коли відповідне ставлення виражається в певних діях чи бездіяльності службової особи по службі. У зв'язку з цим у вироку, на підставі якого суб'єкт засуджується за ст. 368 КК, має бути

зазначено, за виконання (невиконання) яких конкретних дій з використанням службового становища публічна службова особа одержала неправомірну вигоду. Так, покровительство може виражатись в захисті від неприємностей по роботі, просуванні по службі, наданні більш вигідної роботи, першочерговому забезпеченні сировиною і матеріалами, а потурання – у nereагуванні на правопорушення, не перешкоджанні їх вчиненню, не притягненні до встановленої законом відповідальності тощо. Такі міркування, засновані на здобутках кримінально-правової доктрини і підходах, вироблених судовою практикою, були висловлені мною в науково-практичному коментарі до ст. 368 КК [14, с. 223]

За таких обставин більш доречним (порівняно з виключенням п. 2 із ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р.) вважаю шлях удосконалення ст. 172-5 КУпАП. Оцінюючи наукову позицію О.З. Гладуна, зверну увагу і на те, що якщо бути послідовним у частині неототожнення пов'язаних із подарунками заборон та обмежень, то потрібно ставити питання про вилучення з ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. не лише п. 2, а і п. 1 (як це пропонує робити, наприклад, Н.М. Ярмиш).

Критикуючи обстоюваний М.І. Хавронюком, О.З. Гладуном, В.В. Мозговою, Н.М. Ярмиш і деякими іншими науковцями підхід щодо розмежування деліктів, передбачених ст. 368 КК і ст. 172-5 КУпАП, В.М. Киричко характеризує його як такий, що не враховує суспільну небезпечність як базову категорію кримінального права. Посилаючись на легальне визначення поняття корупції (ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р.), в якій фігурує мета схилити спеціального суб'єкта до протиправного використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей, дослідник стверджує, що лише в тому разі, коли особа прагне в такий спосіб задовольнити свій незаконний інтерес, обидві сторони корупції підлягатимуть кримінальній відповідальності, зокрема, за статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369 КК. Відповідно, відсутність зазначеної мети і незаконного інтересу вказує на відсутність суспільної небезпечності в діях обох сторін. Тому, наприклад, у випадку надання подарунка державному службовцю за добросовісне виконання ним своїх службових обов'язків для цього суб'єкта має наставати не кримінальна, а адміністративна (ст. 172-5 КУпАП) відповідальність. Робиться висновок про те, що порушення встановлених ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. обмежень у вигляді заборон щодо одержання подарунків за жодних умов не може кваліфікуватись як одержання неправомірної вигоди за статтями КК, оскільки воно є правопорушенням, пов'язаним із корупцією, яке відповідно до ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. не містить ознак корупції, та яке не є суспільно небезпечним діянням [23].

Вважаю позицію В.М. Киричка конструктивною, проте в основному в аспекті *de lege ferenda*. Вище мною висловлювались, вочевидь, співзвучні міркуванням цього вченого думки про можливість застосування ч. 2 ст. 11 КК щодо деяких позбавлених суспільної небезпеки випадків одержання «неправомірної вигоди-подяки». Однак загалом позиція В.М. Киричка *de lege lata* навряд чи може бути підтримана.

Річ у тім, що в ст. 1 Закону від 14 жовтня 2014 р. зроблено застереження, згідно з якими визначення корупційного правопорушення і корупції вживаються у відповідному значенні «у цьому Законі». Водночас у ч. 3 ст. 3 КК недвозначно сказано, що злочинність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Одним із проявів неузгодженості між переліком корупційних злочинів (примітка ст. 45 КК), їхнім законодавчим описанням і легальним визначенням поняття корупції є те, що останнім не охоплюється обіцянка, пропозиція або надання неправомірної вигоди з метою схилити відповідного суб'єкта до *правомірного* використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей у той час, як вказана і «дзеркальна» поведінка вважається складовою корупційних злочинів, караних за статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369 КК. Як слушно зазначається в літературі, жодна стаття КК із тих, де йдеться про надання-одержання неправомірної вигоди, не містить ознак, з яких би випливало, що за неправомірну вигоду очікується вчинення саме протиправного діяння [24, с. 161]. Законодавче визначення поняття корупції не дає, як на мене, однозначної відповіді на питання, чи охоплюється цим визначенням одержання «неправомірної вигоди-подяки», звідки, однак, висновок про незлочинність такої поведінки в жодному разі не впливає (про це йшлося вище).

Таким чином, оскільки регулювання відносин, пов'язаних із кримінальною відповідністю за корупційний злочин і звільненням від такої відповідальності, є, так би мовити, виключною преро-

гатиною КК, неузгодженості між цим Кодексом і Законом від 14 жовтня 2014 р. не повинні братись до уваги при вирішенні питання про розмежування правопорушень, передбачених чинними редакціями ст. 368 КК і ст. 172-5 КУпАП.

Проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки.

По-перше, кримінально-правовою доктриною вироблено більш-менш усталений і загалом прийнятний підхід до юридичної оцінки одержання «публічною» службовою особою «забороненого подарунка», згідно з яким така поведінка має кваліфікуватись за ст. 368 КК – за наявності всіх ознак передбаченого цією статтею складу корупційного злочину (включаючи відсутність малозначності діяння). Водночас для забезпечення однаковості і стабільності правозастосовної практики, яка нерідко ігнорує вказаний теоретичний підхід, безпідставно надаючи перевагу ст. 172-5 КУпАП, конче необхідні чіткі правозастосовні орієнтири, сформульовані Верховним Судом України та Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Таких орієнтирів на сьогодні явно бракує. Крім цього, для більш чіткого розмежування деліктів, передбачених ст. 368 КК і ст. 172-5 КУпАП, вже на законодавчому рівні п. 1 із ч. 1 ст. 23 Закону від 14 жовтня 2014 р. слід виключити.

По-друге, незважаючи на те, що ст. 368 КК є чи не найбільш «постраждалою» в ході перманентного реформування антикорупційного законодавства України, визнавати сьогодишню модель цієї кримінально-правової заборони оптимальною не доводиться. Серед іншого, чинна редакція ст. 368 КК не враховує міжнародно-правові зобов'язання України в частині оцінки одержання «неправомірної вигоди-подяки», у зв'язку з чим проблема декриміналізації такої поведінки потребує фахового обговорення і врешті-решт розв'язання, у тому числі в контексті чіткого законодавчого (а не пов'язаного із дискреційним застосуванням ч. 2 ст. 11 КК, як це має місце наразі) невизнання злочинною поведінки, скерованої загальноновизнаними уявленнями про вдячність і гостинність. У випадку сприйняття законодавцем такої ідеї вдосконалена ст. 172-5 КУпАП має передбачати відповідальність не лише за порушення встановлених законодавством обмежень щодо подарунків і заборонене одержання подарунків від підлеглих, а і за декриміналізовану у вказаний спосіб поведінку.

1. Методичні рекомендації з питань запобігання та врегулювання конфлікту інтересів у діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та порівнянних до них осіб. Затв. рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 14 липня 2016 р. № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nads.gov.ua/page/metodychni-rekomendaciyi>.
2. Коррупция: глоссарий международных стандартов в области уголовного права. – OECD, 2007 (п. 3.8) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.oecd.org/daf/antibribery/41194582.pdf>.
3. Дудоров О.О. Правова еквилибристика, або Про відмежування злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, від адміністративних корупційних правопорушень / О.О. Дудоров, Г.М. Зеленов // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2012. – № 1 (частина 1). – С. 92–99.
4. Дудоров О.О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / Дудоров Олександр Олександрович. – К., 1994. – 208 с.
5. Пояснювальна записка до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://crimcor.rada.gov.ua/komzloch/control/uk/publish/article;jsessionid=f3a149f998ca5d901366def8f6e8349e?art_id=49138&cat_id=46352.
6. Ризак Я.В. Кримінальна відповідальність за підкуп службової особи юридичної особи приватного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Я.В. Ризак. – К., 2014. – 20 с.
7. Ширяев В.Н. Взятничество и лиходействие в связи с общим учением о должностных преступлениях. Уголовно-юридическое исследование / В.Н. Ширяев. – Ярославль, 2016. – 570 с.
8. Волженкин Б.В. «Обычный подарок» или взятка? / Б.В. Волженкин // Законность. – 1997. – № 4. – С. 24–26.
9. Ярмиш Н. Про співвідношення одержання неправомірної вигоди з одержанням забороненого подарунка / Н. Ярмиш // Вісник прокуратури. – 2016. – № 6. – С. 48–54.
10. Максимович Р.Л. Коментар до Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» / Р.Л. Максимович. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – 280 с.
11. Брич Л. Кримінально-правова кваліфікація корупційних діянь (з урахуванням диференціації юридичної відповідальності за новим антикорупційним законодавством України) / Л. Брич // Юридичний вісник України. – 8–14 травня 2010 р. – № 19.

12. Дудоров О. Відповідальність за корупційні злочини. Огляд основних новел кримінального законодавства / О. Дудоров, Г. Зеленев // Юридичний вісник України. – 28 вересня – 4 жовтня 2013 р. – № 39.
13. Загиней З.А. Проблеми співвідношення статті 368 Кримінального кодексу України та частини 2 статті 172-5 Кодексу України про адміністративні правопорушення / З.А. Загиней // Актуальні сучасні проблеми кримінального права та кримінології у світлі реформування кримінальної юстиції: збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції, 23 травня 2014 р., м. Харків. – Том I. – Х.: ХНУВС, 2014. – С. 56–59.
14. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хаврюнюка. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К.: ВД «Дакор», 2017. – 522 с.
15. Мозгова В. Порушення антикорупційних обмежень щодо одержання подарунків: питання кваліфікації / В. Мозгова, І. Ольшанецький // Вісник прокуратури. – 2016. – № 11. – С. 64–68.
16. Мозгова В.В. Окремі проблеми кваліфікації за статтею 172-5 Кодексу України про адміністративні правопорушення / В.В. Мозгова // Корупція як загроза національній безпеці України: попереджаємо, протидіємо, переслідуюмо: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 29 листопада 2016 р.). – К.: Національна академія прокуратури України, 2017. – С. 55–57.
17. Якість та ефективність законотворення: актуальні питання // Голос України. – 18 лютого 2017 р. – № 32.
18. Берднікова К.В. Особливості нового антикорупційного законодавства у сфері адміністративної відповідальності за порушення встановлених законодавством обмежень щодо одержання подарунків / К.В. Берднікова // Адміністративне право і процес. – 2015. – № 1. – С. 111–119.
20. Адміністративна відповідальність за правопорушення, пов'язані із корупцією: практ. посібник / К.Л. Бугайчук, О.І. Безпалова, О.В. Джафарова, В.О. Іванцов, С.О. Шатрава. – Х.: ХНУВС, 2016. – 100 с.
21. Гладун О.З. Обмеження щодо одержання подарунків: міжнародні стандарти та вітчизняні положення / О.З. Гладун // Корупція як загроза національній безпеці України: попереджаємо, протидіємо, переслідуюмо: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 29 листопада 2016 р.). – К.: Національна академія прокуратури України, 2017. – С. 17–21.
22. Державна антикорупційна політика і запобігання та протидія корупції на публічній службі в органах державної влади і органах місцевого самоврядування: монографія / за ред. проф. Ю.В. Ковбасюка і проф. В.Л. Федоренка. – К.: Вид-во Ліра-К, НАДУ, 2016. – 524 с.
23. Киричко В.М. Про ключове значення категорії суспільної небезпечності для вирішення питань про співвідношення понять неправомірної вигоди і подарунка та відповідальність за порушення заборон щодо них / В.М. Киричко // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції: зб. тез доп. V Міжнар. наук.-практ. конф. (31 берез. 2017 р., м. Харків, Україна) / МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ; Кримінол. асоц. України. – Х.: ХНУВС, 2017. – С. 91–92.
24. Ярмиш Н.М. Щодо відповідності поняттю корупційного правопорушення злочинів, передбачених статтею 45 Кримінального кодексу України / Н.М. Ярмиш // Юридичний вісник. – 2015. – № 3. – С. 158–162.

Проблеми кваліфікації зловживання впливом у судовій практиці³⁹

У законодавчому інструментарії, покликаному забезпечувати протидію корупції, ст. 369-2 Кримінального кодексу України (далі – КК) «Зловживання впливом» займає особливе місце. З одного боку, ця заборона активно затребувана на практиці (причому кількість осіб, засуджених за зловживання впливом, зростає); з іншого, включення її до КК посилює казуїстичність останнього, частково створило надмірність законодавчого описання злочинної поведінки, пов'язаної з корупцією, і через недотримання в цьому разі засади правової визначеності серйозно ускладнило застосування КК.

Кримінально-правова заборона, присвячена зловживанню впливом, як результат виконання міжнародно-правових рекомендацій. Ст. 369-2 КК сформульована максимально абстрактно; вона не містить уточнень, за допомогою яких законодавець мав би недвозначно виразити свою волю, та, як наслідок, основну ідею криміналізації зловживання впливом як специфічних тристоронніх відносин з ознаками корупції, відмінних від традиційного хабарництва за участю «публічних» службових осіб і правомірних форм лобіювання, чітко не відображає, хоч і не відкидає її. Було б, однак, несправедливо всю вину за неякісний кримінальний закон у цьому разі покласти саме і тільки на парламентаріїв, які мовляв неналежним чином (механічно і без належної адаптації до правової системи України) врахували положення антикорупційних конвенцій. Адже звернення до текстів відповідних міжнародно-правових документів (а ст. 369-2 КК є результатом імплементації ст. 18 Конвенції ООН проти корупції і ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією) дозволяє стверджувати, що у самих цих документах ознаки зловживання впливом сформульовані неоднозначно.

У ст. 18 Конвенції ООН проти корупції вказується на можливість вжиття кожною Державою-учасницею законодавчих та інших заходів, необхідних для визнання злочинами низки дій, якщо вони вчинені умисно. Це: а) обіцянка, пропозиція або надання державній посадовій особі чи будь-якій іншій особі, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги, щоб ця посадова особа чи така інша особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації чи державного органу Держави-учасниці будь-якої неправомірної переваги для ініціатора таких дій чи будь-якої іншої особи; б) вимагання або прийняття державною посадовою особою чи будь-якою іншою особою, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої себе чи для іншої особи, щоб ця особа чи така інша особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації або державного органу Держави-учасниці будь-якої неправомірної переваги.

Ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією містить подібні формулювання, однак дещо інакше (ширше) визначає коло адресатів неправомірного впливу і водночас не уточнює, що «будь-яка особа», котра вимагає, одержує або приймає пропозицію чи обіцянку надання неправомірної переваги за відповідний вплив, може бути «державною посадовою особою».

Призначення аналізованої кримінально-правової заборони досить чітко відображено в пунктах 64–66 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, де зазначається таке: криміналізація зловживання впливом, покликана забезпечити прозорість і неупередженість у процесі прийняття рішень державними службами, має на меті дістатися до ближнього кола посадової особи або політичної партії і боротися з корупційною поведінкою тих осіб, які, перебуваючи поряд із владою, намагаються скористатись зі свого професійного становища або соціального статусу, що сприяє формуванню корумпованої атмосфери і послаблює віру громадян у справедливість державного управління. Особа, яка зловживає впливом, перебуває в становищі стороннього: вона не може приймати рішення самостійно, однак неналежним чином використовує свій реальний або стверджуваний вплив на інших осіб.

Очевидно, що таке визначення місії досліджуваної заборони (це – засіб боротьби з «фоновим» корупцією) не певною мірою узгоджується зі ст. 18 Конвенції ООН проти корупції, яка допускає,

³⁹ Стаття опублікована: Часопис українського судочинства. 2019. № 2. С. 13–35.

що суб'єктом «пасивного» зловживання впливом може бути і державна посадова особа, тобто суб'єкт «пасивного» хабарництва.

На відміну від ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, в якій йдеться про очікуваний вплив на прийняття рішення (тобто не вимагається, щоб бажане для певної особи рішення уповноваженого суб'єкта було неправомірним), у ст. 18 Конвенції ООН проти корупції в контексті можливої криміналізації зловживання впливом фігурує мета одержання від адміністрації чи державного органу Держави-учасниці неправомірної переваги для ініціатора таких дій чи будь-якої іншої особи. При цьому для наявності складу злочину, передбаченого ч. 1 або ч. 2 ст. 369-2 КК, не вимагається, щоб бажане для певної особи рішення того, хто уповноважений на виконання функцій держави, було неправомірним. Виходить, що в цій частині зміст вітчизняної кримінально-правової заборони узгоджується з однією конвенцією і водночас дозволяє говорити про виконання міжнародно-правової рекомендації «з запасом» стосовно іншої.

Цікаво, що обидві згадані норми в офіційних перекладах антикорупційних конвенцій мають назву «Зловживання впливом» при тому, що в їхніх англійських текстах вживається зворот «trading in influence», який у перекладі на українську мову буквально означає «торгівлю впливом». З конвенцій вбачається, що при зловживанні впливом особа, яка має реальний або навіть удаваний вплив на іншу особу, міняє цей вплив на неправомірну перевагу, що надається (обіцяється) тим, хто бажає скористатись цим впливом (фактично «посередник» торгує цим впливом). Ст. 369-2 КК виправдано сповідує такий саме підхід. Водночас та обставина, що сам вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, значення для кваліфікації за ст. 369-2 КК не має (він знаходиться поза межами складів злочину, описаних у різних частинах цієї статті), не повною мірою узгоджується з її назвою, хоч і відповідає міжнародно-правовим рекомендаціям. Насправді у ст. 369-2 КК йдеться про поведінку, предметом якої виступає неправомірна вигода та яка пов'язана зі впливом на особу, уповноважену на виконання функцій держави.

Караний за ч. 2 ст. 369-2 КК вплив, який особа пропонує чи обіцяє (погоджується) здійснити і за здійснення якого їй пропонується (обіцяється) чи надається неправомірна вигода, може бути зумовлений, серед іншого, довірчими, родинними, близькими і дружніми стосунками цієї особи з тим, хто уповноважений на виконання функцій держави. Принаймні чинна редакція ст. 369-2 КК таке її тлумачення не виключає. Як писав дореволюційний дослідник Є.В. Васильовський, при тлумаченні кримінального закону доцільно виходити з презумпції: законодавець сказав те, що хотів сказати, якщо не виявлена очевидна помилка його волевиявлення; якби нормі передбачалось надати інший смисл, вона була б сформульована ясніше.

Щоправда, про вказані стосунки між людьми, позбавлені, так би мовити, професійного чи соціального навантаження (інакше кажучи, не пов'язані з використанням професійного становища або соціального статусу), у Пояснювальній записці до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією у контексті криміналізації зловживання впливом нічого не сказано. Таким чином, і з питання про характер впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, можна констатувати невідповідність тексту досліджуваної кримінально-правової заборони якщо не «букві», то «духу» принаймні одного міжнародно-правового документа, на виконання положень якого ст. 369-2 з'явилась у КК.

Принагідно зазначу і те, що охоплення поняттям впливу з погляду кваліфікації за цією статтею КК використання дружніх, родинних і подібних стосунків з особою, уповноваженою на виконання функцій держави, суперечить законодавчу визначенню поняття корупції як використання відповідним суб'єктом службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей (ст. 1 Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції»). І ця обставина (поряд із тим, що легальна дефініція поняття корупційного правопорушення «прив'язана» до осіб, перелік осіб наводиться в ч. 1 ст. 3 згаданого Закону, в той час, як із питання про суб'єкта «пасивного» зловживання впливом наразі спостерігається невизначеність) ставить під сумнів правильність беззастережного віднесення зловживання впливом до числа корупційних злочинів (примітка ст. 45 КК).

Недостатньо якісний рівень імплементації положень ст. 18 Конвенції ООН проти корупції і ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією своїм закономірним результатом має не лише суперечливість доктринального тлумачення чи не всіх основних ознак кримінально-карного зловживання впливом, а й відсутність однаковості відповідної судової практики. Свого часу я,

вирішивши, що ст. 369-2 КК не піддається розумній реконструкції, є таким собі «п'ятим колесом до воза» і виходячи з того, що конвенційні положення про зловживання впливом носять рекомендаційний характер, навіть запропонував виключити цю заборону з КК. Зрозуміло, що такий радикальний і, допускаю, значною мірою емоційний крок задля уникнення законодавчих прогалин потребуватиме певних уточнень інших кримінально-правових заборон антикорупційного спрямування. Проте на сьогодні ст. 369-2 в КК присутня, а тому далі зосередимось на найбільш дискусійних аспектах її застосування.

Проблемна примітка. Всупереч буквальному розумінню звороту «особа, уповноважена на виконання функцій держави», використаного в тексті ст. 369-2 КК, до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, раніше могли бути віднесені також: 1) особи, уповноважені на виконання функцій місцевого самоврядування; 2) особи, які прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (це, зокрема, посадові особи юридичних осіб публічного права та особи, які надають публічні послуги, – аудиторів, нотаріусів, оцінювачів, експертів, арбітражних керуючих тощо); 3) особи, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або спеціально уповноважені на виконання таких обов'язків в юридичних особах приватного права.

Наведене тлумачення звороту «особа, уповноважена на виконання функцій держави» виходило з того, що вказані три категорії осіб перераховувались у пунктах 1–3 ч. 1 ст. 4 Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», який продовжує фігурувати в примітці ст. 369-2 КК. Однак вказаний Закон не є чинним, адже наразі (починаючи з 26 квітня 2015 р.) діє Закон від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції». Допущена помилка, на жаль, уже не дивує з урахуванням тієї «якості» законотворчості, яку останніми роками демонструє парламент. Зауважу і те, що віднесення (згідно з чинним раніше законодавством) до числа осіб, у зв'язку з впливом на яких вчиняються заборонені ст. 369-2 КК дії, службових осіб юридичних осіб приватного права суперечило ст. 18 Конвенції ООН проти корупції і ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, змушуючи вчергове говорити про виконання Україною міжнародно-правових рекомендацій щодо криміналізації зловживання впливом «із запасом». Не викликає сумнівів, що вдосконалену примітку ст. 369-2 треба сформулювати таким чином, щоб вона не поширювала свою дію, зокрема, на службових осіб юридичних осіб приватного права.

В юридичній літературі (З.А. Загинеї) висловлено думку про те, що відсилка у бланкетній примітці ст. 369-2 КК до нечинного нормативно-правового акта (Закон «Про засади запобігання і протидії корупції») перешкоджає встановленню нормативного змісту такої ознаки складу злочину, передбаченого цією статтею КК, як суб'єкт, а визначення кола осіб, уповноважених на виконання функцій держави, з урахуванням Закону «Про запобігання корупції» порушувало б принцип законності; як наслідок, примітка ст. 369-2 КК не має юридичної дії. Уточню, що особу, уповноважену на виконання функцій держави, якій присвячено розглядувану примітку, немає підстав визнавати суб'єктом зловживання впливом (ця особа є перспективним «адресатом» злочинних дій, перерахованих у ст. 369-2 КК), проте це не знімає гостроту проблеми. У доктрині і судовій практиці її пропонується вирішувати по-різному.

Один із підходів полягає в тому, що допоки вказана законодавча вада не буде усунута, неможливо визначити зміст одного з понять, використаних у ст. 369-2 КК, а тому кваліфікація певних суспільно небезпечних діянь за цією статтею КК порушуватиме ч. 4 ст. 3 КК (заборона застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією), у зв'язку з чим є неприйнятною. Обвинувальні ж вироки судів, які продовжують увалюватись за цієї статтею КК, характеризуються як неправосудні. Про це йдеться, зокрема, в Методичних рекомендаціях щодо участі прокурора у судовому кримінальному провадженні про злочини у сфері службової діяльності в суді першої інстанції, схвалених на засіданні науково-методичної ради Генеральної прокуратури України (протокол № 5 від 26 червня 2017 р.).

Керуючись, серед іншого, викладеною аргументацією, Орджонікідзевський районний суд м. Запоріжжя вироком від 2 липня 2018 р. виправдав особу, обвинувачену у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 369-3 КК. Визначивши безпосередній об'єкт цього злочину як «встановлений порядок здійснення службової діяльності особами, уповноваженими на виконання функцій дер-

жави» і констатувавши нечинність Закону «Про засади запобігання і протидії корупції», згаданого у примітці ст. 369-2 КК, суд вирішив, що на момент вчинення дій, описаних в обвинувальному акті та інкримінованих підсудному, «Відсутнє законодавство України про кримінальну відповідальність, яке визначає об'єкт злочину, передбаченого ст. 369-2 КК», а отже, відсутній склад цього злочину.

Із наведеним визначенням основного безпосереднього об'єкта зловживання впливом погодитись складно, беручи до уваги зміст аналізованої кримінально-правової заборони і, зокрема, ту обставину, що майбутня поведінка особи, уповноваженої на виконання функцій держави, будучи метою дій «активного» корупціонера і предметом обіцянки суб'єкта «пасивного» зловживання впливом, знаходиться поза межами складу злочину. Крім цього, нечинність примітки ст. 369-2 КК у жодному разі не може перешкодити встановленню (передусім шляхом тлумачення диспозицій ч. 1 і ч. 2 цієї статті) основного безпосереднього об'єкта зловживання впливом як злочину.

Так само Кельменецький районний суд Чернівецької області (вирок від 12 жовтня 2018 р.) виправдав обвинуваченого у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, заступника начальника Сокирянської виправної колонії, який одержав від одного із засуджених неправомірну вигоду у розмірі 5 тис. доларів США за вплив на прийняття рішення особами, уповноваженими на виконання функцій держави. Судячи з вироку, суб'єкт, поведінка якого піддавалась кримінально-правовій оцінці, одержав гроші як для себе, так і для третіх осіб – прокурорів Сокирянської місцевої прокуратури Чернівецької області і суддів Сокирянського районного суду Чернівецької області, уповноважених на прийняття рішення щодо умовно-дострокового звільнення засудженого. Пославшись на ч. 4 ст. 3 КК і практику ЄСПЛ у частині дотримання засади юридичної визначеності, суд вирішив, що втрата чинності Законом «Про засади запобігання і протидії корупції», на який зроблене посилання у примітці ст. 369-2 КК, унеможлиблює встановлення ознак складу злочину «зловживання впливом».

Цей вирок, крім втілення у ньому формального підходу «закон є закон», зайвий раз демонструє невтішну тенденцію, яка полягає в тому, що завдяки існуванню досліджуваної кримінально-правової заборони зусилля правоохоронців нерідко зосереджуються на «фоновій» корупції – на шкоду викриттю корупційної поведінки осіб, уповноважених на виконання функцій держави, зв'язок яких із засудженими за «пасивне» зловживання впливом зазвичай не встановлюється. Так, вирішивши, що недоługa примітка блокує застосування ст. 369-2 КК загалом, Кельменецький районний суд не визнав за потрібне з'ясувати, чи насправді гроші, передані засудженим, частково призначались для прокурорів і суддів, а якщо це так, то якою має бути кримінально-правова оцінка корупційної поведінки вказаних службових осіб, а також того, хто планував передати їм певні грошові суми. Зрозуміло, що така оцінка виходить за межі звернення до ст. 369-2 КК, як і те, що відповідну претензію треба висувати передусім органу досудового розслідування, а не суду.

З урахуванням підпорядкованої (допоміжної) ролі приміток статей КК і, головним чином, пріоритетності при здійсненні правосуддя принципу верховенства права (ст. 129 Конституції України), який уможлиблює відхід від «букви» закону у ситуації, коли закон сам по собі або через його інтерпретацію призводить у конкретній ситуації до явної несправедливості, вважаю, що з'ясована сумнівність примітки ст. 369-2 КК не повинна перешкоджати застосуванню цієї статті КК. Остання, повторю, покликана протидіяти «фоновій» корупції у виконанні «посередників», а не корупційній поведінці осіб, уповноважених на виконання функцій держави, законодавчий перелік яких (осіб) на сьогодні відсутній.

Поділяю виважену позицію, яку з розглядуваного питання кваліфікації обстоює В.О. Навроцький, переконаний у тому, що незастосування примітки ст. 369-2 КК не означає нечинності цієї статті. Адже: примітка є складовою статті КК, яка лише додатково роз'яснює її зміст; вона не містить вказівки на обов'язкові ознаки складу злочину – такі ознаки вказуються в диспозиції статті; сама по собі примітка не визначає підставу кримінальної відповідальності, а допомагає правильно застосувати диспозицію статті КК. Нечинність примітки ст. 369-2 КК означає, що диспозиції цієї статті повинні застосовуватись без урахування змісту примітки. Зміст відповідних кримінально-правових понять треба встановлювати на загальних засадах. Більшість статей Особливої частини КК не містять приміток, що не перешкоджає встановленню змісту викладених у цих статтях понять та їхньому застосуванню. Отже, слушно резюмує В.О. Навроцький, нечин-

ність примітки ст. 369-2 КК веде тільки до обмеження кола осіб, вплив на прийняття рішення якими тягне за собою кримінальну відповідальність за цією статтею КК, порівняно з тим, як це мало місце раніше, коли відповідний Закон (і примітка) діяли.

Таким чином, *de lege lata* до згаданих у ст. 369-2 КК осіб, уповноважених на виконання функцій держави, належать лише особи, вказані в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції», і водночас не належать особи, які: а) які уповноважені на виконання функцій місцевого самоврядування (зокрема, депутати місцевих рад, сільські, селищні, міські голови, посадові особи місцевого самоврядування, хоч вони фігурують у цій саме правовій нормі); б) прирівняні до тих, хто виконує функції держави або місцевого самоврядування; в) займають відповідні посади в юридичних особах приватного права або виконують роботи, надають послуги відповідно до договору; г) є кандидатами на певні посади.

Та обставина, що примітка ст. 369-2 КК посилається на неіснуючий закон України (це вказує на відсутність законодавчо визначеного переліку осіб, уповноважених на виконання функцій держави), а аналогія закону в кримінальному праві не допускається, не завадила Дергачівському районному суду Харківської області ухвалити 24 жовтня 2018 р. обвинувальний вирок, засудивши за ч. 2 ст. 369-2 КК начальника відділу кадрів Сумського прикордонного загону Східного регіонального управління Державної прикордонної служби України (далі – ДПС) і колишнього заступника начальника Східного регіонального управління ДПС з персоналу. Вказані особи одержали неправомірну вигоду за обіцянку здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, а саме рішення Голови ДПС щодо переведення зацікавленого в ньому прикордонника, який надав неправомірну вигоду, на посаду до одного зі структурних підрозділів Західного регіонального управління ДПС. Цікаво, що при обґрунтуванні кваліфікації дій засуджених суд, зокрема: а) послався на ч. 3 розділу XIII «Прикінцеві положення» Закону «Про запобігання корупції», згідно з якою до приведення у відповідність з цим Законом нормативно-правові акти застосовуються в частині, що не суперечить йому; б) наголосив на тому, що Голова ДПС як особа, яка обіймає посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків, у центральному органі виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони державного кордону, є особою, уповноваженою на виконання функцій держави. Вироком Дзержинського районного суду м. Харкова від 25 березня 2019 р. за ч. 2 ст. 369-2 КК засуджено старшого державного інспектора відділу моніторингу доходів та обліково-звітних систем Київського управління Головного управління ДФС у Харківській області. Ця особа одержала неправомірну вигоду за здійснення впливу на слідчого та прокурора Генеральної прокуратури України, які здійснювали досудове розслідування та процесуальне керівництво у кримінальному провадженні, щодо непроведення стосовно службових осіб СВК «Харківський молочник» і СВК Смакограй» комплексу слідчих і процесуальних дій і, відповідно, подальшого не притягнення цих осіб до кримінальної відповідальності. Суд, як і в попередньому випадку, послався на розділ XIII «Прикінцеві положення» Закону «Про запобігання корупції», а також наголосив на тому, що, незважаючи на невнесення змін до ст. 369-2 КК, працівники прокуратури та правоохоронних органів антикорупційним законодавством (і діючим раніше, і чинним) визначені як особи, уповноважені на виконання функцій держави. Постановою колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду (далі – ККС ВС) від 15 листопада 2018 р. підтверджено обґрунтованість засудження за ч. 2 ст. 369-2 КК фізичної особи-підприємця і колишнього співробітника Управління Державної архітектурно-будівельної інспекції у Хмельницькій області, які одержали неправомірну вигоду у вигляді 1 тис. 700 доларів США за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави (головним інспектором будівельного нагляду сектору по роботі з дозвільними документами вказаного Управління). До осіб, уповноважених на виконання функцій держави, при засудженні за зловживання впливом були виправдано віднесені також: начальник Управління превентивної діяльності ГУ НП в Запорізькій області (вирок Орджонікідзевського районного суду м. Запоріжжя від 10 жовтня 2018 р.); військовий комісар Києво-Святошинського районного комісаріату (вирок Голосіївського районного суду м. Києва від 7 березня 2019 р.); старший слідчий військової прокуратури Львівського гарнізону (вирок Шевченківського районного суду м. Львова від 11 грудня 2018 р.); старший

прокурор групи прокурорів у кримінальному провадженні прокурора військової прокуратури Одеського гарнізону (вирок Приморського районного суду м. Одеси від 19 грудня 2018 р.); слідчий СВ Дніпровського відділу поліції ГУ НП в Запорізькій області (вирок Комунарського районного суду м. Запоріжжя від 18 січня 2019 р.); суддя Любомльського районного суду Волинської області (вирок Камінь-Каширського районного суду Волинської області від 20 лютого 2019 р.). На відміну від згаданих вище судових рішень, вирок Кіровського районного суду м. Кіровограда від 18 жовтня 2018 р., яким за ч. 2 ст. 369-2 КК засуджено директора ТОВ «Рекламне агентство Рік-Медіа», депутата Фортечної районної у м. Кропивницькому ради, навряд чи може розцінений схвально. Вказаний суб'єкт, засвідчуючи свій авторитет, партнерські взаємовідносини з міським головою Кропивницького і можливість вести переговори з посадовими особами міської ради, а також вплив на прийняття ними потрібних рішень, від керівника однієї комерційної структури одержав неправомірну вигоду (133 тис. грн.) за вплив на прийняття рішень виконавчими органами міської ради міста Кропивницького щодо надання дозволів на розміщення п'яти об'єктів реклами (біг-бордів) у Кропивницькому.

З урахуванням того, що осіб, уповноважених на виконання функцій місцевого самоврядування, на рішення яких обіцяв вплинути засуджений, немає підстав визнавати особами, уповноваженими на виконання функцій держави (виходжу із закріпленої в Конституції України та інших законодавчих актах відокремленості органів місцевого самоврядування від держави), інкримінування ч. 2 ст. 369-2 КК у цьому разі вважаю сумнівним.

Сказане стосується також: засудження за ч. 2 ст. 369-2 КК особи, яка одержала неправомірну вигоду (2 тис. доларів США) за обіцянку здійснити вплив на службових осіб Одеської міської ради (вирок Малиновського районного суду м. Одеси від 28 лютого 2019 р.); засудження за ч. 2 ст. 369-2 КК особи, яка одержала неправомірну вигоду (25 тис. доларів США) за вплив на прийняття рішення заступником директора департаменту – начальником управління архітектури та урбаністики департаменту містобудування Львівської міської ради (вирок Личаківського районного суду м. Львова від 7 листопада 2018 р.).

Однозначно не слід при застосуванні ст. 369-2 КК посилались на нечинний Закон «Про засади запобігання і протидії корупції» як акт, що визначає коло осіб, уповноважених на виконання функцій держави, даючи кримінально-правову оцінку діям, вчиненим після набрання чинності Законом «Про запобігання корупції», хоч і такі прикрі випадки трапляються в судовій практиці (наприклад, вирок Київського районного суду м. Полтави від 25 січня 2019 р.).

De lege ferenda з метою узгодження положень КК та чинного антикорупційного законодавства в ст. 369-2 КК (включаючи її примітку) доцільно вказати на осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та осіб, прирівняних до них. Тобто маються на увазі особи, вказані в пунктах 1 і 2 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції». Вважаю, що такий варіант поліпшення ст. 369-2 КК узгоджуватиметься зі ст. 18 Конвенції ООН проти корупції і ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією.

Хто може бути суб'єктом «пасивного» зловживання впливом? Якщо суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 369-2 КК, – загальний, то щодо суб'єкта «пасивного» зловживання впливом, караного за ч. 2 ст. 369-2 КК, такої ясності немає. Застосування різних способів і методів тлумачення кримінального закону дозволяє одержувати різні відповіді на питання про коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, а так само за пропозицію чи обіцянку здійснити вплив за надання неправомірної вигоди. В юридичній літературі з поставленого питання наявна ціла палітра думок.

Якщо одні науковці (наприклад, П.П. Андрушко, В.М. Киричко, О.О. Титаренко, Н.М. Ярмиш) визнають службову особу суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, то інші (зокрема, Л.П. Брич, В.І. Тютюгін, К.П. Задоя, А.В. Савченко та О.В. Кришевич) заперечують цю точку зору, пропонуючи кваліфікувати відповідні дії такої особи за ст. 364 або ст. 368 (368-3) КК. Так, на думку К.П. Задоя, суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК, є особа, яка не виконує становище працівника підприємства, установи, організації, владу, службове становище службової особи або повноваження особи, яка надає публічні послуги.

Дрогобицький міськрайонний суд Львівської області (вирок від 20 серпня 2018 р.) за ч. 3 ст. 368 КК засудив старшого слідчого Бориславського відділення поліції Дрогобицького відділу поліції ГУ НП у Львівській області, який одержав неправомірну вигоду у вигляді 3 тис. грн. за непритягнення до кримінальної відповідальності особи, котра вчинила крадіжку. Спростовуючи позицію захисника підсудного, який вважав, що дії останнього потребують кваліфікації за ч. 2 ст. 369-2 КК, суд у вирокі зазначив, що суб'єктом злочину, передбаченого цією кримінально-правовою нормою, може бути виключно приватна особа або службова особа за умови, що обіцяний, запропонований, здійснений нею вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, зумовлений не наданою їй по службі владою чи службовим становищем, а близькими, дружніми чи будь-якими іншими відносинами з такою особою.

Саме такий підхід знайшов втілення у дисертаційному дослідженні Н.О. Кочерової, присвяченому кримінально-правовим аспектам зловживання впливом. Натомість В.М. Киричко з урахуванням системних зв'язків ст. 369-2 КК з іншими статтями КК, а також змісту конвенційних приписів наполягає на тому, що суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, може визнаватись лише особа, здатна впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних з її службовими становищем, повноваженнями в їх широкому розумінні (обумовлених такими повноваженнями). Це – тільки службові особи та особи, які надають публічні послуги. Вчинення ж дій, вказаних у ч. 2 ст. 369-2 КК, іншою особою, стверджує вчений, не характеризується суспільною небезпекою, притаманною злочину, а тому не може тягнути кримінальну відповідальність. Щоправда, судовою практикою теза про звернення в цьому разі до норми про малозначність (ч. 2 ст. 11 КК) зазвичай не підтримується.

Так, за ч. 2 ст. 369-2 КК Тернопільський міськрайонний суд (вирок від 20 серпня 2014 р.) засудив секретаря-стенографіста, яка, працюючи в одному з тернопільських вишів і маючи дружні стосунки з іншими співробітниками університету, одержала неправомірну вигоду у вигляді 600 грн. від студента за вплив на викладачів щодо складання цим студентом заліку та іспиту з двох навчальних дисциплін.

Правильність такої кваліфікації *de lege lata* сумнівів не викликає, і наведений приклад, будучи класичним відображенням «фонові» корупції, є типовим. Очевидно, що за відсутності в КК ст. 369-2 дії вказаного працівника, який не є службовою особою, могли б кваліфікуватись за ч. 3 ст. 354 КК як одержання неправомірної вигоди за вчинення будь-яких дій з використанням становища, яке працівник займає на підприємстві, в установі чи організації (у цьому сенсі формулювання ч. 3 ст. 354 КК є таким же широким, як і зворот «з використанням наданої їй влади чи службового становища...», вжитий у ч. 1 ст. 368 КК).

Ще декілька подібних прикладів.

Перечинський районний суд Закарпатської області за ч. 2 ст. 369-2 КК засудив помічника судді Ужгородського міськрайонного суду, який, пообіцявши посприяти у винесенні суддею рішення на користь місцевого мешканця щодо повернення йому автомобіля, вилученого працівниками митниці за порушення митних правил, одержав від цієї особи неправомірну вигоду у вигляді 5 тис. доларів США. За ч. 2 ст. 369-2 КК кваліфікував Краснолиманський міський суд Донецької області (вирок від 2 жовтня 2018 р.) дії секретаря Слов'янського міськрайонного суду Донецької області, який одержав неправомірну вигоду у вигляді 8 тис. грн. за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави (суддею), щодо не притягнення особи до відповідальності за вчинення нею правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 130 КУпАП. Таку ж кримінально-правову оцінку дав Тернопільський міськрайонний суд (вирок від 18 жовтня 2013 р.) діям доцента кафедри податків та фіскальної політики Тернопільського національного економічного університету, який одержав від зацікавленої особи неправомірну вигоду у вигляді 1 тис. 100 доларів США за пришвидшення розгляду документів приймальною комісією і вплив на членів екзаменаційної комісії з метою успішного проведення усної співбесіди, необхідної для вступу на третій курс економічного факультету вказаного університету. Чугуївський міський суд Харківської області (вирок від 18 січня 2019 р.) за ч. 2 ст. 369-2 КК кваліфікував дії лікаря-кардіолога Чугуївської центральної районної лікарні ім. М.І. Кононенка, який одержав неправомірну вигоду (1 тис. доларів США) за вплив на прийняття рішення старшим лі-

карем призовної комісії, лікарем-терапевтом підліткового віку цієї ж лікарні щодо визнання особи непридатним за станом здоров'я до строкової військової служби.

Слід констатувати існування щонайменше альтернатив у вигляді визнання суб'єкта зловживання впливом, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК:

1) спеціальним – це особа, яка не є службовою, але має можливість вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави;

2) загальним – це може бути і службова особа, і особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, і працівник підприємства, установи, організації – за умови, що дії такого суб'єкта, які становлять зловживання впливом, не означають використання її службового становища чи наданих їй повноважень. За такого підходу склади злочинів, передбачених відповідними частинами статей 354, 368, 368-3, 368-4, 369, з одного боку, і ст. 369-2 КК, з іншого, вважаються суміжними за ознакою суб'єкта. Відповідно, якщо «посередник,» який пропонує (обіцяє) здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, є працівником підприємства, установи, організації, «публічною» службовою особою, службовою особою юридичної особи приватного права або особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, то пропозиція, обіцянка чи надання йому, а також прийняття ним пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за такий вплив, здійснений з використанням службового становища чи наданих повноважень, має каратись не за ст. 369-2, а за статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369 КК;

3) спеціальним – це лише такі особи, які здатні впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних з їх службовими повноваженнями в широкому розумінні (обумовлених такими можливостями). Маються на увазі службові особи та особи, які надають публічні послуги.

Взагалі, за підрахунками В.М. Киричка, в юридичній літературі висловлено щонайменше сім (!) точок зору стосовно того, яка особа може нести кримінальну відповідальність за «пасивне» зловживання впливом.

На мою думку, відсутність у нормі про кримінальну відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, або за пропозицію чи обіцянку здійснити такий вплив безпосередньої вказівки на те, що суб'єктом цього злочину є службова особа, не виключає такої можливості. Тобто склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, є підстави визнати альтернативно-службовим. На користь такого тлумачення національного кримінального закону вказує і та обставина, що в ст. 18 Конвенції ООН проти корупції до суб'єктів «пасивного» зловживання впливом поряд із будь-якою іншою особою віднесено, як вже зазначалось, і державну посадову особу.

Викладений підхід сприймається і частиною правозастосувачів.

Так, Печерський районний суд м. Києва (вирок від 25 травня 2018 р.) за ч. 2 ст. 369-2 КК засудив начальника відділу виконання функцій прокуратури щодо неповнолітніх, які потрапили у конфлікт із законом, Генеральної прокуратури України, який отримав неправомірну вигоду (3 тис. доларів США) за вплив на прийняття рішень начальником СВ Дарницького управління поліції ГУ НП у м. Києві щодо активізації розслідування певних кримінальних проваджень. 20 березня 2018 р. детективи НАБУ під процесуальним керівництвом прокурорів САП повідомили судді Луцького міськрайонного суду Волинської області про підозру у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК. Цей суддя за грошову винагороду в розмірі 500 дол. США пообіцяв особі, стосовно якої було складено протокол про правопорушення, передбачене ст. 130 КУпАП «Керування транспортним засобом в стані алкогольного сп'яніння», вплинути на ухвалення рішення своїм колегою. Останній нібито мав закрити справу щодо порушника.

За вчинення «пасивного зловживання впливом засуджувались й інші службові особи, зокрема: начальник відділу опрацювання заяв та прийняття рішень управління соціального захисту Верховинської РДА (вирок Верховинського районного суду Івано-Франківської області від 22 квітня 2019 р.); керівник Центру надання адміністративних послуг Верховинської РДА (вирок Надвірнянського районного суду Івано-Франківської області від 26 листопада 2018 р.); начальник

відділу з питань підприємництва та регуляторної політики департаменту економічного розвитку і торгівлі Рівненської ОДА (вирок Рівненського міського суду Рівненської області від 6 грудня 2018 р.); заступник начальника управління Держпраці у Волинській області (вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 1 жовтня 2018 р.); начальник управління Держземагентства у Первомайському районі Харківської області (вирок Київського районного суду м. Харкова від 8 червня 2018 р.); начальник відділу екологічного контролю природно-заповідного фонду, рослинного і тваринного світу – старший державний інспектор з охорони навколишнього природного середовища Державної екологічної інспекції в Івано-Франківській області (вирок Долинського районного суду Івано-Франківської області від 24 вересня 2018 р.); слідчий відділення розслідування злочинів загальнокримінальної спрямованості СВ Шевченківського відділу поліції ГУ НП в Харківській області (вирок Дзержинського районного суду м. Харкова від 6 листопада 2018 р.); в. о. начальника Самарського відділення поліції Дніпропетровського відділу поліції ГУ НП в Дніпропетровській області (вирок Самарського районного суду м. Дніпропетровська від 13 листопада 2018 р.); старший слідчий в особливо важливих справах відділу розслідування злочинів у сфері транспорту слідчого управління ГУ НП у Львівській області (вирок Галицького районного суду м. Львова від 27 грудня 2018 р.); т. в. о. директора Департаменту розвитку інфраструктури та житлово-комунального господарства Одеської ОДА (вирок Приморського районного суду м. Одеси від 28 листопада 2018 р.); т. в. о. начальника відділу адміністративної практики управління патрульної поліції в Івано-Франківській області (вирок Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області від 20 грудня 2018 р.)

Ч. 3 примітки ст. 354 КК, яка поширює свою дію і на ст. 369-2 КК, коло відповідних адресатів обмежує працівником підприємства, установи чи організації, особою, яка надає публічні послуги, та службовою особою. Тобто цією нормою визначено не лише зміст пропозиції та обіцянки неправомірної вигоди (у тому числі у складі злочину «зловживання впливом»), а й коло спеціальних суб'єктів злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК (В.М. Киричко, В.І. Дюрдь). Видається, однак, що наявність у законодавчій регламентації кримінальної відповідальності за корупційні злочини низки вад різного характеру (чого варта лише примітка аналізованої статті КК) не дозволяє перебільшувати далекоглядність законодавця (й у цьому конкретному випадку також). Тому, як на мене, зміст ч. 3 примітки ст. 354 КК не може слугувати вирішальним аргументом на користь невизнання суб'єктом «пасивного» зловживання впливом осіб, не зазначених у цій нормі.

Відзначу і те, що теза про належність суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, до числа спеціальних навряд чи узгоджується із згаданим вище і сприйнятим частиною суддівського корпусу положенням про охоплення поняттям впливу, зловживання яким відбувається (може, має відбуватись), використання довірчих, родинних, близьких і дружніх стосунків винного з особою, уповноваженою на виконання функцій держави.

В.О. Навроцький, визнаючи загальним суб'єкта «пасивного» зловживання впливом, наводить на користь цього підходу, зокрема, такі вагомі аргументи: 1) відсутність будь-яких вказівок з приводу цього суб'єкта у тексті ст. 369-2 КК; 2) у міжнародно-правових актах, які послужили підставою доповнення КК статтею про зловживання впливом та які передусім мають братись до уваги при здійсненні телеологічного (цільового) тлумачення ст. 369-2 КК, вказується на те, що суб'єктом зловживання впливом може бути будь-яка особа; 3) фактична можливість здійснення неправомірного впливу залежить від індивідуальних стосунків між людьми, а не від їх соціального чи правового статусу; наявність додаткових ознак в осіб, які притягаються до відповідальності за ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК у конкретних випадках (і навіть те, що такі особи становлять більшість), не свідчить про те, що відповідні ознаки є обов'язковими для всіх суб'єктів розглядуваного злочину. Водночас названий вчений, як і автор цих рядків, не виключає того, що суб'єктом «пасивного» зловживання впливом може бути й особа, яка виконує передбачені ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК дії з використанням свого службового становища, тобто службова особа.

Інкримінувавши ч. 2 ст. 369-2 КК особі, яка одержала неправомірну вигоду за обіцянку здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави (одним із суддів Деснянського районного суду м. Чернігова), Новозаводський районний суд м. Чернігова у своєму вирокі від 16 квітня 2019 р. навіть не визнав за потрібне конкретизувати професійне становище і соціальний статус за-

судженого, де-факто визнавши суб'єкта «пасивного» зловживання впливом загальним. Сказане стосується і вироку Личаківського районного суду м. Львова від 22 жовтня 2018 р., на підставі якого за ч. 2 ст. 369-2 КК засуджено суб'єкта, котрий одержав неправомірну вигоду у вигляді 5 тис. доларів США за здійснення впливу на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, а саме на прийняття слідчими Сихівського ВП ГУ НП у Львівській області у кримінальному провадженні за фактом вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК, рішення про перекваліфікацію скоєного на ст. 118 КК. Луцький міськрайонний суд Волинської області (вирок від 24 липня 2018 р.) за ч. 2 ст. 369-2 КК засудив особу, яка, займаючись індивідуальною адвокатською діяльністю та маючи можливість особисто спілкуватись із суддями, неодноразово одержувала неправомірну вигоду за вплив на прийняття рішень суддями Луцького міськрайонного суду, Апеляційного суду Волинської області і Волинського окружного адміністративного суду.

Судова практика з цього питання кваліфікації зловживання впливом позбавлена бажаної однозначності навіть на рівні ВС.

Так, у постанові колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 22 лютого 2018 р., якою залишено без задоволення скаргу захисника заступника начальника Управління Держпраці в Хмельницькій області, засудженого за ч. 3 ст. 368 КК, щодо перекваліфікації його дій на ч. 2 ст. 369-2 КК, зазначається, що суб'єктом злочину, передбаченого цією кримінально-правовою нормою, є будь-яка особа. При цьому специфікою такої особи є те, що вона, не маючи статусу службової особи, має реальну можливість вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави.

Аргументація на користь інкримінування в цьому разі ст. 368 КК перегукується з підходом, який знайшов відображення в постанові Судової колегії у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 19 травня 2016 р. у справі № 5-72кс15(16). До слова ця постанова, якою було підтверджено правильність засудження за ч. 3 ст. 368 КК головного державного інспектора з охорони праці відділу організації державного нагляду та управління охороною праці територіального управління Держгірпромнагляду у Запорізькій області, зазнала серйозної критики в юридичній літературі (К.П. Задоя).

Однак у контексті розгляду питання про суб'єкта «пасивного» зловживання впливом нас цікавить інше: ККС ВС всупереч наведеним вище аргументам, сприйнявши один з альтернативних доктринальних підходів, висловився за виключення з числа осіб, здатних нести відповідальність за ч. 2 ст. 369-2 КК, службових осіб. Зауважу і те, що теза суддів ККС ВС про «реальну можливість впливу на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави» як обов'язкову ознаку суб'єкта «пасивного» зловживання впливом сприймається критично, бо вона: 1) всупереч антикорупційним конвенціям, у порядку імплементації яких КК доповнено статтею 369-2, і супровідним матеріалам до них ігнорує можливість удаваного (стверджованого) впливу при вчинення розглядуваного злочину; 2) не враховує того, що «можливість впливу» як змінна (ситуативна) величина не може відігравати роль ознаки спеціального суб'єкта злочину.

Постановою колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 19 вересня 2018 р., в якій вирішувалось питання про кваліфікацію дій заступника голови однієї з районних державних адміністрацій, котрий одержав неправомірну вигоду у вигляді 28 тис. грн. за сприяння в укладенні договорів підряду на ремонт доріг на території району, підтверджено визнання службової особи суб'єктом «пасивного» зловживання впливом. Обґрунтовуючи правильність засудження першого заступника голови Косівської РДА за ч. 1 ст. 14, ч. 2 ст. 369-2 КК (готування до одержання неправомірної вигоди для себе за обіцянку впливу на прийняття рішення особами, уповноваженими на виконання функцій держави) і спростовуючи наведені в касаційній скарзі прокурора аргументи на користь кваліфікації дій цієї службової особи за первісно інкримінованою їй ст. 368 КК, ККС ВС зазначив, зокрема, таке. Засуджений, який за неправомірну вигоду пообіцяв сприяти в укладенні договорів підряду за участю ПП «Явір» на ремонт доріг в Косівському районі, з урахуванням своїх службових обов'язків не був наділений повноваженнями щодо розпорядження коштів на будівництво та ремонт доріг, а також укладення таких договорів, оскільки кошти належали виключно органу місцевого самоврядування (зокрема, Яблунівській селищній раді), а питання про їх розподіл вирішувалось колегіальним рішенням цього органу. В посадові обов'язки засудженого

не входило виділення коштів на будівництво і ремонт доріг. Селищні, сільські та районні ради при укладенні договорів підрядів діють у межах своїх повноважень та жодним чином не підпорядковуються першому заступнику голови РДА; відповідно, ця службова особа не мала будь-якого законного впливу на керівництво селищної ради.

Загалом сприймаючи логіку міркувань суддів ККС ВС (у т. ч. в частині визнання службової особи суб'єктом «пасивного» зловживання впливом), водночас зазначу, що засуджений за неправомірну вигоду обіцяв вплинути на рішення осіб, уповноважених на виконання функцій не держави, а місцевого самоврядування. А це, унеможливаючи інкримінування чинної редакції ст. 369-2 КК, зобов'язувало поставитись до думки прокурора про доречність звернення в цьому разі до ст. 368 КК більш прискіпливо (про співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369-2 КК, йтиметься нижче). Не зовсім зрозуміло і те, чому дії засудженого (якщо не зважати на попереднє застереження) не були визнані закінченим зловживанням впливом, адже: а) ч. 2 ст. 369-2 КК містить альтернативну вказівку на обіцянку здійснити вплив за надання неправомірної вигоди; б) судячи з тексту аналізованої постанови ККС ВС, службова особа неправомірну вигоду у вигляді грошових коштів одержала.

Неабиякий інтерес у контексті з'ясування питання про суб'єкта «пасивного» зловживання впливом викликає постанова колегії суддів ККС ВС від 26 червня 2018 р., винесена за результатами розгляду касаційної скарги прокурора на виправдувальний вирок Бориспільського районного суду Київської області та ухвалу Апеляційного суду Київської області. Прокурор вважав, що особу безпідставно виправдано за ч. 2 ст. 369-2 КК. Йшлося про представника митного брокера – директора ТОВ «Брокерський центр» (займається ЗЕД і митним оформленням вантажів на митному посту «Східний термінал» Київської митниці), який, користуючись своїми стосунками з працівниками митного посту, двічі одержував неправомірну вигоду (1 тис. 200 і 6 тис. доларів США, відповідно) від директора ТОВ «Дельта резалт» за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, при митному оформленні товарів. Залишаючи касаційну скаргу прокурора без задоволення, а ухвалені щодо директора ТОВ «Брокерський центр» судові рішення – без змін, ККС ВС зазначив, зокрема, що взаємозв'язок представника митного брокера з митними органами та посадовими особами митниці під час митних формальностей обмежено чіткими приписами закону. Митне законодавство не наділяє представника митного брокера, декларанта повноваженнями та пов'язаними з ними службовими можливостями, завдяки яким можна впливати на посадових осіб митниці. До суду не було подано належних і допустимих доказів, які б підтверджували, що підсудний мав можливості, пов'язані зі службовими повноваженнями, здійснювати вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави. При цьому існування неслужбових та родинних зв'язків, дружніх, добрих міжособистісних відносин між представником митного брокера і посадовою особою митниці в розумінні ст. 369-2 КК не може бути ознакою суб'єкта зловживання впливом. Тому суд відхилив посилення прокурора на наявність в особі, виправданій за ч. 2 ст. 369-2 КК, добрих стосунків із працівниками митного посту завдяки їхній тривалій співпраці, розташуванню їхнього місця роботи в одній адміністративній будівлі та наявності знайомих і друзів як на підставу інкримінування цієї кримінально-правової норми.

Таким чином, вирішальним аргументом на користь виправдання представника митного брокера за ч. 2 ст. 369-2 КК стала відсутність в його діях складу злочину, передбаченого цією нормою (нібито через брак суб'єкта), – у зв'язку з не встановленням можливостей, пов'язаних зі службовими повноваженнями цієї особи, здійснювати вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави. Проте, як вже зазначалось, можливість відповідного впливу немає підстав визнавати ознакою саме суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, який до того ж, швидше за все, є загальним. Якщо, сприйнявши логіку міркувань суддів ККС ВС, виходити з того, що вплив з погляду кваліфікації за ст. 369-2 КК може бути лише правомірним, то сфера застосування цієї кримінально-правової заборони буде зведена нанівець. На мою думку, представник митного брокера, поведінка якого піддавалась кримінально-правовій оцінці, одержав неправомірну вигоду за обіцяний вплив, обумовлений його професійним становищем і соціальним статусом, як на цьому і наголошує Пояснювальна записка до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією і що не виключає чинна редакція ст. 369-2 КК. Судячи з аналізованої по-

станови ККС ВС, цю обставину чудово усвідомлював директор ТОВ «Дельта резалт», який, крім сплати за офіційні послуги митного брокера у гривнях, надавав директору ТОВ «Брокерський центр» іноземну валюту, бажаючи, щоб той вплинув на працівників митниці при вирішенні питань щодо швидкого митного оформлення товарів і встановлення нижньої межі митної ставки на них. Таким чином, схилиюсь до думки про те, що у постанові колегії суддів ККС ВС від 26 червня 2018 р. знайшло відображення невивиправдано обмежувальне тлумачення ст. 369-2 КК, яке протидії «фоновій» корупції явно не сприяє.

Критично оцінюю й інші, наведені у цьому процесуальному документі аргументи на користь відсутності в діях представника митного брокера складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК. Зокрема, такі обставини, як не передача грошей, отриманих від директора ТОВ «Дельта резалт», особам, уповноваженим на виконання функцій держави, не встановлення конкретних осіб, на яких мав здійснюватись вплив, і правомірність митного оформлення товарів, не перешкождали інкримінуванню ч. 2 ст. 369-2 КК у цьому разі. А фактична передача неправомірної вигоди вже після здійснення розмитнення товару не виключає наявності підкупу, караного за цією кримінально-правовою нормою (принаймні у межах другого інкримінованого епізоду домовленість про «обмін» неправомірної вигоди на вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави, була досягнута ще до митного оформлення товарів).

Відверто кажучи, така «якість» правосуддя у виконанні окремих представників Феміди, яку не «врятувало» ні традиційне останнім часом посилення на рішення ЄСПЛ, ні оновлена структура судового рішення, викликає щонайменше професійне розчарування.

Про те, що на сьогодні на рівні ККС ВС немає уніфікованого підходу до вирішення питання про суб'єкта «пасивного» зловживання впливом, засвідчує і звернення до постанови колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 31 липня 2018 р. Нею скасовано вирок Апеляційного суду Черкаської області, на підставі якого дії обвинуваченого (заступника директора Черкаської регіональної філії Центру державного земельного кадастру – начальника управління Державного земельного кадастру) перекваліфіковані з ч. 2 ст. 369-2 КК, інкримінованої Соснівським районним судом м. Черкас, на ч. 3 ст. 368-4 КК. Апеляційний суд вирішив, що засуджений прийняв обіцянку неправомірної вигоди у вигляді 1 тис. 500 дол. США для себе за вчинення певних дій із використанням повноважень, наданих йому як особі, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (за виготовлення витягів з Державного земельного кадастру на земельні ділянки, орендовані ТОВ «Орадівка»), а не за своє особисте знайомство з компетентними особами, як вважав суд першої інстанції. Однак, на думку ККС ВС, при здійсненні такої перекваліфікації апеляційний суд не з'ясував, якими повноваженнями був наділений засуджений (чи мав він повноваження на виготовлення витягів із Державного земельного кадастру), а також чи мав він вплив на районні відділи Державної служби України з питань геодезії, картографії та кадастру.

Аналізований процесуальний документ цікавий тим, що, судячи з його змісту, ККС ВС у цьому разі фактично визнав, що: а) ч. 2 ст. 369-2 КК може бути інкримінована і за наявності впливу, обумовленого особистими стосунками між людьми; б) суб'єктом «пасивного» зловживання впливом може бути й той, хто здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

Таким чином, є підстави констатувати, що різні судді ККС ВС мають неоднакове уявлення про коло осіб, спроможних відповідати за ч. 2 ст. 369-2 КК, що, з огляду на «якість» чинного кримінального закону, особливо не дивує і водночас негативним чином впливає на однаковість судової практики.

Про співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369-2 КК. Згаданий у ст. 369-2 КК вплив, на мій погляд, може полягати і в тому, що службова особа, спроможна це зробити завдяки своєму службовому становищу в широкому розумінні вказаного поняття, вживає заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, які сама службова особа (суб'єкт «пасивного» зловживання впливом) вчинити не може. Вважаю за доречне звернутись тут до матеріалів кримінальної справи сумнозвісного «колядника» Зварича.

Нагадаю, що вирок Оболонського районного суду м. Києва від 19 вересня 2011 р. Зварича було засуджено, зокрема, за ч. 3 ст. 368 і ч. 2 ст. 368 КК за те, що він, обіймаючи протягом

2007–2008 рр. посаду голови Львівського апеляційного адміністративного суду і використовуючи фактичні можливості свого службового становища, неодноразово одержував хабарі у великих та особливо великих розмірах за виконання чи невиконання в інтересах третіх осіб дій під час відправлення судочинства в очолюваному ним суді. Правильність такої кваліфікації дій засудженого підтвердили Апеляційний суд м. Києва (ухвала від 30 березня 2012 р.) і колегія суддів Судової палати в кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (ухвала від 6 листопада 2012 р.). У заяві адвоката про перегляд ВСУ вказаних ухвал ставилось, серед іншого, питання про перекваліфікацію дій засудженого Зварича з інкримінованої йому ст. 368 КК «Одержання хабара» на ст. 369-2 КК «Зловживання впливом».

Одна з ключових проблем, пов'язаних із кваліфікацією дій Зварича, зводилась до розуміння використаного в попередніх редакціях ст. 368 КК звороту «за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища». Позначена проблема не є новою для кримінально-правової науки. Частина дослідників виступала за обмежувальне тлумачення поняття «використання службового становища» в складі злочину «одержання хабара», розуміючи під ним лише використання службових повноважень, вчинення діянь, обумовлених виключно службовою компетенцією хабароодержувача. Водночас переважна більшість науковців обстоювала так зване широке розуміння використання службового становища при одержанні хабара і, не зводячи його до діянь у межах службової компетенції, включала в це поняття використання службовою особою свого службового авторитету, зв'язків з іншими службовими особами, інших можливостей, обумовлених займаною посадою.

Наголос, таким чином, робився на тих фактичних можливостях по службі, які виходять за межі службової компетенції винного та яких позбавлені особи, котрі не займають ту чи іншу посаду. При цьому увага зверталась, зокрема, на те, що жодна службова особа не уповноважується на перевищення службових повноважень, на вчинення інших незаконних і, тим більше, злочинних діянь. У разі ж сприйняття вузького розуміння використання службового становища (діяння, зумовлені виключно службовою компетенцією особи) випадки отримання майнових винагород за незаконні діяння по службі не будуть охоплюватись складом одержання хабара, що вважалося неправильним. Адже незаконне використання особою свого службового авторитету, інших можливостей, обумовлених займаною посадою, є не менш суспільно небезпечним, ніж діяння в межах службової компетенції.

Саме такий підхід традиційно сприймався судовою практикою, у т. ч. на рівні роз'яснень Пленуму ВСУ. Цим і пояснюється наявність у п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснення, згідно з яким відповідальність за одержання хабара настає і в тому разі, коли службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона не уповноважена була вчиняти, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу.

У межах викладеної усталеної правової позиції і теоретики, і практики виходили з того, що у випадку визнання особи суб'єктом одержання хабара за діяння, вчинені іншою службовою особою, повинно бути з'ясовано, чи могла ця особа завдяки своєму службовому становищу (в його широкому розумінні) вжити заходів до вчинення іншими службовими особами діянь, бажаних для хабародавця (іншої особи). За таких обставин правильність кваліфікації скоєного Зваричем як одержання хабара на момент інкримінування йому ст. 368 КК сумнівів не викликала. Адже особи, які передавали незаконні майнові винагороди йому як голові Львівського апеляційного адміністративного суду, розраховували на те, що він, використовуючи в їх інтересах можливості свого службового становища, відповідним чином вплине на суддів очолюваного ним суду при прийнятті останніми процесуальних рішень. Усвідомлював цю обставину і керівник суду, який був представником влади і, відповідно, службовою особою в кримінально-правовому розумінні цього поняття.

Тому слід погодитись із твердженням, наведеним у постанові Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 25 квітня 2013 р. у справі щодо Зварича, про те, що засуджений, будучи службовою особою, одержував хабарі, використовуючи фактичні можливості свого службового становища як голови суду. Посилання засудженого на те, що він не вчинив дій в інтересах ха-

бародавців, до уваги прийматись не повинні і на кваліфікацію одержання хабара не впливають, оскільки поведінка хабароодержувача по службі (виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої службовій особі влади чи службового становища) знаходиться поза межами складу злочину «одержання хабара».

Однак викладений підхід не враховує змін в антикорупційному законодавстві. Поява в КК заборони, присвяченої зловживанню впливом, поставило питання про доречність широкого тлумачення поняття «використання службового становища», вжитого в ст. 368 КК (включаючи її чинну редакцію), і розмежування складів злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369-2 КК. В юридичній літературі ці питання вирішуються суперечливо. На мій погляд, питання про вказане розмежування найбільш вдало вирішують П.П. Андрушко і В.М. Киричко.

Так, П.П. Андрушко висловив думку про те, що законодавець з усіх форм одержання хабара вважає менш суспільно небезпечною і, відповідно, встановлює за неї менш суворе покарання таку форму, як одержання хабара (наразі – неправомірної вигоди) за вжиття службовою особою завдяки своєму службовому становищу заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для хабародавця (третьої особи), які сам одержувач хабара вчинити не може. Як наслідок, має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ст. 369-2 КК) кримінально-правових норм, яка має вирішуватись шляхом надання переваги спеціальній нормі.

Подібним чином розмірковує В.М. Киричко, на переконання якого формулювання «з використанням наданої їй влади чи службового становища», зазначене в ст. 368 КК, здатне охопити і «службовий вплив» (вплив із використанням можливостей, пов'язаних зі службовими повноваженнями). Слова «до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу», вказані в п. 2 постанови Пленуму ВСУ від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво, позначають той службовий вплив, який, починаючи з моменту набрання чинності Законом України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», виділений в спеціальну норму – ч. 2 ст. 369-2 КК. Отже, склади злочину, передбачені ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК, є спеціальними щодо складів злочину, передбаченого ст. 368 КК. Цієї ж точки зору дотримується й чимало інших науковців. Зокрема, її докладно обґрунтовує В.О. Навроцький, справедливо наголошуючи на тому, що про наявність співвідношення загальної та спеціальної кримінально-правової норми можна вести мову лише щодо конкретної правозастосовної ситуації.

Узагальнюючи викладене, роблю висновок про те, що в цій частині має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК) кримінально-правових норм, яка повинна вирішуватись шляхом надання переваги спеціальній нормі. На користь зробленого висновку вказують і пункти 65, 66 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, де говориться таке: відмінність між зловживанням впливом і хабарництвом полягає в тому, що особа, котра зловживає впливом, не мусить вчинити дію або утриматися від дії, як би це належало зробити публічній посадовій особі. Одержувач неправомірної переваги при «пасивному» зловживанні впливом допомагає особі, яка надає неправомірну перевагу, здійснюючи або пропонуючи здійснити вплив на третю особу, здатну вчинити потрібну дію (або втриматися від її учинення).

Цікаво, що постановою Судової палати у кримінальних справах ВСУ від 18 грудня 2014 р. у задоволенні скарги захисника Зварича було відмовлено на тій підставі, що аналіз відповідних рішень суду касаційної інстанції засвідчив відсутність даних про неоднаковість у застосуванні однієї і тієї самої норми закону про кримінальну відповідальність. Фактично ВСУ (можна лише здогадуватись, чому) самоусунувся від розгляду по суті питання про правильність кваліфікації злочинних дій Зварича у світлі оновленого антикорупційного законодавства.

Водночас положення про співвідношення ст. 368 і ст. 369-2 КК як загальної і спеціальної кримінально-правових норм сприймається судовою практикою.

Так, Жовківський районний суд Львівської області (вирок від 30 березня 2016 р.) за ч. 2 ст. 369-2 КК засудив старшого державного інспектора відділу митного оформлення № 2 митного поста «Рава-Руська» Львівської митниці, який протягом вересня-жовтня 2015 р. неодноразово одер-

жував неправомірні вигоди у вигляді грошей за здійснення ним впливу на осіб, які працюють на митному посту «Скнилів», щодо пришвидшення оформлення митних документів і зниження вартості розмитнення транспортних засобів. Суд, визнаючи митного інспектора винуватим в одержанні неправомірної вигоди для себе за обіцянку здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, обґрунтував своє рішення, зокрема, тим, що підсудний був у змозі здійснювати незаконний вплив на працівників митного поста «Скнилів» щодо митного оформлення автомобілів і зниження їх митної вартості, виходячи із займаної ним посади та його тривалих службових стосунків з працівниками цього митного поста. За ч. 2 ст. 369-2 КК Шевченківський районний суд м. Чернівці (вирок від 18 березня 2014 р.) кваліфікував дії головного архітектора Чернівецької області – начальника управління регіонального розвитку, містобудування та архітектури Департаменту інфраструктури, містобудування, архітектури та житлово-комунального господарства Чернівецької ОДА, який одержав неправомірну вигоду у вигляді талонів на бензин, національної та іноземної валюти за те, що посприяв приватному підприємцю у погодженні документації, необхідної для розміщення конструкцій зовнішньої реклами, та в отриманні дозволів на розміщення цих конструкцій. Не дивлячись на те, що ні головний архітектор Чернівецької області, ні працівники очолюваного ним управління ОДА не мали повноважень на видачу відповідної дозвільної документації (це – компетенція певних відділів райдержадміністрацій і виконавчих комітетів сільських рад), вказана службова особа пообіцяла ї, врешті-решт, змогла схилити начальника відділу містобудування, архітектури, інфраструктури та житлово-комунального господарства Кельменецької РДА прийняти рішення, потрібне для зацікавленого у розміщенні рекламних конструкцій приватного підприємця. Останній, сприймаючи головного архітектора Чернівецької області як представника влади та усвідомлюючи, що останній в силу своїх службових повноважень, авторитету і стосунків з керівництвом Кельменецької РДА зможе потрібним чином вплинути на згаданого чиновника, надав обумовлену неправомірну вигоду.

Погоджуючись з тим, що в цьому разі мало місце зловживання впливом і що суд, вирішуючи питання про співвідношення ст. 368 і ст. 369-2 КК, правильно надав перевагу останній як спеціальній нормі, водночас зауважу, що за відсутності в КК складу злочину «зловживання впливом» описані дії головного архітектора Чернівецької області могли б бути кваліфіковані за відповідною частиною ст. 368 КК як одержання неправомірної вигоди службовою особою.

При цьому слід зробити застереження: теза про спеціальний характер ст. 368 КК не стосується випадків одержання «публічною» службовою особою неправомірної вигоди за вжиття заходів завдяки своєму службовому становищу у частині впливу на осіб, яких немає підстав визнавати уповноваженими на виконання функцій держави. У цій частині поняття «використання службового становища», вжите в ст. 368 КК, вочевидь, і надалі має тлумачитись широко. Оскільки вчинене не охоплюватиметься в цьому разі спеціальною нормою (ч. 2 ст. 369-2 КК), застосуванню підлягатиме загальна норма (ст. 368 КК). Тобто не слід беззастережно (як про це йдеться у Пояснювальній записці до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією) одну з відмінностей традиційного хабарництва від «пасивного» зловживання впливом вбачати у тому, що перше завжди передбачає вчинення діяння в інтересах «хабародавця» службовою особою особисто.

З огляду на сказане, вважаю, що дії голови Строїнецької сільської ради, який одержав неправомірну вигоду у вигляді 1 тис. доларів США за прийняття очолюваною ним радою рішення про надання у власність земельної ділянки, мали кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 368 КК. Проте Новоселицький районний суд Чернівецької області (вирок від 22 серпня 2017 р.) визнав цю службову особу винуватою у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, виходячи з того, що вона одержала неправомірну вигоду за здійснення впливу (шляхом використання своїх ділових та дружніх зв'язків) на депутатів сільради при прийнятті ними вказаного рішення.

Наведений приклад із судової практики є типовим у плані як ігнорування багатьма правозастосувачами притаманної ст. 369-2 КК проблеми «особи, уповноваженої на виконання функцій держави», так і безпідставного охоплення цією кримінально-правовою нормою тих різновидів корупційної поведінки, яку навряд чи можна визнавати «фоновою» корупцією.

Водночас вважаю правильним засудження не за ч. 2 ст. 369-2, а за ч. 3 ст. 368 КК (вирок Козятинського міськрайонного суду Вінницької області від 27 лютого 2019 р.) начальника управлін-

ня містобудування, архітектури та містобудівного кадастру Козятинської міської ради Вінницької області, який одержав неправомірну вигоду у вигляді 300 доларів США за сприяння у прийнятті позитивного висновку за результатами розгляду звернення особи про можливість відведення земельної ділянки для встановлення тимчасової споруди з метою здійснення підприємницької діяльності.

До слова при бажанні в обстоюваному у т. ч. мною положенні про співвідношення ст. 368 і ст. 369-2 КК як загальної і спеціальної норми можна побачити конфлікт між результатами телеологічного (цільового) і буквального тлумачення кримінального закону. De lege ferenda (якщо, звичайно, виходити з потреби досліджуваної статті КК) конструктивно вважаю пропозицію Д.Г. Михайленка передбачити у ст. 369-2 КК вказівку, за якою вона повинна застосовуватись лише за відсутності у вчиненому ознак хабарництва або співучасті в ньому. Таке доповнення не лише усуне складні конкуренції кримінально-правових норм, а й виокремить ту поведінку, яку, вочевидь, прагнув заборонити законодавець (одержання неправомірної вигоди за здійснення впливу на рішення уповноваженої особи за відсутності використання службового становища особи, яка вчиняє вплив).

Розглянутими вище коло проблемних питань, пов'язаних із тлумаченням і застосуванням ст. 369-2 КК, не вичерпується, що зайвий раз вказує на дефектність цього кримінального закону та актуалізує його оцінку як «п'ятого колеса до воза» в існуючому арсеналі протидії корупції. До інших дискусійних питань варто віднести, зокрема: можливість інкримінування ст. 369-2 КК за наявності удаваного впливу і співвідношення зловживання впливом із шахрайством; характер впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, і кваліфікація за сукупністю відповідних злочинів; зміст вимагання неправомірної вигоди як кваліфікуючої ознаки зловживання впливом і доречність її законодавчого виокремлення; відмежування зловживання впливом від інших корупційних деліктів (відмінних від описаних у статтях 368, 369 КК).

Насамкінець зазначу, що останнім часом Велика палата ВС демонструє схвальну спроможність доводити розгляд складних кримінально-правових питань до логічного завершення. Це не усуває ґрунт для подальших доктринальних дискусій, однак забезпечує вкрай необхідну в контексті дотримання верховенства права уніфікованість і передбачуваність судових рішень. Автор спробував довести, що стаття КК про відповідальність зловживання впливом потребує додання кваліфікованих зусиль з боку Великої Палати ВС.

Зловживання впливом: оцінка правозастосовного орієнтиру, сформульованого Верховним Судом, у контексті визначення перспектив кримінально-правової заборони щодо «фонової» корупції⁴⁰

Автор цих рядків полюбляє повторювати висловлювання швейцарського письменника Фрідріха Дюрренмата про те, що народ зараз відданий на поталу автомеханікам: йдеться (треба так розуміти) про «вузьких» фахівців, яким кожен із нас у своєму житті вимушений довіряти з тих чи інших питань. Вітчизняне антикорупційне законодавство (включаючи його кримінально-правову складову) є настільки ускладненим і заплутаним, що викликає труднощі в його сприйнятті і коментуванні навіть з боку «вузьких» фахівців або тих суб'єктів, які себе такими вважають. При цьому однією зі складових верховенства права є правова визначеність, а для її забезпечення, як відомо, потрібні однаковість судової практики, прогнозованість судових рішень. Щоправда, з цим в Україні поки що не складається (маю на увазі застосування антикорупційних кримінально-правових заборон), і це не просто спостереження конкретного науковця, який, звісно, може помилятися. У розробленій НАЗК Антикорупційній стратегії на 2020–2024 роки один з очікуваних (стратегічних) результатів визначений таким чином: слідча та судова практика притягнення до кримінальної відповідальності осіб, винних у вчиненні корупційних і пов'язаних з корупцією злочинів, є сталою і передбачуваною, зокрема завдяки узагальненню правозастосування [1, с. 38].

Наведене формулювання, по-перше, прозоро натякає на те, що відповідна правозастосовна практика наразі не є ні сталою, ні передбачуваною, що, на жаль, відповідає дійсності, і, по-друге, змушує пригадувати висловлювання дореволюційного вченого І. Покровського про те, що право на визначеність правових норм – одне з найбільш невід'ємних прав людської особистості; без такої визначеності взагалі не може бути і мови про будь-яке право [2, с. 89]. Незрозуміло, щоправда, яке узагальнення правозастосування мали на увазі розробники згаданого документа, бо, попри передбачену законодавством (п. 10-2 ч. 1 ст. 46 Закону України (далі – ЗУ) «Про судоустрій і статус суддів») можливість надання Пленумом Верховного Суду за результатами узагальнення судової практики роз'яснень рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства, Верховний Суд (далі – ВС) наразі задля забезпечення однаковості і сталості судової практики використовує інші, так би мовити, процесуальні інструменти.

Черговим підтвердженням цієї тенденції (оцінка її слушності та ефективності – тема окремої розмови) стало ухвалення 29 березня 2021 р. постанови Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду [3] (далі – постанова ОП ККС ВС), в якій сформульовано такий висновок щодо застосування ст. 369-2 Кримінального кодексу України (далі – КК) «Зловживання впливом»: суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 цієї статті КК, є будь-яка фізична осудна особа, яка досягла віку кримінальної відповідальності на момент його вчинення, яка, за усвідомленням того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду (далі – НВ), здатна здійснити реальний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування.

У своїх публікаціях, присвячених дискусійним аспектам кримінально-правової характеристики зловживання впливом [4; 5; 6, с. 280–287], я неодноразово висловлював думку про те, що ст. 369-2 КК потребує докладання кваліфікованих зусиль з боку ВС. Адже вона: з одного боку, активно затребувана на практиці; з іншого, її включення (на виконання міжнародно-правових документів) до КК посилює казуїстичність останнього, створило як надмірність законодавчого описання кримінально протиправної поведінки, пов'язаної з корупцією, так і підґрунтя для правової невизначеності. Недостатньо якісний рівень імплементації положень антикорупційних конвенцій своїм результатом має не лише суперечливість теоретичного тлумачення чи не всіх ключових ознак складів злочину «зловживання впливом», а й відсутність єдності правозастосування. Мною відзначалось, що навіть судді ВС мають різне уявлення про коло осіб, спроможних відповідати за ч. 2 ст. 369-2 КК, що, з огляду на «якість» цього кримінального закону, особливо не дивує, проте негативним чином впливає на однаковість судової практики.

⁴⁰ Стаття опублікована: Юридичний науковий електронний журнал. 2021. № 10. С. 635–645.

К. Задоя так само доводив, що суперечливі підходи ККС ВС у частині кваліфікації зловживання впливом здатні завести судову практику у «глухий кут» [7, пункти 32, 38]. На думку вченого, нормативна фіксація зловживання впливом як абсолютно нового для кримінального права України типу суспільно небезпечної поведінки характеризується численними недоліками, пов'язаними з неповним врахуванням відповідних положень антикорупційних конвенцій. До того ж у самих цих конвенціях ознаки зловживання впливом сформульовані досить неоднозначно [8, с. 61–62].

Як б ми до цього не ставились, але часткова дискредитація парламентської процедури внесення змін до КК (при тому, що іншої процедури у демократичному суспільстві бути не може) слугує чинником розповсюдження судової правотворчості. У світлі сказаного постановою ОП ККС ВС стала довгоочікуваним документом, який дістав (цілком прогнозовано) різновекторні оцінки. Якщо, наприклад, я оцінив його загалом схвально, висловивши сподівання на те, що, хоч постановою ОП ККС ВС і не покладе край теоретичним дискусіям, відіграватиме позитивну роль у забезпеченні однаковості судової практики та її прогнозованості [9, с. 65–73], то В. Киричко назвав обстоюване ККС ВС тлумачення ознак суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, неправильним і таким, що може викликати негативні правові наслідки системного характеру. Вчений продовжує наполягати на тому, що особою, яку підкуповують при вчиненні злочину, передбаченого ст. 369-2 КК, може бути лише спеціальний суб'єкт: 1) службова особа (будь-якого виду) або 2) особа, яка надає публічні послуги [10, с. 162–190]. Частково не погоджуючись із підходом, втіленим у постанові ОП ККС ВС, О. Марін натомість стверджує, що суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, може бути будь-яка особа, крім службової [11, с. 186–187].

Відтак є сенс у тому, щоб, ще раз звернувшись до постанови ОП ККС ВС, з'ясувати, наскільки відбите у ній тлумачення чинного кримінального закону є вдалим, аргументованим, узгодженим як із тенденціями сьогоденного правозастосування, так і потребами протидії корупції. З огляду на зазначене, метою пропонованої статті є оцінка сформульованого ККС ВС правозастосовного орієнтиру, присвяченого кваліфікації зловживання впливом. Своєчасність розкриття обраної теми зумовлена і тією обставиною, що наразі продовжується робота над проектом нового КК, і цей документ, швидше за все, міститиме аналог статті чинного КК про відповідальність за зловживання впливом. Важливо, щоб при моделюванні « правонаступника » ст. 369-2 КК були взяті до уваги як здобутки юридичної науки, так і напрацювання судової практики. Тим більше, що в юридичній літературі зустрічається думка про зайвість виокремлення зловживання впливом у самостійну ст. 369-2 КК; такий крок названо наслідком невдалого синтезу міжнародного, національного і зарубіжного підходів [12, с. 14].

Нагадаю, що питання про суб'єкта « пасивного » зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК) у теорії кримінального права вирішується вкрай суперечливо. Так, якщо одні науковці визнають службову особу таким суб'єктом, то інші заперечують цю точку зору, пропонуючи кваліфікувати відповідні дії такої особи за ст. 364 або ст. 368 (368-3) КК. Наприклад, на погляд К. Задоя, суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК, є особа, яка не використовує становище працівника підприємства, установи, організації, владу, службове становище службової особи або повноваження особи, яка надає публічні послуги. Своєю позицією дослідник формулює, ретранслюючи на кримінальне законодавство України відбиту у Пояснювальній записці до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією тезу про торгівлю впливом як прояв « фонові » корупції [8, с. 61–62; 14, п. 17].

В.М. Киричко, навпаки, з урахуванням системних зв'язків ст. 369-2 КК з іншими статтями КК, а також приписів міжнародних конвенцій, імплементованих у цій статті КК, наполягає на тому, що суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, можуть визнаватись лише особи, здатні впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, шляхом використання можливостей, пов'язаних з їх службовими становищем, повноваженнями в їх широкому розумінні (обумовлених такими повноваженнями). Це – тільки службові особи та особи, які надають публічні послуги [14, с. 227–261; 15, с. 40–46].

Використаний у ст. 18 Конвенції ООН проти корупції зворот « будь-яка інша особа » при бажанні може бути підданий обмежувальному тлумаченню – це лише особа, здатна зловживати впливом і в цьому сенсі « прирівняна » до державної посадової особи за характером здійснюваних нею функцій та повноважень [15, с. 43]. Водночас наведений аргумент нівелюється тим,

що присвячена зловживанню впливом ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією навіть не уточнює, що «будь-яка особа», яка вимагає, одержує або приймає пропозицію чи обіцянку надання неправомірної переваги за відповідний вплив, може бути «державною посадовою особою».

Ще одним аргументом на користь належності аналізованого суб'єкта до числа спеціальних слугує те, що наведено у примітці ст. 354 КК визначення поняття пропозиції НВ (її обіцянки), яке поширюється і на ст. 369-2 КК, обмежує коло адресатів НВ працівником підприємства, установи чи організації, особою, яка надає публічні послуги, і службовою особою. На думку В. Киричка, приміткою ст. 354 КК визначено не лише зміст пропозиції (обіцянки) НВ, зокрема у складі «активного» зловживання впливом, а і коло спеціальних суб'єктів злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК [15, с. 44–45]. На переконання вченого, конкретизоване значення положень п. 3 примітки ст. 354 КК у постанові ОП ККС ВС безпідставно не взяте до уваги [10, с. 168–173]. Усвідомлюючи слушність цього аргументу, водночас не можу не відзначити його умовність: наявність у законодавчій регламентації кримінальної відповідальності за корупційні злочини низки недоліків різного (як змістовного, так і технічного) характеру не дозволяє перебільшувати мудрість (далекоглядність) законодавця.

Усього один (показовий) приклад: буквально тлумачення законодавчих формулювань «якщо неправомірна вигода надавалася службовій особі, яка займає відповідальне становище» та «якщо неправомірна вигода надавалася службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище» унеможлиблює інкримінування цих кваліфікуючих ознак та, як наслідок, кваліфікацію вчиненого за ч. 3 (ч. 4) ст. 369 КК, якщо НВ була: 1) надана третій особі; 2) лише запропонована чи обіцяна службовій особі, яка займає відповідальне (особливо відповідальне) становище. Через це не викликає подиву існування альтернативного наукового підходу до кримінально-правової оцінки вказаних дій, суть якого полягає в тому, що пропозиція чи обіцянка НВ, адресована службовій особі, яка займає відповідальне або особливо відповідальне становище, має розцінюватись лише як готування до злочину, передбаченого ч. 3 або ч. 4 ст. 369 КК [16, с. 162], з усіма правовими наслідками, що з цього випливають, включаючи відбиту у ч. 2 ст. 68 КК специфіку караності. У коментарі до ст. 369 КК ми з М. Хавронюком, хоч і констатуємо порушення правил законодавчої техніки при формулюванні відповідних кваліфікуючих ознак, висловлюємось за інкримінування ч. 3 і ч. 4 ст. 369 КК й у вказаних двох ситуаціях. Виходимо при цьому, зокрема, із системного тлумачення кримінального закону – того, що формулювання ч. 3 і ч. 4 ст. 368 КК як заборони, присвяченої «пасивному» підкупу і нерозривно поєднаної зі ст. 369 КК, охоплюють також прийняття пропозиції, обіцянки НВ, вчинене службовою особою, яка займає відповідальне (особливо відповідальне) становище [17, с. 1181].

Досить обережно висловлюється з приводу значення п. 3 примітки ст. 354 КК для визначення ознак складів злочину «зловживання впливом» К. Задоя: хоч кримінальний закон і поширює визначення пропозиції та обіцянки НВ на ст. 369-2 КК, перелік «адресатів» злочинного впливу, який міститься у цьому визначенні, формально не охоплює особу, яка пропонує чи обіцяє (погоджується) вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави [18, п. 19]. Тут доречно зазначити, що, наводячи аргументи на користь того, що загроза законним інтересам стосується обох форм вимагання НВ (ї відкритої, і завуальованої), В. Навроцький пише, що відсутність вказівки на законність інтересів щодо першої форми у п. 5 примітки ст. 354 КК – це явна помилка законодавця. З урахуванням загального рівня законодавчої техніки, стверджує вчений, законодавчі формулювання зовсім не обов'язково відображають якусь позицію [16, с. 144]. І ця слушна теза набуває особливого звучання з урахуванням закріпленої у ст. 129 Конституції України пріоритетності при здійсненні правосуддя принципу верховенства права.

Мною відзначалось і те, що положення про «спеціальність» суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, навряд чи узгоджується із сприйнятим судовою практикою положенням про охоплення поняттям впливу, зловживання яким відбувається (може відбуватись), використання з-поміж іншого довірчих, родинних, близьких і дружніх стосунків винного з особою, уповноваженою на виконання функцій держави (наразі – або місцевого самоврядування). Аналіз юридич-

ної літератури дозволяє вести мову про існування щонайменше альтернатив у вигляді визнання суб'єкта «пасивного» зловживання:

1) спеціальним – це особа, яка не є службовою, але має можливість вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування;

2) загальним – це може бути службова особа, особа, яка здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг, або працівник підприємства, установи, організації – за умови, що дії цього суб'єкта, які становлять зловживання впливом, не означають використання її службового становища чи наданих їй повноважень. За такого підходу склади злочинів, передбачених статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369, з одного боку, і ст. 369-2 КК, з іншого, вважаються суміжними за ознакою суб'єкта. Відповідно, якщо «посередник», який пропонує (обіцяє) здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є працівником підприємства, установи, організації, «публічною» службовою особою, службовою особою юридичної особи приватного права або особою, яка здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг, то пропозиція, обіцянка чи надання йому, а також прийняття ним пропозиції, обіцянки або одержання НВ за такий вплив, здійснений з використанням службового становища чи наданих повноважень, має каратись не за ст. 369-2, а за статтями 354, 368, 368-3, 368-4, 369 КК;

3) спеціальним – це лише такі особи, які здатні впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, шляхом використання можливостей, пов'язаних з їх службовими повноваженнями в широкому розумінні (обумовлених такими можливостями). Маються на увазі службові особи та особи, які надають публічні послуги [6, с. 283–285].

Саме остання з наведених точок зору знайшла відображення в ухвалі колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 25 листопада 2020 р. у справі № 554/5090/16-к, в якій аргументувалось положення про те, що суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, є спеціальним: у цій кримінально-правовій нормі йдеться не про використання будь-якого впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, а лише про зловживання таким впливом, який безпосередньо пов'язаний з наявністю у суб'єкта злочину влади, службового становища чи повноваженнями та обумовлений ними. Отже, суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, є не будь-яка фізична особа, яка досягла 16-річного віку (загальний суб'єкт), не службова особа, яка використовує вплив, зумовлений позаслужбовими відносинами з особою, уповноваженою на виконання функцій держави, а лише службова особа або особа, яка надає публічні послуги, і використовує можливості, пов'язані зі своїми службовими (у широкому розумінні) повноваженнями, обумовлені такими повноваженнями, для незаконного впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави [19]. З огляду на сказане і те, що поліцейський, засуджений за ч. 2 ст. 369-2 КК вироком Окружного районного суду м. Полтави (вирок залишено без змін ухвалою Полтавського апеляційного суду), діяв шляхом використання свого неслужбового впливу, було вирішено передати на розгляд ОП ККС ВС відповідне кримінальне провадження. В його межах вирішувалось питання про правильність кваліфікації дій співробітника поліції (оперуповноваженого), який одержав НВ у розмірі 200 дол. США за вплив на прийняття рішення іншим поліцейським – слідчим Полтавського відділу поліції ГУ НП в Полтавській області – щодо активізації розслідування кримінального провадження, проведення допиту особи, на яку вказував потерпілий, і проведення інших необхідних слідчих і процесуальних дій.

Як вже зазначалось, ОП ККС ВС зробила висновок про те, що суб'єкт «пасивного» зловживання впливом не має якихось додаткових ознак, крім осудності та віку, з досягненням якого особа може нести кримінальну відповідальність. На користь положення про те, що цей суб'єкт є загальним, В. Навроцький наводить, зокрема, такі аргументи: 1) відсутність будь-яких вказівок з приводу суб'єкта у тексті ст. 369-2 КК; 2) у міжнародно-правових актах, які послужили підставою доповнення КК статтею про зловживання впливом та які передусім мають братись до уваги при здійсненні телеологічного (цільового) тлумачення ст. 369-2 КК, вказується на те, що суб'єктом зловживання впливом може бути будь-яка особа; 3) фактична можливість здійснення неправомірного впливу залежить від індивідуальних стосунків між людьми, а не від їх соціального чи правового статусу; наявність додаткових ознак в осіб, які притягаються до відповідальності за

ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК у конкретних випадках, не свідчить про те, що відповідні ознаки є обов'язковими для всіх суб'єктів розглядуваного злочину [16, с. 173–176].

Такої ж точки зору дотримується, наприклад, Н.М. Ярмиш, яка пише, що суб'єкт злочину, передбаченого всіма частинами ст. 369-2 КК, законодавцем не визначений, у примітці ст. 364 КК не згадується, через що ним може бути будь-яка особа [20, с. 176]. У п. 61 Третього раунду оцінювання «Оцінювальний звіт по Україні», затвердженого GRECO на 52-му Пленарному засіданні (Страсбург, 17–21 жовтня 2011 р.), так само зазначається, що суб'єктом активного і пасивного зловживання впливом, передбаченого ст. 369-2 КК, може бути будь-яка особа незалежно від того, чи є вона службовою. У підрозділі 3.4 «Зловживання впливом з корисливою метою» Глосарія міжнародних стандартів у сфері кримінального права «Корупція», розробленого у 2007 р. ОЕСР, так само можна прочитати, що суб'єкт «пасивного» зловживання впливом може і не бути службовою особою.

Я загалом сприймаю наведені вище аргументи, а отже, і висновок ККС ВС із розглядуваного питання кримінально-правової кваліфікації зловживання впливом. Водночас ознайомлення з постановою ОП ККС ВС (її матеріально-правовою частиною) змушує зробити низку застережень.

1. Щодо визнання ч. 2 ст. 369-2 КК спеціальною нормою стосовно норм, викладених у статтях 354, 368, 368-3, 368-4 КК. Якщо виходити з того, що суб'єктом описаного в ч. 2 ст. 369-2 КК зловживання впливом може бути будь-яка особа, включаючи службову особу та особу, яка здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг, то з обстоюванням ОП ККС ВС співвідношенням згаданих кримінально-правових заборон можна погодитись – однак лише в частині статей 354, 368 КК. Адже формулювання, вжите в ч. 3 ст. 354 КК («... з використанням становища, яке він займає...»), є таким же широким, як і зворот «з використанням наданої їй влади чи службового становища...», що фігурує у ч. 1 ст. 368 КК.

Натомість у ст. 368-3 і ст. 368-4 КК використовується зворот «з використанням наданих їй повноважень», який поширювальному тлумаченню не підлягає. Відтак поведінка, за яку службова особа юридичної особи приватного права (особа, яка здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг) одержує НВ, повинна обмежуватись діями у межах компетенції суб'єкта, виключаючи можливість використання ним свого службового (професійного) авторитету, інших можливостей, обумовлених займаною посадою (здійснюваною діяльністю). Не пов'язаний з використанням наданих їй повноважень вплив з боку службової особи юридичної особи приватного права (особи, яка здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг) на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (фактичний вплив, спроможний викликати прийняття уповноваженою особою певного рішення), *de lege lata* не може розцінюватись як характеристика підкупу, передбаченого ст. 368-3 або ст. 368-4 КК. Погоджуюсь з В. Киричком у тому, що у статтях 368-3 і 368-4 КК передбачено відповідальність за підкуп до зловживання спеціальними суб'єктами своїми повноваженнями, а тому ці статті не конкурують із ст. 369-2 КК, через що остання не може визнаватися спеціальною щодо досліджуваної кримінально-правової заборони [10, с. 175].

Отже, співвідношення складів злочинів, описаних статтями 368-3 і 368-4 КК, з одного боку, і «пасивного» зловживання впливом, з іншого, не «вписується» у кримінально-правову ситуацію, традиційно описувану в літературі як конкуренція загальної і спеціальної норм, хоч на остаточний висновок про пріоритет у розглядуваній ситуації ст. 369-2 КК це не впливає.

Висуваючи свого часу пропозицію виключити з КК ст. 369-2 як «п'яте колесо до воза» у законодавчому інструментарії протидії корупції, я висловлювався за поєднання такого кроку (розумію – для когось радикального) з удосконаленням описання складів злочинів «Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» і «Підкуп особи, яка надає публічні послуги», а саме з доповненням ст. 368-3 і ст. 368-4 КК альтернативною вказівкою на використання пов'язаних з відповідними повноваженнями можливостей, що узгоджувалось б із визначенням поняття корупції, закріпленим у ст. 1 ЗУ «Про запобігання корупції» [4, с. 172].

2. Щодо охоплення (з погляду інкримінування ст. 369-2 КК) поняттям впливу використання дружніх, родинних, особистих стосунків із тим, хто уповноважений на виконання

функцій держави або місцевого самоврядування. Таке обстоюване ОП ККС ВП тлумачення ст. 369-2 КК її чинна редакція не виключає. Проблема, однак, полягає в тому, наскільки вдалою (у сенсі узгодженою з відповідними міжнародно-правовими положеннями) є згадана редакція.

У пунктах 64–66 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією зазначається, що криміналізація зловживання впливом має на меті дістатися до ближнього кола посадової особи або політичної партії, до якої він належить, і боротися з корупційною поведінкою тих осіб, які, перебуваючи поряд із владою, намагаються скористатися зі свого професійного становища або соціального статусу, що сприяє формуванню корумпованої атмосфери і послаблює віру громадян у справедливість державного управління. При цьому ст. 369-2 КК сформульована абстрактно: вона не містить уточнень, за допомогою яких законодавець мав би недвозначно виразити свою волю, та, як наслідок, основну ідею криміналізації зловживання впливом як «фонові» корупції – специфічних тристоронніх відносин з ознаками корупції, відмінних від традиційного хабарництва за участю «публічних» службових осіб і правомірних форм лобіювання, чітко не відображає, хоч і не відкидає її.

Про родинні, дружні чи інші подібні стосунки між людьми, позбавлені, так би мовити, професійного чи соціального навантаження, у Пояснювальній записці до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією нічого не сказано. У тлумачному ж словнику української мови соціальний розуміється як пов'язаний із життям і стосунками людей у суспільстві, суспільний, громадський, породжений умовами суспільного життя [21, с. 1360].

Виходить, що з питання про характер впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є підстави констатувати невідповідність чинної редакції ст. 369-2 КК щонайменше «духу» одного з міжнародно-правових документів, на виконання положень яких ця заборона з'явилась у КК. До речі, з урахуванням відбитої у Пояснювальній записці до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією «місії» заборони, присвяченої зловживанню впливом, я критично ставлюсь до аргументу В. Навроцького про те, що визнання будь-якої особи суб'єктом «пасивного» зловживання впливом нібито випливає з телеологічного (цільового) тлумачення ст. 369-2 КК, заснованого на положеннях антикорупційних конвенцій.

В одному з кримінальних проваджень, розглянутих Вищим антикорупційним судом (далі – ВАКС), захисник обвинуваченого, заперечуючи правильність кваліфікації дій останнього за ч. 2 ст. 369-2 КК, стверджував, що його підзахисний не належав до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не був особою, яка мала право на зміну кваліфікації злочину в кримінальному досудовому та судовому провадженні та могла впливати на такі дії за своїм правовим статусом. Спростовуючи позицію захисту і висловлюючись співзвучно позиції, відбитій у постанові ОП ККС ВС, Апеляційна палата ВАКС вказала на те, що суб'єкт злочину, передбаченого ст. 369-2 КК, зокрема її ч. 2, є загальним. Спеціальним має бути лише суб'єкт, на якого здійснюється зловживання впливом, однак вказана ознака складу злочину належить до його об'єктивної сторони. Здійснення впливу на такого спеціального суб'єкта може базуватися не лише на відносинах службової підпорядкованості (як про це зазначив захисник), а й на інших ресурсах (гарні стосунки, у т. ч. службові, дружба, залежність особистого характеру тощо). Наявність можливості здійснювати вказаний вплив на підставі тривалих робочих контактів по службі обвинуваченого як слідчого прокуратури із прокурорами, які здійснювали процесуальне керівництво, та їхніми керівниками, підтверджується матеріалами кримінального провадження [22].

За ч. 2 ст. 369-2 КК засуджено особу, яка, будучи приватним підприємцем і перебуваючи у приятельських стосунках із працівниками управління капітана Одеського морського порту, одержала НВ за вплив на прийняття працівниками вказаного управління рішення щодо оформлення особи, яка надала НВ, посвідчення особи моряка [23].

Таку ж кримінально-правову оцінку дав суд діям суб'єкта, який, здійснюючи в інтересах ТОВ «АРГАМАК» юридичний супровід цивільної справи, що перебувала на розгляді у Вищому спеціалізованому суді України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ), одержав НВ для себе за вплив на суддів ВССУ у вказаній цивільній справі. Обвинувачений під час спілкування з представницею ТОВ повідомив їй, що у нього є «вихід» на суддів ВССУ і попросив за це грошову

винагороду (50 тис. доларів США), а також говорив, що у разі ненадання йому винагороди у визначеному розмірі справу може бути вирішено не на користь ТОВ «АРГАМАК» [24].

За ч. 2 ст. 369-2 КК засуджено патрульного поліцейського, який одержав НВ за здійснення ним впливу (з використанням своїх особистих стосунків) на службових осіб Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська, щодо не притягнення особи до адміністративної відповідальності за порушення нею Правил дорожнього руху [25].

При цьому не можна не відзначити те, що поширене на практиці і підтримане ОП ККС ВС беззастережне охоплення поняттям впливу (з погляду кваліфікації за ч. 2 ст. 369-2 КК) використання дружніх, родинних і подібних стосунків з особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, суперечить законодавчому визначенню поняття корупції як використання відповідним суб'єктом службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей (ст. 1 ЗУ «Про запобігання корупції»). До того ж легальна дефініція поняття корупційного правопорушення «прив'язана» до осіб, вичерпний перелік яких наводиться у ч. 1 ст. 3 згаданого Закону.

Зазначені обставини ставлять під сумнів правильність беззастережного законодавчого віднесення (примітка ст. 45 КК) зловживання впливом до числа корупційних кримінальних правопорушень. З цього приводу Н. Ярмиш висловлюється категорично: «... у разі, коли людина має лише дружні чи сусідські стосунки, завдяки яким може вплинути на особу, яка виконує функції держави, вона не є суб'єктом корупційного злочину. Тим більше, що вона й не зазначена серед таких у ст. 3 Закону, до якої відсилає визначення корупції» [26, с. 455]. Тому складно погодитись із Д. Михайленком, який відносить зловживання впливом до безумовно корупційних злочинів; вважаю, що за класифікацією, запропонованою цим дослідником, зловживання впливом доречніше віднести до умовно корупційних злочинів, які в одних випадках мають корупційний характер, а в інших – ні [27, с. 9]. До слова у розглядуваній частині зловживання впливом не визнаватиметься корупційним злочином і з погляду проєкту КК, бо наведене у ньому визначення (п. 24 ч. 1 ст. 1.3.1) такого злочину наголошує з-поміж іншого на використанні службових повноважень, становища чи пов'язаних з ними можливостей [28].

В. Комар пише, що кримінально-правова конструкція захисту осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, від небажаного впливу з боку знайомих, друзів, рідних, помічників, радників, секретарів, референтів тощо має право на існування. Однак при цьому не може йтися про зловживання впливом, оскільки обумовлених повноваженнями можливостей для такого впливу у цьому випадку не існує, у зв'язку з чим цей злочин не може розглядатися як корупційний [12, с. 14]. На мій погляд, слід розрізняти, з одного боку, знайомих, друзів, рідних (у частині «кума, брата, свата» вести мову про корупційність зловживання впливом справді безпідставно) та, з іншого, працівників на кшталт помічників, радників, секретарів, референтів, бо саме вони, використовуючи свою «професійну близькість» до уповноважених осіб (інакше кажучи, фактичні можливості, які випливають з їхніх повноважень по службі), здатні виступати суб'єктами «фонові» корупції, про яку йдеться у Пояснювальній записці до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією.

Попри викладене вище, вважаю, що позиція ОП ККС ВС стосовно змісту впливу, яким «торгує» суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, узгоджується із застереженнями, зробленими у ст. 1 ЗУ «Про запобігання корупції» і примітці ст. 45 КК, згідно з якими визначення корупційного правопорушення і корупції вживаються у відповідному значенні «у цьому Законі», а певні кримінальні правопорушення визнаються корупційними «відповідно до цього Кодексу». До того ж кримінальна протиправність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом (ч. 3 ст. 3 КК). Про численні недоліки законодавчого переліку корупційних кримінальних правопорушень я вже писав [6, с. 213–239], і це, вочевидь, нівелює аргумент на користь того, що ст. 369-2 КК, яка фігурує у вказаному переліку, передбачає караність саме і тільки корупційного підкупу. Відтак зрозуміло, чому ККС ВС, здійснюючи тлумачення ст. 369-2 КК, фактично не взяв до уваги неузгодженості, які мають місце між, з одного боку, текстом кримінального закону та, з іншого, визначеннями понять корупції та корупційного правопорушення, закріпленими у ЗУ «Про запобігання корупції» як нормативно-правовому акті, що є базовим із питань боротьби з корупцією. І претензії у цьому разі – щодо (не-)узгодженості

ст. 369-2 КК з іншими складовими антикорупційного законодавства – варто адресувати явно не ККС ВС.

Як бачимо, зловживання впливом лише частково є корупційним злочином: воно не може вважатись таким у частині використання дружніх, родинних, особистих стосунків з тим, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, – якщо ці стосунки не зумовлені (не викликані) службовою (професійною) поведінкою суб'єкта «пасивного» зловживання впливом (не пов'язані з його службовим (професійним) становищем, не випливають з цього становища тощо). Тому, з огляду на конституційно закріплену пріоритетність при здійсненні правосуддя принципу верховенства права, я не виключаю застосування низки «пільгових» статей КК, що містять застереження «крім корупційних кримінальних правопорушень», стосовно осіб, які вчинили зловживання впливом у вказаній частині, адже скоєне такими особами не містить обов'язкових ознак корупційного правопорушення та корупції, через що ці особи (всупереч буквальному тлумаченню примітки ст. 45 КК) не є (не повинні визнаватись) корупціонерами.

З огляду на викладене вище, не може не поставати питання, чи потребує *de lege ferenda* охорона осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, від неналежного впливу самостійної кримінально-правової заборони, подібної до ст. 369-2 чинного КК. Видається, що «посередники», які отримують НВ (висловлюють прохання надати їм НВ) за вплив на уповноважених осіб і не є при цьому службовими особами та особами, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, за відсутності в КК ст. 369-2 могли б нести відповідальність (залежно від обставин вчиненого) на підставі ст. 354 КК або за співучасть у вчиненні корупційного злочину, вчиненого особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Другий із позначених варіантів кримінально-правової оцінки (за умови уточнення передбаченого ч. 5 ст. 27 КК визначення поняття пособника) був би прийнятним і щодо тих суб'єктів «пасивного» зловживання впливом, які при висуненні відповідних пропозицій (обіцянок) виступають як приватні особи. Крім цього, такі «результативні» пропозиції (обіцянки) за НВ вплинути на уповноважену особу могли б (за наявності підстав) розцінюватись як підбурювання до надання НВ.

3. Щодо охоплення поняттям впливу (з погляду кваліфікації за ст. 369-2 КК) вжиття службовою особою заходів до вчинення дій іншими особами (непідпорядкованими їй і тими, які не перебувають від неї в службовій залежності), коли службова особа використовує службовий авторитет, свої зв'язки зі службовими особами, інші можливості, обумовлені займаною посадою. Як і ОП ККС ВС, вважаю, що згаданий у ст. 369-2 КК вплив може полягати й у тому, що службова особа, спроможна це зробити завдяки своєму службовому становищу у широкому розумінні вказаного поняття, вживає заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для того, хто пропонує, обіцяє або надає НВ, які сама службова особа (суб'єкт «пасивного» зловживання впливом) вчинити не може.

Вирішуючи питання про співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369-2 КК, П.П. Андрушко свого часу зазначив, що з усіх форм одержання хабара (наразі НВ) законодавець вважає менш суспільно небезпечною і, відповідно, встановлює за неї менш суворе покарання таку форму, як одержання хабара за вжиття службовою особою завдяки своєму службовому становищу заходів до вчинення іншими службовими особами дій, бажаних для хабародавця (третьої особи), які сам одержувач хабара (НВ) вчинити не може. Як наслідок, має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ст. 369-2 КК) кримінально-правових норм, яка має вирішуватись шляхом надання переваги спеціальній нормі [29]. Такої ж позиції дотримується В. Навроцький [16, с. 174–177].

Подібним чином розмірковує В. Киричко, на думку якого формулювання «з використанням наданої їй влади чи службового становища», зазначене в ст. 368 КК, здатне охопити і «службовий вплив» (вплив із використанням можливостей, пов'язаних зі службовими повноваженнями). Слова «до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу», вказані в п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво, позначають той службовий вплив, який, починаючи з моменту набрання чинності ЗУ від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до дея-

ких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», виділений у спеціальну норму – ч. 2 ст. 369-2 КК [14, с. 237, 245–246].

У коментарі до ст. 368 КК ми з М. Хавронюком написали, що поняття «з використанням наданої їй влади чи службового становища» з погляду кваліфікації за цією статтею КК не обмежується діями (бездіяльністю) в межах службової компетенції, бо включає використання службовою особою можливостей, обумовлених займаною посадою. Однак у випадках використання своїх службових можливостей, які виходять за межі компетенції, прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою НВ слід відмежовувати від передбаченого ст. 369-2 зловживання впливом [17, с. 1162].

Підтверджуючи правильність засудження за ч. 3 ст. 368 КК начальника відділу аудиту фінансових установ та валютного контролю управління податкового аудиту ДПІ у Дніпровському районі ГУ ДФС у м. Києві Особи 1 і спростовуючи позицію її захисника, який ставив питання про перекваліфікацію вчиненого Особою 1 на ч. 2 ст. 369-2 КК, ККС ВС у своїй постанові зазначив, що диспозиція ст. 368 КК передбачає відповідальність за прийняття рішення і вплив на прийняття рішення з використанням службового становища; натомість у ст. 369-2 КК мається на увазі вплив без використання свого службового становища. Особа 1, будучи службовою особою і безпосереднім керівником головного державного ревізора-інспектора відділу аудиту фінансових установ та валютного контролю управління податкового аудиту ДПІ Особи 3, для якої вказівки керівника були обов'язковими, одержала НВ за використання свого службового становища, через що її дії правильно кваліфіковано за ст. 368 КК [30]. Погоджуючись з інкримінуванням у цьому разі ст. 368 КК, водночас критично оцінюю твердження ККС ВС про те, що ст. 369-2 КК передбачає вплив на особу без використання винним свого службового становища; таке твердження – наочне підтвердження тієї обставини, що до ухвалення постанови ОП ККС ВС навіть на рівні ВС мали місце суперечливі підходи щодо розуміння ознак «пасивного» зловживання впливом.

На користь викладеного теоретичного підходу, втіленого і в постанові ОП ККС ВС, вказують пункти 65, 66 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, де говориться таке: відмінність між зловживанням впливом і хабарництвом полягає в тому, що особа, яка зловживає впливом, не мусить учинити дію або утриматися від дії, як би це належало зробити публічній посадовій особі. Одержувач неправомірної переваги при «пасивному» зловживанні впливом допомагає особі, яка надає неправомірну перевагу, здійснюючи або пропонуючи здійснити вплив на третю особу, здатну учинити потрібну дію (або втриматися від її учинення). Особа, яка зловживає впливом, перебуває у становищі стороннього: вона не може приймати рішення самостійно, однак неналежним чином використовує свій реальний або стверджуваний вплив на інших осіб.

Таким чином, із постанови ОП ККС ВС випливає, що у вказаній частині має місце конкуренція загальної (ст. 368 КК) і спеціальної (ч. 2 і ч. 3 ст. 369-2 КК) норм, і ця теза сприймається судовою практикою.

Наприклад, як зловживання впливом було розцінено одержання НВ: першим заступником начальника виробничого підрозділу «Жмеринська дирекція залізничних перевезень» регіональної філії «Південно-Західна залізниця» ПАТ «Українська залізниця» – за вплив на прийняття посадовими особами вказаного виробничого підрозділу рішень в інтересах суб'єктів господарювання (надання переваг у поданні вантажних вагонів і прискорення їх руху) [31]; начальником відділу охорони водних біоресурсів «Рибоохоронний патруль» Управління Державного агентства рибного господарства у Кіровоградській області – за вплив на прийняття рішення конкурсною комісією щодо добору кадрів у цьому Управлінні [32]; заступником військового комісара – за вплив на прийняття рішення військовим комісаром Смілянського об'єднаного міського територіального центру комплектування та соціальної підтримки Черкаської області як членом призовної комісії щодо надання відстрочки від призову на строкову військову службу [33]; директором Департаменту освіти і науки Чернівецької ОДА – за вплив на сільського голову однієї із сільських рад з метою визнання переможцем процедури закупівлі та подальшого укладення відповідних договорів про закупівлю, які передбачатимуть платне виконання ремонтних робіт у певному навчальному закладі [34]; Потуторським сільським головою Бережанського району – за вплив на депутатів сільської ради задля прийняття позитивного рішення під час голосування на засіданні сесії

сілської ради і надання дозволу на розробку проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки в оренду [35]; начальником Любешівського відділу Маневецької місцевої прокуратури Волинської області – за вплив на начальника Любешівського ВП Камінь-Каширського ВП ГУ НП у Волинській області і начальника Любешівської ДПІ Ратнівського управління ГУ ДФС у Волинській області задля неприйняття рішень щодо виявлення та припинення діяльності нелегальної АЗС [36]; начальником Куйбишевського відділу Бердянської місцевої прокуратури Запорізької області – за вплив на прокурорів Бердянської окружної прокуратури і керівництво цього органу щодо прийняття рішення про закриття кримінального провадження і надання можливості безперешкодно зібрати вирощений врожай на земельній ділянці [37]; першим заступником начальника Сокирянської виправної колонії – за вплив на прийняття рішення прокурорами Сокирянської місцевої прокуратури і судьями Сокирянського районного суду Чернівецької області щодо умовно-дострокового звільнення особи [38]; заступником Голови Державної архівної служби України – за вплив на прийняття рішення службовими особами Фонду державного майна України в інтересах особи (прийняття її на роботу) [39]; директором центру по роботі з іноземними учнями Харківського національного університету будівництва та архітектури – за вплив щодо безперешкодного складання одним із студентів іспитів і невжиття заходів щодо відрахування з університету та подальшої депортації з України [40]; заступником голови Ківерцівської РДА – за вплив на прийняття рішення членами тендерного комітету щодо закупівлі паливно-мастильних матеріалів в інтересах одного ТОВ та ухвалення рішення начальником відділу освіти з метою визнання цього ТОВ переможцем торгів [41]; начальником оперативно-технічного відділу управління оперативної підтримки Головного управління ДФС України у Харківській області – за вплив на прийняття рішення керівником органу ДФС у Харківській області за безперешкодне здійснення підприємницької діяльності і непроведення перевірок [42].

Складно назвати викладені вище фабули проявами «фонові» корупції, протидіяти якій покликана, з огляду на телеологічне тлумачення цієї кримінально-правової заборони, ст. 369-2 КК. Навряд чи розробники законопроекту, ухваленого як ЗУ від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», розраховували на те, що значна частина «класичного» хабарництва за участю публічних службових осіб охоплюватиметься диспозицією ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК. Проте, судячи з усталеної практики правозастосування, сталося саме так. У цьому сенсі можна зрозуміти появу критичних суджень О. Маріна, на думку якого використання можливостей спеціального статусу (фактично службового становища) не можна визнати рівнозначним за суспільною небезпекою із використанням, зокрема, добросусідських чи родинних стосунків. Тому використання можливостей спеціального статусу, яке купується загальним суб'єктом, є суспільно небезпечнішим, а отже, має одержувати кримінально-правову оцінку за статтею КК із більш жорсткою санкцією, наприклад, за ст. 368 КК, а не ч. 2 ст. 369-2 КК [11, с. 186–187]. Підтримую ці міркування, щоправда, в аспекті *de lege ferenda*, а не *de lege lata*.

За таких обставин конструктивно видається пропозиція Д. Михайленка передбачити у ст. 369-2 КК негативну вказівку, за якою вона повинна застосовуватись лише за відсутності у вчиненому ознак «хабарництва або співучасті в ньому». Таке доповнення не лише усуне складні конкуренції кримінально-правових норм, а й виокремить ту поведінку, яку прагнув заборонити законодавець (одержання НВ за здійснення впливу на рішення уповноваженої особи за відсутності використання службового становища особи, яка вчиняє вплив) [27, с. 31]. За результатом розгляду проблеми розмежування «пасивного» зловживання впливом (частини 2, 3 ст. 369-2 КК) і «пасивного» підкupu службової особи (ст. 368 КК) К. Задоя так само запропонував внести до ст. 369-2 КК зміни, які б забезпечили прозоре й однозначне розмежування вказаних складів злочинів [7, пункти 32, 38].

М. Хавронюк услід за К. Задоею висловлюється за те, щоб викласти ст. 369-2 КК у спосіб, який би робив її максимально чіткою з питання ознак суб'єкта «пасивного» зловживання впливом [13, п. 68; 43].

Отже, визначаючи перспективи кримінально-правової заборони, присвяченої зловживанню (краще – «торгівлі») впливом, слід виходити з того, що ця заборона не повинна описувати корупційну поведінку осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самовряду-

вання, а покликана допомагати протидіяти «фоновій» корупції у виконанні «посередників», які задля одержання НВ «продають» свій вплив, користуючись професійним чи соціальним статусом осіб, наближених до публічних службових осіб (уповноважених осіб).

У будь-якому разі «торгівлю» впливом лише з великою часткою умовності можна вважати посяганням на порядок публічної служби. До слова, назва розділу 7.7 проєкту КК «Злочини та проступки проти порядку публічної служби» [28] неминуче ставить і питання про долю кримінально-правових заборон, присвячених корупційним та іншим службовим деліктам у приватному секторі, а так само деліктам осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг.

З іншого боку, якщо склади конкретних корупційних злочинів у проєкті КК конструюватимуться за таким типом (схемою), як одержання НВ (прирівняна до цього поведінка на кшталт прохання надати НВ) за вчинення діяння з використанням влади, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей, то потреби у виокремленні заборони, присвяченої «торгівлі» впливом, взагалі може і не бути, оскільки поняттям діяння з використанням вказаних можливостей охоплюватиметься і вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Відтак (за відсутності у новому КК «правонаступника» ст. 369-2 чинного КК) прогалин у законодавчому забезпеченні протидії корупції, мабуть, не спостерігатиметься.

4. Щодо третьої особи у складах злочину «зловживання впливом» та його відмежування від посередництва у наданні-одержанні НВ. Цей зловбоденний у практичному плані аспект кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 369-2 КК, безпосереднього відбиття у постанові ОП ККС ВС не знайшов.

Для розкриття значення вказівки на третю особу у ч. 2 ст. 369-2 КК вважаю за доцільне звернутись до відповідних (вже згадуваних вище) міжнародно-правових документів. Таке звернення учергове переконує в тому, що у самих цих документах ознаки зловживання впливом сформульовані неоднозначно.

У ст. 18 Конвенції ООН проти корупції йдеться про вимагання або прийняття державною посадовою особою чи будь-якою іншою особою, особисто або через посередників, будь-якої неправомірної переваги для самої себе чи для іншої особи, щоб ця особа чи така інша особа зловживала своїм справжнім або удаваним впливом з метою одержання від адміністрації або державного органу Держави-учасниці будь-якої неправомірної переваги. Із наведеного конвенційного тексту випливає, що про «пасивне» зловживання впливом можна вести мову й у тому разі, коли одержувач НВ, виступаючи своєрідним посередником, одержує НВ для «такої іншої особи» – за її вплив на уповноважену особу. Чинна редакція ст. 369-2 КК, на мій погляд, допускає і таке тлумачення. Виходить, що сформульований у постанові ОП ККС ВС висновок про те, хто може бути суб'єктом «пасивного» зловживання впливом, не враховує ту обставину, що НВ (із погляду інкримінування ч. 2 ст. 369-2 КК) може призначатись і третій особі за її вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування.

Водночас звернення до ст. 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією заперечує викладене тлумачення. Тут йдеться про встановлення кримінальної відповідальності за: умисне обіцяння, пропонування чи надання (прямо або опосередковано) будь-якої неправомірної переваги будь-якій особі, яка заявляє чи підтверджує, що вона може за винагороду зловживати впливом на прийняття рішень певною (уповноваженою) особою незалежно від того, чи така неправомірна перевага призначена для неї особисто чи для іншої особи; вимагання, одержання або прийняття пропозиції чи обіцянки надання такої переваги у винагороду за такий вплив незалежно від того, чи такий вплив дійсно здійснюється, чи призводить до бажаного результату.

За такого підходу вказівка на третю особу у ч. 2 ст. 369-2 КК (подібно до такої ж вказівки у ст. 368 КК) характеризує суб'єктивну сторону досліджуваного злочину, означаючи, що його суб'єкт може одержувати НВ не тільки для себе і що кваліфікацію за ч. 2 ст. 369-2 КК не має впливати те, яким чином суб'єкт «пасивного» зловживання впливом використав НВ, розпорядився нею чи який намір щодо цього він мав під час скоєння інкримінованого діяння. У подібному ключі інтерпретує ст. 369-2 КК, наприклад, В. Киричко, вказуючи на те, що суб'єкт «пасивного» зловживання впливом (тобто не третя особа) бере на себе зобов'язання протиправно вплинути

на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, в обмін на надання НВ загальним суб'єктом – суб'єктом «активного» зловживання впливом [44, с. 631]. Співзвучно висловлюється В. Навроцький: суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 (ч. 3) ст. 369-2 КК, за НВ, одержувану для себе чи третьої особи, пропонує або погоджується здійснити вплив на уповноважену особу [16, с. 169, 175].

Законодавча вказівка на третю особу в антикорупційних кримінально-правових заборонах, як відомо, є результатом виконання міжнародно-правових рекомендацій. Нагадаю, що GRECO рекомендувала сформулювати положення щодо «активного» і «пасивного» хабарництва в публічному та приватному секторі і зловживання впливом таким чином, щоб вони включали в себе і випадки, коли НВ призначається не для корупціонера особисто, а третьої особи (фізичної або юридичної). Один із недоліків попередніх редакцій ст. ст. 354, 368, 368-3, 368-4 КК вбачався у тому, що ці кримінально-правові норми не враховували того, що вигодоотримувачем може виступати не лише той, хто одержує НВ (хабар), а і будь-який інший суб'єкт, якщо на нього вказує той, хто одержує чи вимагає НВ (хабар). У п. 35 і п. 42 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією з цього приводу зазначається, відповідно, таке: хабарником має бути публічна посадова особа, при цьому не важливо, чи неправомірна перевага призначена їй або комусь іншому; одержання може, наприклад, означати фактичне прийняття переваги самою публічною посадовою особою або ким-небудь ще (чоловіком, колегою, організацією, політичною партією тощо) для себе самої або для когось інше. Очевидно, що викладені положення цілком можуть бути екстрапольовані на «пасивне» зловживання впливом.

За викладених обставин не дивно, що закріплена у ч. 2 ст. 369-2 КК вказівка на третю особу суперечливо інтерпретується у судовій практиці.

Так, як зловживання впливом розцінив суд дії адвоката, який від Особи 1 одержав НВ у виді 18 тис. грн. Ця НВ підлягала передачі іншій особі, матеріали щодо якої розслідуються в окремому кримінальному провадженні, для здійснення нею впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, а саме за прийняття рішення щодо непрягнення Особи 1 до кримінальної відповідальності [45].

В одній зі справ за ч. 2 ст. 369-2 ВАКС засудив адвоката, який одержав НВ для того, щоб передати її іншим особам за прийняття рішення щодо призначення двом обинуваченим покарання, не пов'язаного з реальним позбавленням волі, і невжиття заходів до оскарження такого рішення. ВАКС вирішив, що адвокат вчинив зловживання впливом, одержавши НВ для третіх осіб за вплив на прийняття рішення особами, уповноваженими на виконання функцій держави [46].

Вважаю, що інкримінування засудженому ч. 2 ст. 369-2 КК у цьому разі не виключалось – за умови, що той, кому призначалась НВ і кому вона частково була передана (із 6 тис. доларів США передано 5 тис.), був саме третьою особою, згаданою у диспозиції ч. 2 ст. 369-2 КК, а не особою, уповноваженою на виконання функцій держави і здатною ухвалити рішення на користь зацікавлених осіб, які надали НВ. При цьому з вироку ВАКС не зовсім зрозуміло, чи той, кому передано частину НВ (матеріали щодо цієї особи виділено в окреме кримінальне провадження), був особою, уповноваженою на виконання функцій держави (треба так розуміти – суддею). Якщо так, то кваліфікацію вчиненого адвокатом за ч. 2 ст. 369-2 КК вважаю неточною, бо він вчинив не зловживання впливом, а, швидше за все, посередництво у наданні-одержанні НВ, стосовно проблематичності кримінально-правової оцінки якого я вже висловлювався [6, с. 380–401].

З приводу аналізованого аспекту кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст.369-2 КК, В. Плекан загалом слушно зазначає, що при зловживанні впливом НВ (на відміну у посередництві у підкупі) залишається в особи, яка «береться вирішити певні питання». Така особа не планує передавати НВ уповноваженій особі, і той, хто передає НВ, усвідомлює це. Фігуранту, у діях якого зацікавлений надавач НВ, остання не передається. НВ залишається у суб'єкта (або третіх осіб), який використовує свій вплив (знайомства, дружні стосунки тощо) для того, щоб відповідне рішення було прийняте [47, с. 150]. Застереження «загалом» зроблене мною через те, що, як вже зазначалось, НВ із погляду інкримінування ч. 2 ст. 369-2 КК, вочевидь, може одержуватись винним для третьої особи саме за її вплив на того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

У цьому сенсі викликає інтерес справа, в якій суд виправдав за ч. 2 ст. 369-2 КК Особу 1, який обвинувачувався в одержанні НВ для себе і третьої особи за вплив на прийняття рішення тим, хто уповноважений на виконання функцій держави. Будучи ФОПом, Особа 1 здійснював допоміжну діяльність у сфері транспорту, зокрема консультування і митне оформлення транспортних засобів, і набув унаслідок цього тісних зв'язків з інспекторами митного посту «Північний» Дніпропетровської митниці ДФС. Під час спілкування з Особою 2, зацікавленою у митному оформленні автомобіля «Nissan Juke», Особа 1 повідомив йому, що для розмитнення автомобіля необхідно сплатити офіційні платежі до бюджету, а також здійснити неофіційний платіж у сумі 300 доларів США як НВ працівникам Дніпропетровської митниці ДФС за нестворення перешкод при митному оформленні транспортного засобу. Обґрунтовуючи положення про відсутність у вчиненому Особою 1 складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, суд з-поміж іншого зазначив, що у цій нормі йдеться не про дії посередника, який бере, наприклад, грошові кошти від іншої особи для передачі їх особі, уповноваженій на виконання функцій держави (бо такі дії кваліфікуються як співучасть у вчиненні злочинів, передбачених статтями 368, 368-3, 368-4 і 369 КК), а за здійснення впливу на уповноважену особу. При цьому з показань обвинуваченого Особи 1 вбачається, що гроші в Особи 2 він отримав за надані ним особисто послуги і брокерські послуги, пов'язані з декларуванням автомобіля «Nissan Juke». Особа 2, своєю чергою, у своїх показаннях зазначив, що 100 доларів США він передавав Особі 1 за виконану ним роботу, а 300 доларів США – для подальшої передачі працівникам митниці, які займались митним оформленням автомобіля «Nissan Juke». Таким чином, обидві особи по-різному усвідомлювали мету надання й отримання грошових коштів, але жоден із них у судовому засіданні не вказав на те, що НВ передавалась саме за здійснення впливу у той чи інший спосіб на особу, уповноважену на виконання функцій держави [48].

Ст. 369-2 КК не конкретизує характер впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави або самоврядування, у зв'язку з чим складається враження, що це може бути не лише умовляння та його різновиди (прохання, переконання, порада, обіцянка тощо), а і будь-яка інша дія, спроможна неправомірно внести корективи у процес ухвалення рішення уповноваженою особою (включаючи надання останній НВ). Водночас з антикорупційних конвенцій випливає (і ст. 369-2 КК має тлумачитись у такому ж ключі), що при зловживанні впливом особа, яка має реальний або удаваний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, «обмінює» цей вплив на НВ, що надається тим, хто бажає скористатися цим впливом.

Як слушно зазначає К. Задоя, у випадку віднесення до числа форм впливу тих із них, які спрямовані на пригнічення волевиявлення особи (застосування насильства, погроз, шантажу тощо), втрачається логіка криміналізації зловживання впливом як окремого типу суспільно небезпечної поведінки, адже таким впливом не можна зловживати у власному розумінні цього слова [8, с. 63]. У випадках погроз вбивством, знищенням або пошкодженням майна, шантажування чи видання наказу (розпорядження) безпідставно вести мову про зловживання впливом і, тим більше, «торгівлю» впливом. Викладені міркування видаються доречними і стосовно такої форми кримінально протиправної поведінки, як надання НВ. «Якщо суб'єкт погоджується вплинути на зазначену особу шляхом підкупу й одержує за це винагороду, його дії мають розглядатись (в залежності від фактичних обставин) як посередництво у вчиненні закінченого чи незакінченого злочину, ЮСЗ якого передбачено ст. ст. 368, 368-4 чи 369 КК» [8, с. 63].

Відтак критичні міркування, подібні до викладених вище, вважаю доречними щодо інкримінування ч. 2 ст. 369-2 КК Особі 2, яка, будучи суддею, одержала від громадянина НВ за вплив на іншого суддю (Особу 4) для прийняття останнім рішення в інтересах громадянина – надавача НВ. Із вироку ВАКС випливає, що гроші частково (20 %) призначались (нібито) для судді (Особи 4), який ухвалив бажане для громадянина рішення, і останній надавав НВ саме з таким розрахунком або принаймні проти цього не заперечував. Обґрунтовуючи кваліфікацію скоєного Особою 2 як зловживання впливом, ВАКС слушно зазначив таке: зі змісту диспозиції ч. 2 ст. 369-2 КК вбачається, що НВ може одержуватись як особисто для суб'єкта злочину, так і для третьої особи, і на кваліфікацію дій обвинуваченого ця обставина не впливає. Водночас інші, наведені у вироку аргументи на користь інкримінування Особі 2 ч. 2 ст. 369-2 КК, підтримати складно. Так, ВАКС

азначив, що питання, чи передавались фактично гроші третій особі, і чи збирався обвинувачений їх передавати, не входить до предмету доказування і не має значення для встановлення ознак об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК. Тому питання, чи передавалась Особі 4 (іншому судді) частина одержаної Особою 2 НВ, не входить до предмету доказування за інкримінованим злочином [49]. Вимушений повторити: третя особі з погляду кваліфікації вчиненого за ч. 2 ст. 369-2 КК – це не особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування; якщо ж НВ (принаймні частково) призначалась для передачі уповноваженій особі (у нашому випадку – іншому судді – Особі 4), то вчинене виходить за межі зловживання впливом – «фоновій» корупції, ідею якої доволі незграбно втілює чинна редакція ст. 369-2 КК.

Іншим вироком за ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 369-2 КК ВАКС засудив адвоката, який, діючи за дорученням голови суду, отримав НВ для нього за вплив на слідчого суддю в інтересах особи, яка надала НВ. ВАКС вирішив, що обвинувачений вчинив пособництво у зловживанні впливом, тобто пособництво в одержанні НВ для себе за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави [50]. Як бачимо, у цьому разі ВАКС (як і ОП ККС ВС) вказівку у ч. 2 ст. 369-2 КК на третю особу «не помітив», що своїм наслідком мало визнання одержувача НВ вже не виконавцем зловживання впливом, а лише пособником цього злочину.

Проведене дослідження дозволяє зробити загальний висновок про те, що відбите у постанові ОП ККС ВС тлумачення ознак «пасивного» зловживання впливом є компромісним, сформульованим у дусі панівної судової практики і таким, що головним чином ґрунтується на «букві» чинного кримінального закону. Попри те, що наведена ККС ВС аргументація виглядає фрагментарною і недостатньо якісною, хочеться вірити в те, що проаналізований акт судового тлумачення відіграватиме позитивну роль у забезпеченні однаковості правозастосування, а отже, правової визначеності. Водночас відбите у постанові ОП ККС ВС тлумачення ст. 369-2 КК, очікувано викликавши суперечливі оцінки правників, дозволило вчергове констатувати серйозні (концептуальні) недоліки цієї кримінально-правової заборони, а отже, знову спонукає задуматись над її долею. Здійснений аналіз схиляє до думки про те, що у новому КК можна обійтись без окремої статті, присвяченої «торгівлі» впливом як «фоновій» корупції, сформулювавши присвячені підкупам відповідних суб'єктів заборони з урахуванням змістовних ознак корупції і корупційного правопорушення, закріплених у ЗУ «Про запобігання корупції». Опосередковано у постанові ОП ККС ВС знайшла відображення і проблема кваліфікації одержання НВ за удаваний (стверджуваний) вплив. Зазначена проблема стане темою подальших наукових розвідок автора.

1. Антикорупційна стратегія на 2020–2024 роки. Національне агентство з питань запобігання корупції. Київ, 2020. 41 с. URL: <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2020/09/Antykoruptsiyna-strategiya-na-2020-2024-roky-zarezultatamy-publichnyh-obgovoren-16.09.2020.pdf> (дата звернення: 20.10.2021).
2. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 3-е, стереотип. Москва: Статут, 2001. 354 с.
3. Постанова Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 березня 2021 р. у справі № 554/5090/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96074938> (дата звернення: 20.10.2021).
4. Дудоров О.О. Зловживання впливом: у пошуках істини між «духом» і «буквою» кримінального закону. Право і громадянське суспільство. 2015. № 3. С. 136–178.
5. Дудоров О.О. Проблеми кваліфікації зловживання впливом у судовій практиці. Юридична Україна. 2019. № 5. С. 24–35.
6. Дудоров О.О., Коломоєць Т.О., Кушнір С.М., Макаренков О.Л. Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: колективна монографія. Запоріжжя, 2019. 476 с.
7. Узагальнення проблем застосування законодавства, що встановлює відповідальність за корупційні злочини. Автор: К. Задоя. Редактор: М. Хавронюк. Київ: ЦППР, 2019. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/07/22/uzagalnennya-problem-zastosuvannya-zakonodavstva-shho-vstanovlyuye-vidpovidalnist-za-koruptsijni.pdf> (дата звернення: 20.10.2021).
8. Судова практика в справах про злочини в сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / за ред. К.П. Задой. Київ: Аграр Медіа Груп, 2014. 135 с.

9. Дудоров О.О. Кваліфікація зловживання впливом – питань стало менше. Збірка тез доповідей учасників науково-практичного круглого столу «Кримінальний кодекс України 2001 року: 20 років після прийняття» (29 квітня 2021 року) / упоряд. А.А. Стрижевська, К.П. Задоя, Д.С. Птащенко, С.Д. Шапченко. Київ, 2021. С. 65–73.
10. Киричко В.М. Висновки Верховного Суду щодо суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК): критичний теоретичний аналіз. Вісник Асоціації кримінального права України. 2021. № 1. С. 162–190.
11. Марін О. Відповідальність за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: навчальний посібник. Київ: ВД «Дакор», 2021. 272 с.
12. Комар В.В. Поняття та види підкупу за кримінальним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2020. 20 с.
13. Висновок щодо стану імплементації положень міжнародних антикорупційних конвенцій у законодавство України в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Автор: К. Задоя. Редактор: М. Хавронюк. Київ: ЦППР, 2019. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/07/22/vysnovok-shhodo-stanu-implementatsii-polozhen-mizhnarodnyh-antykoruptsiy-nyh-konventsii-u.pdf> (дата звернення: 20.10.2021).
14. Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. 424 с.
15. Киричко В.М. Проблема визначення суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК України) та її вирішення. Проблеми законності. 2015. Вип. 128. С. 40–46.
16. Дудоров О.О., Житний О.О., Задоя К.П. та ін. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. 464 с.
17. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. 1368 с.
18. Висновок щодо узгодженості між собою положень Кримінального кодексу України, Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального процесуального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Автор: К. Задоя. Редактор: М. Хавронюк. Київ: ЦППР, 2019. URL: <http://185.65.244.102/img/books/files/1571912209cplr.%20coherence%20of%20legislation.pdf> (дата звернення: 20.10.2021).
19. Ухвала колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 25 листопада 2020 р. у справі № 554/5090/16-к URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Ogljad_KKS_VS_11_2020.pdf (дата звернення: 20.10.2021).
20. Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): навч. посіб. Київ: Національна академія прокуратури України, 2014. 192 с.
21. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ, Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.
22. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 27 квітня 2021 р. у справі № 758/5744/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96838261> (дата звернення: 20.10.2021).
23. Вирок Приморського районного суду м. Одеси від 18 лютого 2021 р. у справі № 522/23947/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95254383> (дата звернення: 20.10.2021).
24. Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 13 січня 2020 р. у справі № 761/34746/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87012272> (дата звернення: 20.10.2021).
25. Вирок Бабушкінського районного суду м. Дніпропетровська від 1 жовтня 2021 р. у справі № 932/6952/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100036630> (дата звернення: 20.10.2021).
26. Ярмиш Н.М. Чи є корупціонерами суб'єкти злочину, передбаченого ст. 369-2 Кримінального кодексу України «зловживання впливом»? Інноваційний розвиток правової науки в умовах модернізації суспільства: Матеріали X Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, Національний авіаційний університет, 28 лютого 2020 р. Том 1. Тернопіль: Вектор, 2020. С. 453–455.
27. Михайленко Д.Г. Кваліфікація корупційних злочинів: навч.-метод. посіб. для студентів 5-го курсу Інституту прокуратури та слідства. Одеса: Юридична література, 2013. 136 с.
28. Кримінальний кодекс України (проект). Контрольний текст (станом на 2.10.2021). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/10/05/kontrolnyj-tekst-proektu-kk-02-10-2021.pdf> (дата звернення: 20.10.2021 р.).
29. Андрушко П.П. Доктринальне тлумачення, окремі кримінально-правові аспекти застосування стаття 369-2 КК України (Зловживання впливом). Юридичний вісник України. 2014. 12–18 квіт. (№ 15).
30. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 12 лютого 2020 р. у справі № 755/4053/16-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87672565> (дата звернення: 20.10.2021).
31. Вирок Жмеринського міськрайонного суду Вінницької області від 12 серпня 2020 р. у справі № 130/1063/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90910182> (дата звернення: 20.10.2021).
32. Вирок Ленінського районного суду м. Кіровограда від 4 червня 2021 р. у справі № 405/3381/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97407757> (дата звернення: 20.10.2021).
33. Вирок Смілянського міськрайонного суду Черкаської області від 9 вересня 2021 р. у справі № 1-кп/703/487/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99496477> (дата звернення: 20.10.2021).

34. Вирок Шевченківського районного суду м. Чернівців від 10 лютого 2021 р. у справі 727/793/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94780725> (дата звернення: 20.10.2021).
35. Вирок Бережанського районного суду Тернопільської області від 2 серпня 2019 р. у справі № 1-кп/593/94/2019. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83500147> (дата звернення: 20.10.2021).
36. Вирок Ратнівського районного суду Волинської області від 7 вересня 2021 р. у справі № 157/1783/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99403340> (дата звернення: 20.10.2021).
37. Вирок Бердянського міськрайонного суду Запорізької області від 30 серпня 2021 р у справі № 310/329/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99235776> (дата звернення: 20.10.2021).
38. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 3 червня 2020 р. у справі № 722/28/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89763057> (дата звернення: 20.10.2021).
39. Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 5 вересня 2019 р. у справі № 761/32007/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84053953> (дата звернення: 20.10.2021).
40. Вирок Київського районного суду м. Харкова від 7 липня 2021 р. у справі 953/18001/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98371273> (дата звернення: 20.10.2021).
41. Вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 19 січня 2021 р. у справі № 161/6294/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94264756> (дата звернення: 20.10.2021).
42. Вирок Київського районного суду м. Харкова від 24 лютого 2021 р. у справі № 953/1466/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95130846> (дата звернення: 20.10.2021).
43. Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / О. Калитенко, О. Лєменов, Б. Малишев та ін.; за заг. ред. М. Хавронюка. Київ, 2021. URL: <https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2021/09/alternatyvnyuzvit-210921071555.pdf> (дата звернення: 20.10.2021).
44. Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / В.Я. Тацій, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. проф. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 6-те вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2020. 768 с.
45. Вирок Новоайдарського районного суду Луганської області від 4 грудня 2020 р. у справі № 419/2049/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93377771> (дата звернення: 20.10. 2021).
46. Вирок Вищого антикорупційного суду від 12 червня 2020 р. у справі № 409/1465/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89796408> (дата звернення: 20.10.2021).
47. Плекан В.В. Кримінальна відповідальність за посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2015. 226 с.
48. Вирок Дніпропетровського районного суду Дніпропетровської області від 6 липня 2020 р. у справі № 175/3668/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90209222> (дата звернення: 20.10.2021).
49. Вирок Вищого антикорупційного суду від 10 червня 2021 р. у справі № 454/2576/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97548253> (дата звернення: 20.10.2021).
50. Вирок Вищого антикорупційного суду від 22 травня 2020 р. у справі № 991/3607/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89390976> (дата звернення: 20.10.2021).

«Торгівля» удаваним впливом: проблеми кваліфікації та вдосконалення кримінального закону⁴¹

Відсутність у чинній редакції ст. 369-2 Кримінального кодексу України (далі – КК) «Зловживання впливом» конкретизації характеру впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а так само застереження про можливість здійснення відповідним суб'єктом удаваного впливу наводить на думку про те, що одержання неправомірної вигоди (далі – НВ) за вплив на прийняття рішення уповноваженою особою, якщо такий вплив насправді є удаваним, має розцінюватись як шахрайство (ст. 190 КК). Принаймні така точка зору висловлюється в юридичній літературі. Наприклад, В.І. Тютюгін пише, що не за ст. 369-2, а за ст. 190 КК «Шахрайство» слід кваліфікувати дії тієї особи, яка одержала НВ нібито для здійснення впливу на прийняття рішення уповноваженою особою, але насправді не збиралась цього робити і бажала лише присвоїти таку вигоду [1, с. 838]. Подібного погляду дотримуються і деякі інші науковці, які вважають, що одержання НВ за вплив на прийняття рішення уповноваженою особою, вчинене тим, хто не має такого впливу й усвідомлює це, за наявності підстав слід кваліфікувати як шахрайство [2, с. 911–912; 3, с. 1185].

Певною мірою до зазначеного варіанту кваліфікації схильє усталений підхід до оцінки аналогічних ситуацій, який, попри теоретичну дискусійність [4, с.164–169], є домінуючим в юридичній літературі, знайшов відображення у постановках Пленуму Верховного Суду України – п. 9 постанови від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» і п. 18 постанови від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності», ухвалі Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 26 березня 2015 р. у справі № 5-Зкс15, стосується уявного посередництва у хабарництві і, до речі, не піддається сумніву у практиці Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ККС ВС) [5]. У другому із згаданих джерел зазначається, що якщо винна особа отримує від іншої особи гроші чи цінності нібито для передачі службовій особі як хабар, маючи намір не передавати їх, а привласнити, вчинене треба кваліфікувати як шахрайство.

Зайвим свідченням злободенності позначеного питання кваліфікації слугує ситуація, яку для оцінки співавторами «Довідника з кваліфікації злочинів для аналітиків і детективів Національного антикорупційного бюро України та прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури» змодельював один із прокурорів САП. Сусід 1 із корисливих мотивів і з метою заволодіння чужими коштами приходив до сусіда 2, з яким у нього склались довірливі стосунки, і повідомляє тому, що нібито найближчим часом стосовно сусіда 2 певні особи (правоохоронці, представники влади тощо) планують здійснити протиправні дії («відібрати бізнес», безпідставно затримати тощо), проте, оскільки Міністр Кабінету Міністрів України є його (сусіда 1) другом, товаришем, кумом тощо (це не відповідає дійсності), він може вплинути на нього, щоб той допоміг запобігти таким негативним наслідкам, за що йому (сусіду 1) треба надати 50 тис. доларів США. Сусід 2, будучи введеним в оману, з метою запобігти шкідливим наслідкам для своїх прав і законних інтересів, передає сусіду 1 вказані кошти.

Змодельована ситуація видається показовою у плані: по-перше, відсутності на практиці особливих проблем із кримінально-правовою оцінкою подібних, дотичних до корупції обманних дій, спрямованих на заволодіння чужим майном (обман в особі), до появи в КК у 2011 р. ст. 369-2 КК; по-друге, сумнівності беззастережного віднесення (примітка ст. 45 КК) зловживання впливом до корупційних кримінальних правопорушень, позаяк у частині «кума, брата, свата» вести мову про корупційність зловживання впливом недоречно. Однак у контексті заявленої теми тез нас цікавить інший аспект впливу, а саме його удаваність («несправжність»).

У постанові Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 березня 2021 р. у справі № 554/5090/16-к (далі – постанова ОП ККС ВС) [6] сформульовано висновок про те, що суб'єктом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, є будь-яка фізична осудна особа,

⁴¹ Стаття опублікована: Актуальні проблеми кримінального права: матеріали XII Всеукр. наук.-теор. конф., присвяч. пам'яті проф. П.П. Михайленка (Київ, 18 листоп. 2021 р.) / редкол.: В.В. Черней, С.Д. Гусарев, С.С. Чернявський та ін. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2021. С. 64–73.

яка досягла віку кримінальної відповідальності на момент його вчинення, яка, за усвідомленням того, хто пропонує, обіцяє або надає НВ, здатна здійснити реальний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування.

В.М. Киричко, який піддав постанову ОП ККС ВС доволі жорсткій і, на мою думку, частково справедливій критиці, вказує на неправильність включення до визначення суб'єкта злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, ознак, що характеризують суб'єктивну сторону дій особи, яка здійснює підкуп (обов'язкового усвідомлення нею здатності здійснення суб'єктом «пасивного» підкупу реального впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування). Такі ознаки, стверджує вчений, не є ознаками суб'єкта аналізованого злочину; до того ж вони не є обов'язковими для всіх випадків застосування ст. 369-2 КК (наприклад, пропозиція здійснити вплив за надання НВ, висловлена суб'єктом «пасивного» підкупу, вважається закінченим злочином незалежно від зазначених ознак) [7, с. 187].

Погоджуючись із тезою про не зовсім вдалу редакцію сформульованого ОП ККС ВС правового висновку щодо суб'єкта «пасивного» зловживання впливом, відзначу, що із змістовної точки зору мені цей висновок імпує (із застереженнями, що є темою окремої розмови). Вказавши на те, що таким суб'єктом є особа, здатна здійснити реальний вплив на уповноважену особу, саме за усвідомленням того, хто пропонує, обіцяє або надає НВ, ОП ККС ВС, як видається, дала ствердну відповідь на питання про охоплення удаваного впливу складами злочину, передбаченого ст. 369-2 КК, і це є вкрай важливим задля забезпечення однаковості судової практики. Інакше кажучи, вплив, яким «торгує» суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, може бути як реальним, так і удаваним, тобто поведінка суб'єкта «пасивного» зловживання впливом є корумпованою щонайменше суб'єктивно. Наголошую на необхідності саме такого прочитання відповідного фрагменту постанови ОП ККС ВС з урахуванням того, що на практиці гостро стоїть проблема інкримінування ст. 369-2 КК за наявності удаваного впливу.

Має рацію Н.М. Ярмаш, яка стверджує, що з погляду кваліфікації за ст. 369-2 КК особа може одержати НВ, і не збираючись виконувати обіцянку здійснити відповідний вплив. Для наявності зловживання впливом достатньо, щоб винний усвідомлював, за що саме він одержує НВ; обман не перетворює вчинене у шахрайство, оскільки виконання обіцянки чи того, що запропоновано, не охоплюється об'єктивною стороною складів злочину, передбаченого ст. 369-2 КК [8, с. 178]. Подібним чином розмірковує В.О. Навроцький, наводячи низку вагомих аргументів на користь підходу, згідно з яким у поведінці одержувача НВ, який не має наміру здійснювати вплив на уповноважену особу, не спроможний це вчинити і привласнює передане йому майно, слід вбачати ознаки не шахрайства, а зловживання впливом. Вчений з-поміж іншого пише, що в аналізованій ситуації не порушується об'єкт злочину проти власності, адже шкода не заподіюється законним інтересам особи, яка передає НВ. Майнові права особи, яка намагається реалізувати свої інтереси шляхом незаконного впливу на уповноважену особу, не підлягають кримінально-правовому захисту – в іншому разі її слід визнавати потерпілою особою і повертати предмет, який становить НВ. Особа, яка бажає (через суб'єкта «пасивного» зловживання впливом) вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, шляхом пропозиції, обіцянки або надання НВ, сама вчиняє кримінально протиправне діяння, передбачене ч. 1 ст. 369-2 КК, через що не може одночасно визнаватись потерпілим від іншого кримінального правопорушення (шахрайства). Парадоксальною і немислимою є ситуація, коли внаслідок вчинення одного і того ж акту поведінки особа водночас виступатиме суб'єктом одного злочину і потерпілим від іншого [9, с. 135–136, 171].

Справді, незважаючи на наявність у поведінці одержувача НВ у розглядуваній ситуації обману, вчинене не виходить за межі кримінально караного зловживання впливом, передбаченого оновленим антикорупційним законодавством. Кримінальна відповідальність за зловживання впливом має наставати незалежно від того, чи такий вплив здійснюється, чи буде він насправді здійснюватись і чи особа взагалі спроможна здійснити такий вплив. У цьому разі дії як особи, яка передає НВ у розрахунок на здійснення впливу, так й особи, яка одержує НВ без наміру щось вчинити, містять ознаки складів злочину, передбачених відповідно, ч. 1 ст. 369-2 і ч. 2 (ч. 3) цієї статті КК. Акцентувавши увагу на реальності впливу в уявленні того, хто вчиняє «активне» зловживання впливом, ОП ККС ВС підтвердила слухність наведеної теоретичної позиції.

З огляду на викладене, вважаю помилковою кваліфікацію не за первісно інкримінованою ч. 2 ст. 369-2, а за ч. 1 ст. 190 КК дій помічника депутата Миколаївської міської ради Т., яка повідомила підприємцю Г. неправдиві відомості щодо своїх повноважень із вирішення питання про продовження договору оренди земельної ділянки для обслуговування торговельного кіоску та запропонувала Г. передати їй 5 тис. грн. для вирішення цього питання шляхом здійснення впливу на уповноважену особу. Ленінський районний суд м. Миколаєва, вироком якого Т. було засуджено за шахрайство, погодився з прокурором, який у судовому засіданні змінив обвинувачення, перекваліфікувавши дії Т. з ч. 2 ст. 369-2 на ч. 1 ст. 190 КК. При цьому прокурор послався на те, що саме за ст. 190, а не за ст. 369-2 КК слід кваліфікувати дії особи, яка одержала НВ нібито за здійснення впливу на прийняття рішення уповноваженою особою, але насправді не збиралася цього робити і бажала лише привласнити НВ [10].

Таку ж помилкову перекваліфікацію (із ч. 2 ст. 369-2 на ч. 1 ст. 190 КК) здійснив Павлоградський міськрайонний суд Дніпропетровської області, визнавши винуватим у вчиненні шахрайства директора комунального підприємства «Управління ринками» Павлоградської міської ради Особу 1. Останній заволодів чужим майном у сумі 79 тис. грн, пообіцявши Особі 4 допомогти отримати дозволи від Павлоградської міської ради на виділення земельної ділянки і розміщення на ній тимчасової торговельної споруди. Аргументуючи зазначену перекваліфікацію, суд у вироку, зокрема, зазначив, що Особа 1 не здійснював будь-який вплив на відповідних осіб і навіть не мав такого наміру, взагалі не звертався до колегіального органу, який за певних обставин (наявності пакету необхідних документів) мав право ухвалити рішення за заявою Особи 4 щодо надання йому дозволу на розміщення об'єкта торгівлі [11].

Так само складно погодитись із: попередньою кваліфікацією за ч. 4 ст. 190 КК (а не за відповідною частиною ст. 369-2 КК) дій судді Донецького окружного адміністративного суду Ч., обвинуваченого в одержанні 30 тис. доларів США за обіцянку вплинути в інтересах одного ПП на знайомих у Касаційному господарському суді ВС під час розгляду касаційної скарги ПП [12]; інкримінуванням ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 190 КК двом особам, які за винагороду у розмірі 30 тис. доларів США пообіцяли посприяти у вирішенні питання щодо видачі НБУ для ТОВ «Преміум Фінанс» ліцензії на здійснення валютних операцій [13]; визнанням закінченим замахом на шахрайство, а не зловживанням впливом дій суб'єкта, який, створивши хибне уявлення про можливість впливати на порядок призначення осіб на керівні посади в органах державної влади України за умови надання йому грошової винагороди, намагався заволодіти 100 тис. доларами США, належними Особі 2, за сприяння у призначенні її на посаду Генерального директора Директорату з питань юстиції та правоохоронної діяльності Офісу Президента України [14].

У контексті висвітлення розглядуваного питання кваліфікації викликає інтерес і справа, в якій Вищий антикорупційний суд (далі – ВАКС) зробив висновок про правильність кримінально-правової оцінки як зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК) одержання Особою 1 коштів (10 тис. доларів США) за вплив на працівників поліції з метою закрити кримінальні провадження. У вироку зазначається, що, хоч обвинувачений на час вчинення інкримінованого діяння не здійснював повноваження судді, раніше він протягом майже чотирнадцяти років працював на різних посадах в судах м. Дніпра (зокрема, заступником голови одного із районних судів), а тому міг мати широкі зв'язки серед службових осіб правоохоронних органів Дніпропетровщини. Захисник наполягав на тому, що органом досудового розслідування не здобуто доказів на підтвердження того, що Особа 1 мав умисел здійснювати вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, у зв'язку з чим його дії мали кваліфікуватись за ст. 190 КК «Шахрайство». Спростовуючи позицію захисту, ВАКС вказав на те, що своїми діями обвинувачений сформував у заявника суб'єктивне сприйняття його дій як надання НВ, тобто дій, завдяки яким можна закрити кримінальні провадження. При цьому саме діяння, за вчинення якого Особа 1 одержав НВ, перебуває поза межами складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК; його фактичне невчинення не впливає на відповідальність за цією статтею КК, через що відсутні підстави для кваліфікації дій обвинуваченого за ст. 190 КК [15].

Апеляційна палата ВАКС, хоч і визнала правильною кваліфікацію дій Особи 1 за ч. 2 ст. 369-2 КК, розцінила як помилковий висновок суду першої інстанції про те, що відповідальність

за ст. 369-2 КК настає незалежно від того, реальною чи удаваною є можливість впливу обвинуваченого на осіб, уповноважених на виконання функцій держави [16].

Ігнорування можливості удаваного (стверджуваного) впливу при вчиненні аналізованого злочину вимушений оцінити критично. Перекоаний у тому, що у частині охоплення удаваного впливу диспозицією кримінально-правової заборони, присвяченої «пасивному» зловживанню впливом, рацію мала не Апеляційна палата ВАКС, а суд першої інстанції. Водночас в аспекті з'ясування правильності кваліфікації дій обвинуваченого куди серйозніше значення мала інша обставина: викладаючи фабулу, Апеляційна палата ВАКС зазначила у своїй ухвалі, що Особа 1 запевнив у своїй можливості вплинути на службових осіб ГУНП у Дніпропетровській області з метою закриття кримінальних проваджень і припинення кримінального переслідування Особи 2 за умови надання НВ співробітникам поліції в розмірі 10 тис. доларів США, на що останній вимушено погодився, усвідомлюючи реальність ризику притягнення його до кримінальної відповідальності.

Якщо НВ призначалась і надавалась Особі 1 (колишньому судді), який пообіцяв завдяки своїм зв'язкам із правоохоронцями вплинути на поліцейських із тим, що ті в інтересах Особи 2 закрили кримінальні провадження, то кваліфікацію дій обвинуваченого за ч. 2 ст. 369-2 КК вважаю правильною (зокрема, через охоплення удаваного впливу диспозицією цієї кримінально-правової норми). Якщо ж НВ призначалась і передавалась Особою 2 через Особу 1 для поліцейських, а Особа 1 мав умисел заволодіти грошовими коштами і не передавати їх за призначенням, то у скоєному вбачаються ознаки шахрайства, а отже, захисник, який ставив питання про кваліфікацію дій Особи 1 за ст. 190 КК, вочевидь, був правий (якщо виходи із панівного, як вже зазначалось, у теорії кримінального права і судовій практиці підходу до кримінально-правової оцінки удаваного посередництва у наданні-одержанні НВ щонайменше як шахрайства).

Складно зрозуміти відсутність в обвинуваченні, яке пред'явлено колишньому заступнику міністра з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України Г. та з яким кримінальне провадження щодо колишнього високопосадовця направлено до суду [17], згадування про відповідну частину ст. 369-2 КК. Нагадаю, що свого часу дії Г., обвинуваченого в одержанні НВ за вплив (нібито через заступника Генерального прокурора) на колегію суддів Касаційного цивільного суду ВС щодо винесення рішення про стягнення боргу з одного ТОВ на користь іншого ТОВ, а також за вплив на службових осіб Міністерства культури України та Київської міської державної адміністрації задля позитивного вирішення питання про отримання дозволу на проведення будівельних робіт на земельній ділянці, яка входить до меж території охоронюваної зони об'єкта Всесвітньої спадщини ЮНЕСКО, кваліфікувались, зокрема, за ч. 3 ст. 369-2 КК [18]. Щоправда, «кейс Гримчака» є сенс піддати ретельному науковому аналізу вже після завершення розгляду цього кримінального провадження по суті, спираючись на текст вироку ВАКС.

Переходячи до висвітлення досліджуваної проблеми *de lege ferenda*, відзначу, що науковці демонструють однаковість при визначенні шляхів її вирішення. Так, у сформульованій Н.О. Кочеровою авторській редакції ст. 369-2 КК зазначається, що відповідний вплив може бути як дійсним, так і удаваним [19, с. 16–17]. Спираючись на ст. 18 Конвенції ООН проти корупції і ст. 12 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією, М.І. Бакай також висунула пропозицію сформулювати статтю КК про зловживання впливом таким чином, щоб відповідальність за нею наставала незалежно від того, чи була можливість впливу на відповідного «адресата» (уповноважену особу) реальною або удаваною [20, с. 12]. Справді з антикорупційних конвенцій випливає, що при зловживанні впливом особа, яка має реальний або навіть удаваний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, «обмінює» такий вплив на НВ, що надається тим, хто бажає скористатись цим впливом.

Як слушно зазначає К.П. Задоя, згадані конвенції спеціально обумовлюють, що при зловживанні впливом суб'єкт «пасивного» підкупу може «торгувати» як реальним, так і удаваним впливом. Ст. 369-2 КК не містить подібного застереження, відсутність якого могла б компенсуватися тлумаченням цієї статті відповідно до міжнародно-правових зобов'язань України. Однак у деяких своїх рішеннях ККС ВС сформулював правовий висновок про те, що вплив, який є предметом «торгівлі» при вчиненні злочину, передбаченого ст. 369-2 КК, має бути реальним, і таке тлумачення кримінального закону йде врозрід з міжнародно-правовими зобов'язаннями України. Відтак ст. 369-2 КК слід викласти у спосіб, з якого б випливало, що предметом «торгівлі» впливом може

бути й удаваний вплив на уповноважену особу [21, п. 15, 67]. До слова відбите у постанові ОП ККС ВС тлумачення ст. 369-2 КК (уточню – саме у розглядуваній частині) бере до уваги конвенційні підходи.

М.І. Хавронюк так само констатує, що відсутність у ст. 369-2 КК застереження про можливість здійснення суб'єктом удаваного впливу має своїм наслідком те, що суди часто кваліфікують одержання НВ нібито для здійснення впливу на прийняття рішення уповноваженою особою, коли винна особа не збиралася здійснювати такий вплив і бажала лише присвоїти зазначену вигоду, не за ч. 2 ст. 369-2, а ст. 190 КК як шахрайство. З урахуванням положень відповідних міжнародно-правових документів ст. 369-2 КК має бути сформульована таким чином, щоб не виникало сумнівів у тому, що кримінальна відповідальність за нею повинна наставати незалежно від того, реальною чи удаваною була можливість впливу на особу. Тому, зокрема, у ч. 2 ст. 369-2 КК слова «за вплив» треба замінити словами «за реальний чи удаваний вплив» [22].

Вказані пропозиції заслуговують на підтримку – звісно, за умови збереження досліджуваної кримінально-правової заборони. На момент написання цих тез змістовне наповнення розділу 7.7 проекту нового КК «Злочини та проступки проти порядку публічної служби» (на сайті робочої групи розміщено версію документа станом на 15 жовтня 2021 р.) залишається невідомим. Однак, швидше за все, проект міститиме аналог статті чинного КК про відповідальність за зловживання впливом. Важливо, щоб при моделюванні «правонаступника» ст. 369-2 КК були взяті до уваги як здобутки юридичної науки, так і напрацювання судової практики.

У порядку ж ведення дискусії висловлю для обговорення пропозицію взагалі відмовитись у новому КК від окремої статті, присвяченої «торгівлі» впливом як «фоновій» корупції, сформулювавши присвячені підкупам відповідних суб'єктів заборони з урахуванням змістовних ознак корупції і корупційного правопорушення, закріплених у Законі України «Про запобігання корупції» як нормативно-правовому акті, що є базовим із питань боротьби з корупцією. Вимушений повторити, що включення (на виконання міжнародно-правових документів) ст. 369-2 до КК посилює казуїстичність останнього, частково створило як надмірність законодавчого описання кримінально протиправної поведінки, пов'язаної з корупцією, так і підґрунтя для правової невизначеності; останню внаслідок ухвалення постанови ОП ККС ВС подолано лише частково. При цьому принципово важливо, щоб застосування оновлених кримінально-правових заборон, присвячених різновидам корупційного підкупу, поєднувалось із відкиданням хибної «концепції реальної можливості». Випадки ж обманного заволодіння чужим майном, зумовленого використанням удаваного впливу на уповноважених осіб і при цьому позбавленого ознак корупційного правопорушення, могли б отримувати кримінально-правову оцінку на підставі традиційної статті КК про шахрайство. Відтак прогальності кримінального закону, вочевидь, не спостерігатиметься.

1. 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. 1040 с.
2. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д.С. Азаров, В.К. Грищук, А.В. Савченко та ін.; за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернея. 2-ге вид., перероб. і доп. Київ: Юрінком Інтер, 2018. 1104 с.
3. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 11-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. 1368 с.
4. Плекан В.В. Кримінальна відповідальність за посередництво у наданні та (або) одержанні неправомірної вигоди: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2015. 226 с.
5. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 13 листопада 2019 р. у справі № 727/5252/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85743573> (дата звернення: 30.10. 2021).
6. Постанова Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 березня 2021 р. у справі № 554/5090/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96074938> (дата звернення: 30.10.2021).
7. Киричко В.М. Висновки Верховного Суду щодо суб'єкта зловживання впливом (ч. 2 ст. 369-2 КК): критичний теоретичний аналіз. Вісник Асоціації кримінального права України. 2021. № 1. С. 162–190.
8. Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації (злочини проти життя та здоров'я особи, проти власності, у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг): навч. посіб. Київ: Національна академія прокуратури України, 2014. 192 с.
9. Дудоров О.О., Житний О.О., Задоя К.П. та ін. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. 464 с.

10. Апеляційний суд Миколаївської області. Витяг з узагальнення «Про практику розгляду справ про адміністративні корупційні правопорушення та деякі злочини, передбачені розділом XVII КК України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг». URL: http://mka.court.gov.ua/sud1490/uzagalnenj/uzagal_sud_praktik/2 (дата звернення: 30.10.2021).
11. Вирок Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 18 липня 2019 р. у справі № 185/4714/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83121067> (дата звернення: 30.10.2021).
12. Куліш А. Особливо впливовий юрист. Закон і Бізнес. 19–30 червня 2021 р., № 25.
13. Вирок Печерського районного суду м. Києва від 17 листопада 2020 р. у справі № 757/15623/20-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92941310> (дата звернення: 30.10.2021).
14. Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 24 вересня 2021 р. у справі № 757/48220/21-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100261920> (дата звернення: 30.10.2021).
15. Вирок Вищого антикорупційного суду від 17 березня 2021 р. у справі №758/1780/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95601523> (дата звернення: 30.10.2021).
16. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 7 червня 2021 р. у справі № 758/1780/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97608842> (дата звернення: 30.10.2021).
17. Справу стосовно заступника міністра з питань ТОТ скеровано до суду. 22.05.2020. URL: <https://nabu.gov.ua/povynu/spravu-stosovno-zastupnyka-ministra-z-pytan-tot-skerovano-do-sudu> (дата звернення: 30.10.2021).
18. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 21 листопада 2019 р. у справі № 991/1463/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85896916> (дата звернення: 30.10.2021).
19. Кочерова Н.О. Кримінальна відповідальність за зловживання впливом: соціальна обумовленість і склад злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2012. 20 с.
20. Бакай М.І. Імплементация положень «антикорупційних» конвенцій у вітчизняне кримінальне законодавство: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2012. 19 с.
21. Висновок щодо стану імплементатії положень міжнародних антикорупційних конвенцій у законодавство України в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Автор: К. Задоя. Редактор: М. Хавронюк. Київ: ЦППР, 2019. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/07/22/vysnovok-shhodo-stanu-implementatsii-polozhen-mizhnarodnyh-antikoruptsiy-nyh-konventsiiy-u.pdf> (дата звернення: 30.10.2021).
22. Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики (проект) / О. Калітенко, О. Леменов, Б. Малишев та ін.; за заг. ред. М. Хавронюка. Київ, 2021. URL: <https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2021/09/alternatyvnyyzyvit-210921071555.pdf> (дата звернення: 30.10.2021).

**Кейс Черненко,
або Як НАБУ дії народних обранців кваліфікувало⁴²**

З'ясовуючи питання про соціальну обумовленість криміналізації порушень податкового законодавства і наголошуючи на необхідності комплексного застосування превентивних і репресивних заходів задля скорочення масштабів ухилення від сплати податкових внесків, я свого часу писав, що кожен їхній платник, кожен громадянин України вправі розраховувати на те, що сплачені ним податки і збори використовуватимуться державою за належним призначенням, ефективно, раціонально, розумно. Відсутність впевненості у взаємозв'язку між сплатою податкових внесків і зміцненням держави, проведенням нею ефективної економічної і соціальної політики, незадоволення низькою якістю послуг, що надаються державою, вкрай негативно позначаються на функціонуванні системи оподаткування. Суспільні потреби, для задоволення яких за допомогою податкових механізмів формується державна скарбниця, здебільшого не сприймаються платниками, якщо в країні відсутній ефективний контроль за бюджетними видатками [5, с. 71]. Якби в Україні (за прикладом Німеччини) було започатковано видання «Чорної книги» – щорічної збірки найбільш одіозних випадків марнотратства під час використання податкових надходжень, то, мабуть, одне з чільних місць у такій збірці зайняла б пов'язана з діяльністю Верховної Ради України (далі – ВРУ) попереднього (VIII) скликання ганебна практика безпідставного отримання народними депутатами України компенсацій вартості оренди житла або винайму готельного номеру за рахунок бюджетних коштів. Завдяки зусиллям НАБУ вдалось не лише істотно зменшити бюджетні видатки (йдеться про мільйони гривень), частково повернути до бюджету незаконно одержані кошти, а й вдосконалити механізм отримання відповідних компенсацій: наразі для цього парламентарії мають подавати до Апарату ВРУ не тільки заяви, а й договори оренди житла та оригінали документів про оплату користування ним, а також підтверджувати факт відсутності житла в столиці і передмісті Києва [7].

Робота НАБУ і САП із кримінального переслідування нечесних народних обранців не може не сприйматись схвально. Постає, однак, питання про правильність кваліфікації вказаної неправомірної поведінки. Для його розгляду пропоную звернутись до «першої ластівки» – вироку ВАКС, яким затверджено угоду про визнання винуватості між прокурором САП і колишнім народним депутатом України О. Черненком, а останнього засуджено за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 364 Кримінального кодексу України (далі – КК) [4].

ВАКС визнав экс-депутата винуватим у тому, що той у період з 22 лютого 2016 р. по 31 грудня 2018 р., будучи представником колегіального органу законодавчої влади, тобто службовою особою, умисно, з корисливих мотивів, зловживаючи владою, всупереч інтересам служби отримав неправомірну вигоду для себе, а саме грошові кошти за рахунок бюджетних коштів, передбачених на забезпечення діяльності ВРУ, чим спричинив тяжкі наслідки охоронюваним законом державним інтересам в особі юридичної особи публічного права – Управління справами Апарату ВРУ. За версією органу обвинувачення, підтриманою ВАКС, О. Черненко, не маючи права на виплату передбаченої ст. 35 Закону «Про статус народного депутата України» компенсації вартості оренди житла або винайму готельного номеру і будучи обізнаним про те, що у співробітників Апарату ВРУ немає повноважень перевіряти наявність у нього підстав для отримання такої компенсації і що видача грошових коштів здійснюватиметься лише внаслідок подання ним заяви, з метою отримання неправомірної вигоди за рахунок грошових коштів державного бюджету подав на ім'я керівника Апарату ВРУ відповідну заяву, внаслідок чого йому було безпідставно нараховано і сплачено грошові кошти для компенсації вартості оренди житла та/або винайму готельного номеру в сумі 582 430 грн.

Знайомлячись із вироком ВАКС, звернув увагу на те, як докладно і розлого (за кожним елементом інкримінованого обвинуваченому складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 364 КК) суд обґрунтував правильність, на його переконання, кваліфікації зазначених дій як зловживання

42 Стаття опублікована: Запобігання корупції у приватному секторі: матеріали наук.-практ. онлайн «круглого столу», присвяченого 25-річчю із дня створення НДІ вивчення проблем злочинності та 95-річчю із дня народження акад. Володимира Сташиса (м. Харків, 1 лип. 2020 р.). Харків: Право, 2020. С. 40–49.

владою, що спричинило тяжкі наслідки. Так, ВАКС наголосив на тому, що дії обвинуваченого із подання ним заяви про виплату грошової компенсації за оренду житла або винайм готельного номеру спрямовувались на реалізацію тієї соціально-економічної гарантії, яка обумовлювалась його (обвинуваченого) статусом як народного депутата України і нерозривно пов'язувалась з посадою, яку він обіймав. Будучи забезпеченим місцем проживання у м. Києві та місцем реєстрації у межах 30-ти кілометрової зони від нього (сmt. Бородянка Київської області), тобто маючи можливість належним чином виконувати свої депутатські функції, обвинувачений подав заяву для отримання відповідної грошової компенсації, на яку не мав права згідно з чинним законодавством. Тим самим він використав можливості, обумовлені виконанням функцій представника влади, всупереч тим цілям і завданням, для яких вони надавались. Це, вирішив ВАКС, свідчить про наявність в діях обвинуваченого ознак зловживання своєю владою, тобто використання влади (можливостей і гарантій, пов'язаних із займаною посадою) всупереч інтересам служби, що підпадає під ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 364 КК. Діяння обвинуваченого, зазначив ВАКС, заподіяло шкоди як основному об'єкту (суспільні відносини, які виникають з приводу забезпечення належного порядку службової діяльності), так і додатковому об'єкту (власність юридичної особи публічного права); причому останньому шкоду було завдано опосередковано, в результаті досягнення обвинуваченим своєї мети в одержанні неправомірної вигоди за рахунок бюджетних коштів. Стверджуючи, що обвинувачений діяв із прямим умислом і корисливою метою, ВАКС, серед іншого, вказав на те, що колишній народний обранець був ознайомлений із нормативно-правовими актами, які регулювали його діяльність, зокрема з положеннями Закону «Про статус народного депутата України» та Порядку видачі народним депутатам України коштів для компенсації вартості оренди житла або винайму готельного номеру, затв. розпорядженням Першого заступника керівника Апарату ВРУ 29 січня 2016 р. № 12.

Перший мій сумнів у правильності кваліфікації аналізованих дій пов'язаний з тим, що у цьому кримінальному провадженні не ставилось питання про оцінку скоєного О. Черненком як заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Проте це слід було робити, щонайменше враховуючи дві взаємопов'язані обставини: 1) усталений алгоритм кримінально-правової кваліфікації, згідно з яким вибір потрібної норми КК здійснюється шляхом поступового «відкидання» ознак складу певного злочину, що не відповідають виявленим фактичним обставинам; 2) характер заподіяної шкоди: у безпідставному вибутті з державного бюджету і перерахуванні на банківський рахунок обвинуваченого грошових коштів у сумі 582 430 грн. вбачається притаманна розкраданню пряма дійсна майнова шкода. Остання, як слушно зазначає О. Бойцов, виражається у зменшенні обсягу наявного майна власника і, відповідно, незаконному збагаченні злочинця в розмірі вартості вилученого майна [3, с. 258]. Оскільки вилучення з державного бюджету грошових коштів у вигляді компенсації вартості оренди житла і винайму готельного номеру не супроводжувалось наданням рівноцінного еквіваленту (інше майно, грошові кошти, людська праця), позицію ВАКС, який, перевіряючи у порядку застосування п. 1 ч. 7 ст. 474 КПК України правильність правової кваліфікації кримінального правопорушення, «перестрибнув» услід за НАБУ і САП через ст. 191 КК (а точніше її ч. 4 – за ознакою великих розмірів), мушу оцінити критично. Сказане, до речі, стосується і низки інших подібних кримінальних проваджень, які наразі розслідуються НАБУ і передаються на розгляд ВАКС.

З приводу проігнорованого правозастосування у справі О. Черненка положення про розмежування складів злочинів, передбачених ст. 191 і ст. 364 КК, вважаю за доречне навести класичні висловлювання М. Мельника про те, що зловживання службовою особою своїм службовим становищем при вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, виступає способом заволодіння чужим майном, утворюючи спеціальний склад службового зловживання. При зловживанні владою або службовим становищем (ст. 364 КК) службова особа не заволодіває чужим майном, а, діючи всупереч інтересам служби і протиправно отримуючи вигоду зі свого службового становища, заподіює власникові майна майнову шкоду. Остання може полягати в упущеній вигоді. На відміну від злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК, зловживання владою або службовим становищем може супроводжуватись оплатним вилученням чужого майна, за якого відбувається заміна останнього на рівноцінний еквівалент. Умисне і безпідставне отримання службовою особою з

використанням свого службового становища чужого майна як премій, надбавок до заробітної плати, допомоги, інших виплат слід кваліфікувати не за ст. 364, а за ст. 191 КК [8, с. 601].

Цікаво, що, не погоджуючись з інкримінуванням О. Черненку ч. 2 ст. 364 КК і вважаючи не правильним затвердження угоди про визнання винуватості за цією кримінально-правовою нормою, суддя ВАКС Л. Задорожна в окремій думці до аналізованого вироку [9] пригадала співзвучний міркуванням М. Мельника висновок Верховного Суду України про те, що дії суб'єкта охоплюються диспозицією ст. 364 КК у випадку, якщо службове зловживання не супроводжується розкраданням чужого майна в будь-якій формі, не пов'язується з протиправним вилученням та безоплатним оберненням його у свою власність чи власність третіх осіб, а призводить до набуття іншої вигоди. Труднощі розмежування вказаних суміжних складів злочинів змушують Є. Письменського вести мову про невинуватості конкуренцію між ч. 2 ст. 191 і ст. 364 КК, коли одне і те саме діяння може отримати різну кримінально-правову оцінку [10, с. 191]. Водночас наступність судової практики в частині вказаного розмежування демонструє одне з рішень Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ККС ВС), в якому із посиланням на системний аналіз норм кримінального закону зроблено такий слушний висновок: якщо зловживання службовою особою своїм службовим становищем виступає способом розкрадання чужого майна, при якому винний незаконно вилучає та безоплатно обертає майно на свою користь чи користь третіх осіб, то такі дії утворюють спеціальний склад зловживання службовим становищем і мають кваліфікуватись за ст. 191 КК [12].

Розмірковуючи над тим, чи могло вчинене О. Черненком розцінюватись як заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, висловлю ще один сумнів у правильності міркувань, відображених у вироку ВАКС. Цей черговий сумнів пов'язаний зі специфікою вказаної форми злочину проти власності, яка полягає в тому, що, на відміну від привласнення і розтрати, предметом альтернативного їм заволодіння чужим майном шляхом службового зловживання виступає майно, яке не ввірене винному, не перебуває в його віданні, але яким службова особа може заволодіти, бо в силу займаної посади (службового становища) наділена повноваженнями щодо управління чи розпорядження ним. На такій специфіці наголошують і науковці [2, с. 97], і ККС ВС [11]. На мою думку, звернення О. Черненка до Управління справами Апарату ВРУ із заявою про видачу йому грошової компенсації вартості оренди житла та/або винайму готельного номеру, що призвело до перерахування бюджетних коштів на банківський рахунок депутата, немає підстав розглядати як реалізацію відповідних службових повноважень. Нагадаю, що у вітчизняній судовій практиці ключовою ознакою поняття представника влади як одного з різновидів службових осіб традиційно визнається наявність повноважень ставити у межах своєї компетенції вимоги і приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості. Фактично у розглядуваній ситуації мало місце зловживання – проте не повноваженнями, наданими обвинуваченому як народному депутату України, а недосконалим (на момент вчинення аналізованих протиправних дій) законодавством, яке уможливило автоматичне надання компенсацій без перевірки значущих обставин.

Складно не погодитись із суддею ВАКС Л. Задорожною у тому, що у пред'явленому О. Черненку обвинуваченні не зазначено, які владні повноваження були ним як народним депутатом України реалізовані для отримання неправомірної вигоди для себе (натомість вказано, що ним було подано заяву з проханням видачі грошових коштів з усвідомленням того факту, що співробітники Апарату ВРУ не мають повноважень перевіряти наявність у народного депутата житла в м. Києві та його околицях). Водночас стосовно загалом справедливого твердження Л. Задорожної про те, що вибуття із державної власності грошових коштів у сумі 582 430 грн. й отримання їх у свою власність обвинуваченим сталося не внаслідок зловживання ним владою, а в результаті створення умов у вигляді прийняття керівництвом Апарату ВРУ розпорядження, яке не передбачало інструментів контролю за використанням бюджетних коштів, хотів би зауважити: обвинувачений не отримав би компенсації, якби не подав відповідної заяви, тим самим задіявши (питання, чи умисно – див. про це нижче) недосконалий механізм компенсування вартості оренди житла або винайму готельного номеру. Невипадково ВАКС у вироку зазначив, що головною умовою настання вказаних в обвинувальному акті суспільно небезпечних наслідків (втрати державним

бюджетом грошових коштів) стало звернення народного депутата із заявою про видачу йому грошової компенсації.

Таким чином, навіть якщо не сприймати оригінальну позицію В. Навроцького, згідно з якою вилучення представником влади чужого майна шляхом зловживання владою та звернення його на свою чи інших осіб користь не охоплюється ч. 2 ст. 191 КК і підлягає кваліфікації (залежно від способу посягання на власність) як крадіжка, грабiж, розбiй, вимагання або шахрайство [6, с. 25–26], слід констатувати відсутність у вчиненому О. Черненком зловживання владою (службовим становищем), а отже, ознак складів корупційних злочинів, передбачених ст. 191 і ст. 364 КК.

Рухаючись далі в межах алгоритму кримінально-правової кваліфікації, відзначу, що у не поєднаному із зловживанням владою (службовим становищем) і при цьому обманному заволодінні бюджетними коштами під виглядом компенсації вартості оренди житла або винайму готельного номеру вбачаються ознаки складу злочину «шахрайство» (ст. 190 КК). Як вже зазначалось, обвинувачений не мав права ні на звернення із заявою, ні на одержання відповідної компенсації, оскільки на момент подання заяви був забезпечений житлом як у м. Києві, так і в Київській області. Відтак, звернувшись до Управління справами Апарату ВРУ із заявою про одержання компенсації і приховавши факт забезпечення житлом, О. Черненко (на перший погляд) умисно ввів в оману представників держави, уповноважених розпоряджатись бюджетними коштами.

До адресатів обману при вчиненні шахрайства, як відомо, належать не лише власники (законні володільці) майна, а й інші особи, уповноважені на вчинення юридично значущих дій стосовно майна. Введення таких осіб в оману дозволяє вести мову про опосередковане вчинення шахрайства. Ст. 190 КК не вимагає, щоб особа, яка вводиться в оману при шахрайстві, і той, кому внаслідок вчинення цього злочину заподіюється майнова шкода, збігались. Далі. Обман як спосіб шахрайства може набувати вигляду як активної (вчинення будь-яких дій щодо повідомлення неправдивої інформації), так і пасивної поведінки винного (неповідомлення тієї інформації, яка відповідно до закону або договору мала бути повідомлена), що призводить до введення іншої особи в оману або закріплює вже існуючу помилку цієї особи. Суб'єктивна сторона шахрайства характеризується прямим умислом: особа усвідомлює, що заволодіває чужим майном або придбаває право на майно шляхом обману чи зловживання довірою, передбачає спричинення майнової шкоди власнику (володільцю) майна і бажає настання такої шкоди. Відповідно, наявність в обвинуваченого усвідомлення того, що він не має права на отримання компенсації вартості оренди житла або винайму готельного номеру, свідчатиме про те, що його дії у вигляді звернення з відповідною заявою і подальшого отримання грошових коштів є умисними, утворюючи склад злочину «шахрайство». У такому разі є підстави для твердження про те, що суб'єкт усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, що полягає в заволодінні чужим майном (надані гроші), та передбачає суспільно небезпечні наслідки у вигляді настання шкоди, яка завдається державі. Тобто правильність кримінально-правової оцінки поведінки особи, яка одержує певне майно, не маючи на це права за законом, залежить від з'ясування суб'єктивної сторони вчиненого діяння.

Відтак застереження «на перший погляд» щодо можливості інкримінування О. Черненку ст. 190 КК зроблено вище не випадково, і зумовлено це ще одним сумнівом, породженим вивченням вироку ВАКС, ухваленого щодо экс-депутата. Адже в цьому документі зазначається, що обвинувачений «усвідомлював суспільно небезпечний характер свого діяння, а саме, що своїми діями він порушує охоронювані кримінальним законом об'єкти, а вчинювані ним діяння мають протиправний характер» і «в повному обсязі розуміє характер обвинувачення та погоджується з його формулюванням, зазначеним в угоді та обвинувальному акті, беззастережно визнає свою вину у вчиненому кримінальному правопорушенні та щиро розкаюється» [4]. Якщо ж вірити ЗМІ, то у судовому засіданні О. Черненко заявив таке: «Незнання законодавства не звільняє мене від відповідальності, тому я визнаю себе винуватим... Я дійсно знав, що не нараховують компенсації тим, хто живе або має місце для проживання у 30-кілометровій зоні. Я зареєстрований у Бородянці. Я був певен, що це 50 км, але рахувати потрібно не від центру, а від меж Києва, і Бородянка належить до цієї зони. Якби я на той момент усе це знав, я б не звертався по компенсацію» [1].

Шахрайство є умисним злочином, а тому факт використання обману (зловживання довірою) як способу заволодіння чужим майном (правом на майно) має усвідомлюватись винним. Нато-

мість із наведеної заяви обвинуваченого, яка, на жаль, зазнала у вирокі своєрідної (насправді – обвинувальної) інтерпретації, впливає відсутність як зазначеного усвідомлення з боку обвинуваченого, так і цілеспрямованості його дій щодо заволодіння бюджетними коштами. І цей висновок навряд чи здатна поколивати та обставина, що экс-депутат не використовував отримані у вигляді компенсації гроші за цільовим призначенням (для оренди житла/винайму готельного номеру).

Принагідно зауважу, що у сучасній судовій практиці суперечливо вирішується питання про наявність чи відсутність складу злочину, передбаченого ст. 190 КК, у діях особи, яка отримала соціальну допомогу внаслідок подання недостовірних відомостей про доходи та майновий стан, у зв'язку з чим це питання кваліфікації найближчим часом вирішуватиметься Об'єднаною палатою ККС ВС [13]. У висновку Є. Письменського як члена НКР при ВС із приводу кримінально-правової оцінки зазначених дій (особа при зверненні до органу соціального захисту з метою отримання державної соціальної допомоги зазначила недостовірні відомості в документах, на підставі яких за нею встановлюється право на одержання такої допомоги та її розмір) знайшов втілення виважений диференційований підхід. По-перше, якщо особа достовірно знала про наявність обставин, передбачених ч. 1 ст. 7 Закону «Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям», однак у відповідному документі, що подається, відбила неправдиву інформацію стосовно них, то подальша її поведінка, пов'язана з отриманням матеріальної допомоги, може оцінюватись як заволодіння чужим майном зі спричиненням відповідної шкоди державі (шахрайство). У такому випадку має місце умисел на заволодіння чужим майном із використанням обману, що утворює підставу для настання кримінальної відповідальності за ст. 190 КК. По-друге, якщо особа не усвідомлювала того факту, що подана нею інформація є недостовірною (вчиняє діяння з необережною формою вини через неправильне уявлення про зміст даних), то її подальша поведінка, пов'язана з отриманням матеріальної допомоги, не може оцінюватись як заволодіння чужим майном зі спричиненням відповідної шкоди державі. За цих обставин кримінальна відповідальність за ст. 190 КК виключається, оскільки шахрайство – це злочин, який може бути вчинений лише з умислом.

Друге правило, як видається, цілком може бути екстрапольоване на поведінку О. Черненка, який помилився у відповідних розрахунках. Принаймні така його заява, судячи з вироку ВАКС та інформації у ЗМІ, залишилась неспростованою.

Таким чином, обвинувальний вирок, винесений щодо экс-депутата, зайвий раз демонструє характерну для сьогоднішнього правозастосування невтішну тенденцію, яка полягає в тому, що неправильна кримінально-правова оцінка вчиненого діяння нерідко «прикривається» угодою в кримінальному провадженні, зокрема угодою про визнання винуватості. Звичайно, колишньому народному депутату України, обвинуваченому в безпідставному отриманні понад півмільйона гривень бюджетних коштів, було дискомфортно від уваги з боку ЗМІ і громадськості, і, мабуть, останнє, чим він переймався під час судового засідання, – це точність кримінально-правової кваліфікації. Проте в її нюансах зобов'язані розбиратись професіонали – судді, прокурори і слідчі. На це я як пересічний платник податків розраховувати вправі.

1. Антикорсуд затвердив угоду між прокурором та обвинуваченим – экс-народним депутатом. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/167828-antikorsud-zatverdiv-ugodu-mizh-prokurorom-ta-obvinuvachenim-eks-narodnim-deputatom> (дата звернення: 25.06.2020).
2. Биков К.Г. Привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем як корупційний злочин за кримінальним правом України. Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності: тези Всеукраїнської науково-практичної конференції (Хмельницький, 3 березня 2017 року). Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2017. С. 96–99.
3. Бойцов А.И. Преступления против собственности. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. 775 с.
4. Вирок Вищого антикорупційного суду від 30 квітня 2020 р. у справі № 991/2904/20. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89036195> (дата звернення: 25.06.2020).
5. Дудоров О.О. Проблеми кримінально-правової охорони системи оподаткування України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2007. 528 с.
6. Дудоров О.О., Житний О.О., Задоя К.П. та ін. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. 464 с.

7. НАБУ розслідувала незаконні компенсації нардепам. URL: <https://ukrainepravo.com/law-practice/pravookhoronnykh-organiv/nabu-rozsliduvala-nezakonni-kompensatsiyi-nardepam> (дата звернення: 25.06.2020).
8. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. 1368 с.
9. Окрема думка судді Задорожної Л.І. до вироку Вищого антикорупційного суду від 30 квітня 2020 р. у справі № 991/2904/20. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89033315> (дата звернення: 25.06.2020).
10. Письменський Є.О. Підстави кримінальної відповідальності за зловживання владою або службовим становищем: проблеми, тенденції, перспективи. Вісник Кримінологічної асоціації України. 2017. № 2. С. 179–197.
11. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 28 лютого 2019 р. у справі № 456/1181/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80181431> (дата звернення: 25.06.2020).
12. Ухвала колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 23 серпня 2018 р. у справі № 0912/1638/12. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76207261> (дата звернення: 25.06.2020).
13. Ухвала колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 20 січня 2020 р. у справі № 159/3357/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87517534> (дата звернення: 25.06.2020).

Незаконне збагачення: у пошуках дієвої моделі кримінально-правової заборони⁴³

До ухвалення 26 лютого 2019 р. рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України (далі – рішення КСУ від 26 лютого 2019 р.), яким цю статтю визнано такою, що не відповідає Конституції України [1], щодо її змісту, значення і перспектив в юридичній літературі висловлювались діаметрально протилежні судження, а ситуація у правозастосуванні навряд чи могла бути охарактеризована інакше як патова. Так, станом на 2 липня 2018 р. НАБУ передало до судів близько 70 справ щодо незаконного збагачення, проте у жодній з них вирок не був винесений [2]. На противагу обвинувальному ухилу, нібито притаманному відповідним кримінальним провадженням, доводилось писати про надзвичайну складність спростування захисних версій підозрюваного (обвинуваченого) в незаконному збагаченні, а детективами і прокурорами практикувалось вкрай обережне тлумачення цієї кримінально-правової норми [3, с. 446–448].

Однак і після визнання її неконституційною згадана заборона продовжує залишатись справжнім каменем спотикання для вітчизняних правників, політичних діячів і пересічних громадян. Тим більше, що оприлюднення рішення КСУ від 26 лютого 2019 р. (до слова, не дивлячись на розгорнутість наведеної у ньому аргументації, нам як громадянам України сприйняти його складно) призвело до активізації законопроектної роботи, небаченої за своєю інтенсивністю і спрямованої на «реанімацію» відповідної статті КК. З метою створення нової заборонної кримінально-правової норми, присвяченої незаконному збагаченню, у Верховній Раді України було зареєстровано низку законопроектів: № 10110 від 28 лютого 2019 р. (П.О. Порошенко); № 10103 від 28 лютого 2019 р. (Ю.В. Тимошенко); № 10110-1 від 1 березня 2019 р. (С.М. Каплін); № 10110-2 від 5 березня 2019 р. (В.В. Чумак, Н.В. Новак); № 10110-3 від 5 березня 2019 р. (М. Найєм); № 10110-4 від 6 березня 2019 р. (Ю.Б. Дерев'яно); № 10110-5 від 12.03.2019 (Є.В. Соколов); № 10110-6 від 13 березня 2019 р. (В.Ю. Пташник, Г.М. Гопко); № 10110-7 від 13 березня 2019 р. (А.І. Шкрум); № 10110-8 від 13 березня 2019 р. (І.В. Луценко); № 10110-9 від 14 березня 2019 р. (М.Й. Головка, А.Ю. Ілленко, О.І. Осуховський, О.О. Марченко); № 10110-10 від 14 березня 2019 р. (А.Ф. Шипко); № 10110-11 від 14 березня 2019 р. (О.С. Сотник); № 10110-12 від 14 березня 2019 р. (Т.Г. Острікова, Р.С. Семенуха). Врешті-решт робоча група, створена на базі комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, 17 квітня 2019 р. затвердила такий варіант проекту статті КК про відповідальність незаконне збагачення:

«Стаття 368-5. Незаконне збагачення.

1. Незаконне збагачення, тобто набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у тому числі опосередковано, активів, а також зменшення її фінансових зобов'язань, у розмірі (вартість) яких перевищує правомірно отримані доходи такої особи більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, –

караються позбавленням волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2. Незаконне збагачення, вчинене службовою особою, яка займає відповідальне становище, або у великому розмірі –

караються позбавленням волі на строк від трьох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

3. Незаконне збагачення, вчинене службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, або у особливо великому розмірі –

караються позбавленням волі на строк від шести до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

⁴³ Стаття написана у співавторстві з А.А. Вознюком та опублікована: Ефективність кримінального законодавства: доктринальні, законотворчі та правозастосовні проблеми її забезпечення : матер. міжнарод. наук.-практ. кругл. столу (м. Харків, 17 трав. 2019 р.) / укладачі: Л.М. Демидова, К.А. Новікова, Н.В. Шульженко. Харків: Константа, 2019. С. 77–99.

Примітка.

1. Для цілей цієї статті особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є особи, на яких поширюється Закон України «Про запобігання корупції» відповідно до пункту 1 частини першої його статті 3, а також особи, на яких поширювався Закон України «Про запобігання корупції» відповідно до пункту 1 частини першої його статті 3, але які звільнилися або іншим чином припинили діяльність, пов'язану із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, упродовж одного року після звільнення або припинення ними діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування.

Суб'єктами злочину відповідно до частин другої та третьої цієї статті є, відповідно, службові особи, які займають відповідальне або особливо відповідальне становище, а також особи, які відносилися до таких службових осіб, але звільнилися або іншим чином припинили службову діяльність, упродовж одного року після звільнення або припинення ними службової діяльності.

2. Під активами у цій статті розуміються грошові кошти (у тому числі кошти, що знаходяться на банківських рахунках чи на зберіганні у банках або інших фінансових установах), інше майно, майнові права, нематеріальні активи, а також послуги чи роботи.

3. Під набуттям активів у цій статті розуміється набуття визначеним в цій статті суб'єктом злочину активів у власність.

Під набуттям активів опосередковано у цій статті розуміється встановлення суб'єктом злочину, визначеним в цій статті, контролю над активами шляхом надання коштів чи вказівки іншій фізичній або юридичній особі, в результаті чого така особа уклала правочин, в тому числі фіктивний чи удаваний, щодо виникнення в такої або третьої особи права власності на ці активи.

4. Незаконне збагачення визнається вчиненим у великому розмірі, якщо розмір (вартість) набутих активів перевищує правомірно отримані доходи особи більше ніж на сім тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Незаконне збагачення визнається вчиненим в особливо великому розмірі, якщо розмір (вартість) набутих активів перевищує правомірно отримані доходи особи більше ніж на п'ятнадцять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян» [4].

Перед тим, як висловитись з приводу окремих результатів законопроектної діяльності, вважаємо за потрібне зробити декілька застережень.

Передусім під час розроблення оновленого механізму протидії незаконному збагаченню слід виходити з аксіоми про те, що це негативне явище не здолати, й особливо якщо використовувати задля цього саме і тільки кримінально-правові засоби. Проте понизити його рівень можливо і необхідно, інакше одна з найбільших за потенціалом людських і природних ресурсів країна Європи буде залишатися однією з найбідніших на цьому континенті. Висловимо у черговий раз сподівання на те, що «гіркі ліки» допоможуть і що виважене (без ухилів) застосування відновленої кримінально-правової заборони щодо незаконного збагачення, не маючи нічого спільного з «полюванням на відьом» із політичним підтекстом, сприятиме зниженню рівня корумпованості українського суспільства. Як відомо, кримінальна відповідальність за незаконне збагачення покликана забезпечити прозорість поведінки публічних службових осіб і спроможна відіграти роль одного з дієвих засобів протидії латентній корупції, оскільки не залежить від виявлення та переслідування конкретних корупційних діянь, а зосереджена на наявності у відповідного суб'єкта надмірного майна, походження якого не можна пояснити законними джерелами отримання доходів (інакше кажучи, презюмується корупційне походження активів). «... норма про незаконне збагачення належить до завершального рубежу правової протидії корупційним злочинам» [5, с. 182].

При цьому не слід забувати про можливість інших галузей права із притаманним їм інструментарієм. Відтак механізм протидії незаконному збагаченню повинен носити комплексний характер, включаючи норми різних галузей права. Перспективність такого шляху протидії незаконному збагаченню зумовлена і тим, що, крім заходів, згаданих у ст. 69 Закону України «Про запобігання корупції» і розрахованих на майно, одержане внаслідок вчинення корупційних правопорушень, у зв'язку з їх вчиненням (тобто конфіскації і спеціальної конфіскації) можуть застосовуватись й інші правові заходи. Щодо останніх питання про порушення конституційного принципу презумпції

невинуватості, у тому числі керуючись яким КСУ «поховав» ст. 368-2 КК, взагалі не постає, а це засвідчує їхню більшу потенційну ефективність у протидії незаконному збагаченню.

Так, згідно з п. 6-1 ч. 9 ст. 100 КПК майно (грошові кошти або інше майно, а також доходи від них) засудженого за вчинення корупційного злочину, легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, його пов'язаної особи конфіскується, якщо в суді не підтверджено законність підстав набуття прав на таке майно. Цей захід не вважається ні спеціальною конфіскацією (про нього відсутнє застереження у ст. 96-1 КК), ні вирішенням питання про долю речових доказів (майно, що вилучається, може і не бути речовим доказом у розумінні ст. 98 КПК) і може бути позначений як вилучення благ, походження яких особа не може пояснити [6].

У главі 12 розділу III Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) йдеться про визнання необґрунтованими активів та їх витребування в порядку позовного провадження. ЦПК у цьому разі визначає один із видів цивільно-правової конфіскації, якій має передувати кримінальне провадження та яка має схожість з конфіскацією, передбаченою в п. 6-1 ч. 9 ст. 100 КПК, але не згадану у статтях 96-1 і 96-2 КК. Суд визнає необґрунтованими активи, якщо на підставі поданих доказів не встановлено, що активи або грошові кошти, необхідні для придбання активів, щодо яких поданий позов про визнання їх необґрунтованими, були набуті на законній підставі. Активи, визнані судом необґрунтованими, стягуються в дохід держави (статті 291, 292 ЦПК). Виходить, що визнання необґрунтованими активів та їх витребування обмежується як видами злочинів (це корупційні злочини та відмивання), так і характеристиками їх суб'єктів (у ЦПК йдеться про злочини, вчинені особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування і зазначеними у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції»). При цьому вадою порядку позовного провадження у справах про визнання необґрунтованими активів та їх витребування є те, що позов не може бути пред'явлений до осіб, які є близькими особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, які володіють чи користуються відповідними активами і майнове становище яких має прискіпливо вивчатись у такій ситуації. До того ж відповідний перелік злочинів слід розширити щонайменше за рахунок декларування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК); перелік корупційних злочинів (примітка ст. 45 КК) також підлягає вдосконаленню.

На наш погляд, навіть якщо закон про доповнення КК статтею 368-5 «Незаконне збагачення» з певних міркувань ухвалений не буде або якщо ця стаття у випадку включення її до КК застосовуватиметься так само «успішно», як і визнана неконституційною ст. 368-2 КК (а такий сценарій розвитку подій – допоки в Україні не проведене «нульове» декларування статків усіх без винятку мешканців – цілком ймовірний), перспективним (питання, чи достатнім?) для протидії незаконному збагаченню буде шлях застосування вдосконаленого цивільно-процесуального інституту визнання необґрунтованими активів та їх витребування в порядку позовного провадження, якому передуватиме засудження, зокрема, за декларування недостовірної інформації. Принаймні зарубіжний досвід схиляє до думки про слушність такого альтернативного кримінальному переслідуванню варіанту.

Наприклад, нещодавно Велика Британія почала застосовувати новий інструмент протидії корупції – так звані накази про непояснені статки, або Unexplained Wealth Order (UWO). Найвизначнішою перевагою UWO є те, що руки правоохоронних органів не зв'язані презумпцією невинуватості: тягар доведення падає на особу, чії активи під питанням. При цьому в цілях конфіскації застосовується відносно невисокий тягар доведення, що залишається на рівні цивільно-правових стандартів. Крім того, відсутня необхідність доводити в сенсі кримінального процесуального законодавства зв'язок між скоєнням злочину і набутими активами. Достатньо встановити зв'язок між особою, чії активи під питанням, і злочином, до якого ця особа, її рідні чи близькі можуть мати відношення [7].

Повертаючись до власне кримінально-правової матерії, відзначимо, що для побудови ефективного кримінально-правового механізму протидії незаконному збагаченню слід віртуально протестувати наявні напрацювання нової заборонної норми, акцентуючи при цьому увагу на необхідності розв'язання низки ключових питань.

1. Які діяння необхідно криміналізувати у межах складу злочину «незаконне збагачення»?

Зрозуміло, що це можуть бути такі діяння, пов'язані з відповідними активами, як: 1) набуття; 2) володіння; 3) користування; 4) розпоряджання; 5) передача; 6) збільшення.

У більшості перерахованих вище законопроектів пропонується зазначити або набуття активів, або набуття активів у власність. У зв'язку з цим виникає питання, що слід розуміти під набуттям активів – одержання їх у власність чи лише у володіння або користування чи розпоряджання? Виходячи із семантичного значення слова «набувати» [8, с. 702], зворот «набувати активи» означає ставати їх власником. За таких обставин вказівка на набуття активів у власність певною мірою є тавтологічною. Відповідно до ч. 1 ст. 317 ЦК України власнику належать права володіння, користування та розпоряджання своїм майном. З огляду на це, власником слід вважати лише особу, яка має усі три вказані правомочності. Таким чином, набуття активів означатиме вчинення діяння, за допомогою якого особа одержала правомочності на володіння, користування і розпоряджання активами.

Однак як бути з особою, яка лише користується чи розпоряджається такими активами? Чи варто криміналізувати здобуття окремих правомочностей, сукупність яких становить право власності? Погляди учасників законопроектної роботи з цього приводу різняться. Розробники нової кримінально-правової норми про незаконне збагачення здебільшого пропонують визнавати злочином набуття активів (варіант – у власність). Водночас існують й інші варіанти, зокрема такі, як набуття активів у власність або користування, набуття активів у власність або володіння.

Якщо і запроваджувати термін «набуття» в конструкцію майбутньої кримінально-правової норми, то він має охоплювати як безпосередні, так й опосередковані форми набуття активів, адже останнє здійснюється суб'єктом незаконного збагачення не завжди безпосередньо. У зв'язку з цим нам імпонує пропозиція розробників законопроекту під опосередкованим набуттям активів розуміти встановлення суб'єктом злочину контролю над активами шляхом надання коштів чи вказівки іншій фізичній або юридичній особі, в результаті чого така особа уклала правочин (в тому числі фіктивний чи удаваний) щодо виникнення в такої або третьої особи права власності на ці активи. Видається, що це визначення загалом дозволяє розв'язати проблему кримінальної відповідальності за переадресування активів; застереження «загалом» пояснюється очікуваними труднощами доказування відповідної вказівки суб'єкта незаконного збагачення.

Нагадаємо, що визнана неконституційною ст. 368-2 КК була сформульована таким чином, що карана за нею передача активів мала місце лише в тому разі, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, після одержання нею активів передавала їх іншим особам (вчиняючи правочин або надаючи майно для його вчинення). На те, що з погляду кваліфікації за ст. 368-2 КК активи повинні були пройти «через руки» суб'єкта злочину, вказувало використання звороту «передача нею...» [5, 241–242; 9, с. 903–904]. Відповідно, передача предмета незаконного збагачення не вбачалась у випадках, коли: 1) активи напряму (безпосередньо) надано іншій особі з відома того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (тобто за проханням чи згодою уповноваженої особи здійснюється своєрідне переадресування активів); 2) особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, була проінформована про надання активів іншій особі і не вжила заходів до їх повернення надавачу.

Наведена наукова позиція, яка ґрунтується не тільки на семантичному значенні слова «передавати», а й на презумпції невинуватості, зазнала змін у процесі редагування відповідної колективної праці. Як її редактор М.І. Хавронюк наполіг на тому, що більш прийнятним для потреб боротьби з корупційною злочинністю є інше (поширювальне) тлумачення кримінального закону: «Використання законодавчого звороту «передача нею...» вказує на те, що з погляду кваліфікації за ст. 368-2 КК активи повинні, хоча не обов'язково фізично, пройти «через руки» суб'єкта злочину. Іншими словами, суб'єкт повинен усвідомлювати той факт, що активи з його відома чи згоди передано іншій особі. Відповідно, передача предмета незаконного збагачення матиме місце, коли: 1) активи напряму (безпосередньо) надано іншій особі з відома (прохання чи згоди) особифункціонера (своєрідне «переадресування активів»); 2) особафункціонер поінформована про надання активів іншій особі й не вжила заходів до їх повернення надавачу» [10, с. 265].

Очевидно, що проблема мала вирішуватись шляхом вдосконалення КК, а не його поширювального (навіть з благородною метою) тлумачення. Для охоплення складом злочину «незаконне збагачення» випадків, коли активи на підставі відповідної домовленості надаються іншій особі, оминаючи того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, поліпшена ст. 368-2 КК (її аналог) могла б містити безпосередню вказівку на одержання активів іншою особою з відома (згоди) особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (суб'єктом незаконного збагачення і в цьому разі визнавалася б тільки уповноважена особа).

У відгуку офіційного опонента на дисертацію О.І. Гузоватого «Кримінальна відповідальність за незаконне збагачення (порівняльне дослідження)» В.А. Мисливий зауважив, що ст. 368-2 КК створює передумови для ухилення від відповідальності тих осіб, які без законних на те підстав збільшують активи інших осіб з відома службової особи. У зв'язку з цим ставилось питання про доцільність уточнення ст. 368-2 КК з тим, щоб визнавати злочином також передачу активів будь-якій іншій особі (варіант – третій особі), здійснювану іншою особою за згодою того, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Однак за такого варіанту вдосконалення КК диспозицією її ст. 368-2 не охоплювалася б поведінка особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яка дала згоду на передачу активів іншим особам та яка (за логікою речей) і повинна визнаватись суб'єктом незаконного збагачення. Натомість таким суб'єктом чомусь виступав би той, хто сам незаконно не збагачується, а шляхом передачі активів лише сприяє незаконному збагаченню особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (а точніше оточення такої особи).

Повторимо, що визначення опосередкованого набуття активів, запропоноване в підсумковому на сьогодні варіанті проекту ст. 368-5 КК, вочевидь, дозволить розв'язати проблему криміналізації переадресування активів.

У ст. 368-2 КК йшлося не лише про набуття активів у власність, а й про їх передачу будь-якій іншій особі. Законодавче виділення цієї другої форми об'єктивної сторони складу злочину суперечило ст. 20 Конвенції ООН проти корупції і було сумнівним. Адже якщо особа набула у власність певні активи, то злочин є закінченим, і вже не має значення, яким чином вона розпорядилася цими активами – залишила їх собі чи передала іншій особі. Тим більше, що за змістом ст. 368-2 КК така форма об'єктивної сторони, як передача активів іншій особі, могла бути інкримінована суб'єкту незаконного збагачення лише з одночасним інкримінуванням їй набуття відповідних активів. З урахуванням сказаного і того, що проблема переадресування активів у проекті ст. 368-5 КК розв'язана, сенсу альтернативно вказувати у ній на передачу активів, мабуть, немає. Така поведінка у певних випадках (наприклад, якщо особа приховує факт набуття та передачі активів, однак є достовірні дані про їх передачу) може бути одним із доказів їх набуття.

Привернемо увагу ще до одного аспекту, стосовно якого вдалось досягнути прогресу під час законопроектної роботи. Зворот «набуття особою... у власність активів...», використаний у ч. 1 визнаної неконституційною ст. 368-2 КК, унеможлилював її інкримінування у випадках, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не накопичила (збільшила) свої статки, а незаконно позбавилась майнових витрат (наприклад, вона чи близька їй особа безоплатно або за «символічною» ціною отримала різноманітні послуги – медичні, освітні, туристичні, розважальні, юридичні, ремонтні, транспортні тощо). Цікаво, що формулювання «одержання ... неправомірної вигоди...», використане в первісній редакції ст. 368-2 КК, дозволяло охоплювати зазначену поведінку належного суб'єкта. Подібним чином розмірковував Д.Г. Михайленко, на погляд якого розкішний спосіб життя публічної службової особи, який не пов'язаний з приростом її майна, проте виражається в отриманні нею (на свою користь або користь близьких) послуг, переваг, пільг, інших вигод, за які особа не сплачує коштів або сплачує явно нееквівалентну ціну, не міг бути підставою для застосування норми КК про відповідальність за незаконне збагачення. У зв'язку з цим дослідник пропонував використати в ст. 368-2 КК (за прикладом інших норм КК про корупційні злочини) термін «неправомірна вигода», що дозволить поширити дію відповідної кримінально-правової заборони на випадки отримання чи користування відповідним суб'єктом будь-якими майновими благами [11, с. 263–264]. У підсумковому варіанті проекту ст. 368-5 КК «Незаконне збагачення» знайшов відображення інший (на нашу думку,

також прийнятний) варіант розв'язання позначеної проблеми, а саме: а) охоплення поняттям активів як предмета незаконного збагачення (поряд із майном, майновими правами і нематеріальними активами) робіт і послуг; б) виокремлення такого (альтернативного набуття активів) злочинного діяння, як зменшення фінансових зобов'язань особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Незважаючи на те, що зворот «набуття активів» став одним з найбільш поширених в законопроектній роботі, результати якої аналізуються, його використання пов'язане з певними ризиками.

1) Законодавча вказівка на набуття активів, передбачаючи, як вже зазначалось, виникнення класичної тріади, за допомогою якої характеризується право власності, з погляду цивілістики видається не зовсім некоректною, а тому має розглядатись як умовна, адже з урахуванням ст. 328 ЦК України вести мову про те, що внаслідок вчинення злочину особа набула певне майно у власність, недоречно.

До слова з метою дотримання принципу *non bis in idem* Д.Г. Михайленко запропонував закріпити у примітці статті КК про незаконне збагачення таке положення: «Особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, якщо встановлено, що збільшення її активів і/або активів членів її сім'ї, які значно перевищили їхні законні доходи, відбулося в результаті вчинення іншого злочину чи правопорушення» [5, с. 486]. Проте незаконне збагачення саме тому і має тягнути кримінальну відповідальність, що необґрунтована поява (збільшення) активів спеціального суб'єкта стає результатом вчинення ним латентного корупційного делікту. Відтак згадане положення не узгоджується з покладеною в основу відповідної кримінально-правової заборони презумпцією корупційного походження статків особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

2) Важливим моментом у набутті відповідних активів є їхній розмір (останній відіграє роль як криміноутворювальної ознаки, так і однієї з ознак, покликаної диференціювати кримінальну відповідальність за незаконне збагачення). Набуття активів може бути як одноразовим, так і сумарним їх накопиченням. У разі вчинення продовжуваного злочину проблем не виникатиме. Однак у випадку вчинення декількох тотожних діянь із набуття відповідних активів, не об'єднаних єдиним злочинним наміром, кожне з яких не має значного (великого, особливо великого) розміру, вчинене не можна буде кваліфікувати як незаконне збагачення.

З метою вирішення цієї проблеми окремі фахівці пропонують передбачити певний звітний період, протягом якого слід обраховувати розмір набутих активів. Наприклад, у законопроекті «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо відповідальності за неправомірне збагачення» від 13 березня 2019 року № 10110-6 (В.Ю. Пташник, Г.М. Гопко) пропонувалося зазначити у диспозиції статті КК про незаконне збагачення те, що набуття у власність або в користування активів відбувалося впродовж календарного року. Ще один варіант вирішення проблеми може полягати у доповненні примітки ст. 368-5 КК положенням про те, що під час обрахування розміру активів, які набувались шляхом вчинення декількох діянь, незалежно від того, чи охоплювалися вони єдиним наміром, слід виходити з їхньої загальної вартості. Підсумкова редакція проекту ст. 368-5 КК «Незаконне збагачення» подібних положень не містить, що у випадку ухвалення її парламентом в теперішньому вигляді здатне породити труднощі на практиці.

3) Якщо запровадити кримінальну відповідальність лише за набуття певних активів, то за всі прояви незаконного збагачення, що мали місце до набрання чинності новою нормою, жодного суб'єкта не можна буде притягнути до кримінальної відповідальності, що впливає з ч. 2 ст. 4 КК.

Прийняття рішення КСУ від 26 лютого 2019 р., як відомо, призвело до того, що відповідні кримінальні провадження були закриті; особи, які незаконно набули активи у певних розмірах, не нестимуть кримінальної відповідальності за це діяння, якщо, звичайно, їх не визнають винуватими у вчиненні інших злочинів (наприклад, передбаченого ст. 209 КК відмивання). «Відтак, з одного боку, відбулася «амністія» високопосадовців, підозрюваних чи обвинувачених у незаконному збагаченні, а, з другого, їм надано «індульгенцію» на вчинення цього суспільно небезпечного діяння, яка буде діяти до нової його криміналізації [12, с. 84].

У зв'язку зі сказаним слід розглянути питання про доцільність включення до конструкції нової норми КК про незаконне збагачення звороту «володіння активами». Адже за таке діяння можна буде притягувати до кримінальної відповідальності з моменту набрання чинності відповідною нормою КК. При цьому набуття активів могло статись ще до визнання ст. 368-2 КК неконституційною, або у проміжок часу від прийняття відповідного рішення КСУ до набрання чинності новою нормою КК про незаконне збагачення.

Подібну позицію обстоює О.М. Костенко, переконаний у необхідності сформулювати диспозицію ст. 368-5 КК таким чином, щоб передбачене нею незаконне збагачення визнавалось триваючим злочином: «Таке визначення може бути досягнуте, якщо «незаконне збагачення» визначити як «володіння, користування, розпорядження активами, які особа не могла набути у законний спосіб». За такого визначення ст. 368-5 КК буде застосовуватися за правилами триваючого злочину до тих осіб, які на час набрання чинності статтею 368-5 КК будуть «володіти, користуватися, розпоряджатися значними активами, які ці особи не могли набути у законний спосіб» незалежно від того, коли ці активи були набуті – до набрання чинності новою ст. 368-5 КК чи після» [13].

Опоненти викладеного підходу можуть, серед іншого, заявляти, що володіння певними активами не є діянням. Однак чи так це є? У тлумачному словнику термін «володіння» вживається у двох значеннях: 1) дія і стан за значенням володіти; 2) те, що є чиею-небудь власністю (земля, майно тощо). Відтак володіння може бути діянням, у тому числі в кримінально-правовому сенсі. Водночас, щоб встановити, у чому воно полягає, слід розкрити зміст терміну «володіти», який має такі значення: 1) мати що-небудь у своїй власності. // Мати певну обдарованість, відзначатися чимось (голосом і т. ін.); 2) те саме, що володарювати; 3) мати можливість підкоряти когось своєму впливові, своїй волі. // Опановувати, охоплювати когось (про думки, почуття); 4) уміти діяти, користуватися чим-небудь. // Добре знати що-небудь [8, с. 200].

Досить влучне визначення володіння пропонується у ч. 1 § 854 Німецького цивільного уложення, відповідно до якої володіння річчю набувається шляхом отримання реальної влади над річчю [14]. Вітчизняні цивілісти по-різному визначають це поняття. Так, володіння тлумачать як фактичне, законне або протиправне перебування майна у конкретної фізичної або юридичної особи [15, с. 98]. Право володіння передбачає те, що власник має юридично закріплену можливість фактично панувати над річчю, можливість на власний розсуд впливати на неї у будь-який момент та здійснювати стосовно неї свою волю [16, с. 246]. Під правомочністю володіння пропонують розуміти юридично забезпечену можливість власника бути в безпосередньому фактичному зв'язку з річчю. Наголошується і на тому, що володіння може бути фактичним і юридичним, законним і незаконним (добросовісним і недобросовісним), а так само давнісним [17, с. 229, 300].

Якщо криміналізувати володіння певними активами, розмір (вартість) яких перевищує правомірно отримані доходи такої особи більш ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, то кримінальна відповідальність за таке діяння, звичайно, наставатиме з моменту набрання чинності відповідною кримінально-правовою нормою. При цьому особу можна буде притягнути до кримінальної відповідальності і в тому разі, якщо вона після набрання чинності відповідною нормою володіє зазначеними активами (фактично продовжує володіти ними) незалежно від того, коли вона їх набула.

Водночас постає питання, чи достатньо буде в статті КК про незаконне збагачення вказівки лише на володіння чи все ж слід передбачити і таке діяння, як набуття активів (з огляду на те, що ці діяння, хоч і взаємопов'язані, є різними за змістом).

У ст. 20 Конвенції ООН проти корупції рекомендується криміналізувати збільшення відповідних активів. Однак у такому разі все одно слід довести, що особа володіє певними активами.

2. Як варто позначати предмет злочину «незаконне збагачення»?

Розробники підсумкового на сьогодні законопроекту пропонують визначити предмет злочину, передбаченого ст. 368-5 КК, як активи, розмір (вартість) яких перевищує правомірно отримані доходи особи більше ніж на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Правильним є те, що відбулась відмова від підходу, втіленого у ст. 368-2 КК, згідно з яким законність підстав набуття активів у власність пов'язувалась із доказами. Таке незвичне законодавче формулювання, як відомо, породжувало чи не найбільше дискусій. De lege ferenda пред-

мет незаконного (корупційного) збагачення (за умови його рекриміналізації) не варто визначати в контексті кримінально-процесуального доказування: останнє відбувається вже після фактичного збагачення відповідного суб'єкта, а тому не повинне виступати характеристикою складу відповідного злочину.

Водночас постає питання, що слід розуміти під правомірно отриманими доходами? Очевидно, що найбільш логічно до таких доходів відносити ті, що відображені в декларації відповідної особи. Однак чи всі активи, які там відображені, є підстави визнати правомірними? Не викликає сумнівів, що правомірно отриманими є доходи, які відображені у декларації і (головне) джерело походження яких законне (наприклад, заробітна плата, подарунок, спадщина). Зважаючи на невдалість законодавчого формулювання «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами», М.І. Хавронюк пропонував виключити його і водночас п. 2 примітки ст. 368-2 КК викласти в такій редакції: «Під активами у значному розмірі у цій статті розуміються грошові кошти або інше майно, а також доходи від них, якщо їх розмір (вартість) на одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або більше перевищує розмір (вартість) грошових коштів або іншого майна і доходів від них, зафіксований в останній поданій особою декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» [18]. Проте чому не слід визнавати правомірними і ті доходи, які всупереч встановленому порядку не знайшли відображення в декларації належного суб'єкта, але мають при цьому правомірне походження? Питання вже виникають, і можна собі лише уявити, якими суперечливими можуть бути відповіді на них (у тому числі у правозастосуванні).

У п. 5 рішення КСУ від 26 лютого 2019 р. висловлювалось занепокоєння тим, що поза увагою сторони обвинувачення може залишитись з'ясування конкретного способу набуття особою активів у власність, а також тим, що кримінально-правова кваліфікація вчиненого за ст. 368-2 КК залежить від результатів суб'єктивної діяльності органу досудового розслідування [1]. Але хіба вади, які, звичайно, можуть мати місце у конкретному кримінальному провадженні, мають слугувати аргументом на користь неконституційності кримінально-правової заборони, наявність (відсутність) порушення якої встановлюється у цьому провадженні? До того ж кваліфікація будь-якого злочину залежить від суб'єктивної діяльності правозастосувача, у тому числі в частині збирання та оцінки доказів (інакшого не буває). За таким піходом варто визнавати неконституційними чи не всі кримінально-правові заборони.

Водночас, якщо керуватись логікою КСУ, то і законодавча вказівка на активи, розмір яких перевищує правомірно отримані доходи особи, не є запобіжником від суб'єктивної діяльності правозастосувача (а отже, визнання неконституційною ст. 368-5 у випадку включення її в КК). Адже правозастосувач задля інкримінування статті КК про незаконне збагачення має виключити всі без винятку варіанти правомірного поліпшення майнового становища особи.

На перший погляд, конструктивність доктринальної пропозиції вдосконалити описання складу злочину «незаконне збагачення» за рахунок включення вказівки на зв'язок набуття активів із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування [19, с. 11, 85–88, 126, 212] вбачається у закріпленні корупційного характеру аналізованого злочину. Про такий характер злочину, караного раніше за ст. 368-2 КК та описаного в проекті ст. 368-5 КК, можна лише здогадуватись, виходячи з законодавчої вказівки на суб'єкта незаконного збагачення та історії появи і трансформації цієї кримінально-правової заборони, нерозривно пов'язаної з імплементацією ст. 20 Конвенції ООН проти корупції. Водночас зрозуміло, що необхідність встановлення зазначеного зв'язку у кожному випадку застосування норми про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення призведе до того, що ця норма так і залишатиметься «мертвою».

Аналізований проект ст. 368-5 КК, як і ст. 368-2 КК, передбачає, що предикатним стосовно незаконного збагачення може виступити будь-який корисливий (не обов'язково корупційний) злочин, вчинений особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Тобто не виключається некорупційний шлях набуття активів відповідного суб'єкта. Також предикатними стосовно незаконного збагачення визнаватимуться і відмінні від злочинів правопорушення. Так, якщо особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, набула грошові кошти в значному розмірі внаслідок порушення встановлених законодавством обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, то це

не виключатиме кваліфікацію дій такої особи за ст. 3682 КК. Адже підстави набуття у власність активів у вигляді плати за певну діяльність, які мають місце в цій ситуації, не можуть розглядатись як правомірні.

При цьому «половина працюючого населення мала і має на сьогодні неофіційні доходи (у державі, де частка тіньової економіки перевищує 50%, інакше априорі бути не може)» [20]. Учасниками тіньової економіки, з огляду на її масштабність у сучасній Україні, не можуть бути й особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. За таких обставин вести мову дотримання принципу правової визначності при конструюванні ст. 368-5 КК, мабуть, не доводиться. На нашу думку, пропонуване традиційне поширення дії проекрованої норми КК на активи, отримані з порушенням норм інших (крім КК) галузей законодавства, навряд чи обумовлене суспільною небезпекою вчиненого, означає соціально необґрунтоване (або щонайменше не до кінця продумане) розширення меж кримінальної відповідальності за незаконне збагачення за рахунок охоплення кримінально-правовою репресією дій, традиційно врегульованих цивільним та адміністративним законодавством.

3. Хто має бути суб'єктом незаконного збагачення?

За ст. 368-2 КК могли нести відповідальність особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Такий підхід загалом узгоджується зі ст. 2 Конвенції ООН проти корупції, яка визначає поняття державної посадової особи, вказівка на яку міститься в ст. 20 «Незаконне збагачення» цієї Конвенції. Так само це питання вирішується у проекті ст. 368-5 КК. При цьому не всі особи, перераховані в п. 1 ч. 1 статті 3 Закону «Про запобігання корупції», можуть визнаватись службовими особами у кримінально-правовому розумінні цього поняття (сказане стосується, зокрема, державних службовців, не всі з яких виконують функції, закріплені в ч. 3 ст. 18 КК). Тут доречно нагадати, що у висновку Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України на законопроект, згодом ухвалений як Закон від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції», відзначалось, що текст ст. 368-2 КК є непослідовним у частині використання терміну «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», який у частинах 2 і 3 цієї статті вже не використовується. Це зауваження, пов'язане з дотриманням правил законодавчої техніки, може бути адресоване й розробникам проекту ст. 368-5 КК.

Особа, якій особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передала активи, суб'єктом незаконного збагачення не визнавалась незалежно від того, чи знала вона про характер переданих їй активів. Адже про одержання (прийняття) активів указаною особою в ст. 3682 КК не говорилось. Якщо ця особа заздалегідь пообіцяла уповноваженій особі одержати (прийняти) активи від неї та одержала їх, то її дії не могли кваліфікуватись за ст. 198 КК: вказана домовленість виключає кримінальноправову оцінку вчиненого як прояву причетності до злочину. Як писав К.П. Задоя, не могли аналізовані дії кваліфікуватись і за ч. 5 ст. 27, ст. 3682 КК як пособництво (заздалегідь обіцяне придбання предметів, здобутих злочинним шляхом) незаконному збагаченню у формі передачі активів: остання фізично неможлива без зустрічної дії – одержання (прийняття) активів [22, с. 59–60].

З урахуванням сказаного *de lege ferenda* потребує вирішення проблема відповідальності членів сім'ї, родичів, близьких особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а також номінальних власників відповідних активів. До них, крім заходів кримінально-правового характеру, як варіант можна застосовувати механізми конфіскації в межах цивільно-правових процедур. Цікавою у зв'язку з цим є пропозиція В.Ю. Пташник та Г.М. Гопко, які висловились за встановлення кримінальної відповідальності за неправомірне збагачення члена сім'ї особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (у ст. 368-6 КК), і приховування активів особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, чи члена її сім'ї [22].

Однак нам більше імпонує пропозиція Д.Г. Михайленка доповнити відповідну статтю КК таким положенням: якщо суб'єкт незаконного збагачення та/або члени його сім'ї без законних на те підстав фактично здійснюють права власника над активами, які на праві власності належать іншій особі, то ці активи для цілей застосування норми про незаконне збагачення визнаються

такими, що належать службовій особі з моменту, коли вона або члени її сім'ї почали без законних підстав фактично здійснювати права власника. При цьому особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, відповідатиме як виконавець незаконного збагачення, а члени її сім'ї або інші особи, у яких знаходяться такі майнові активи чи які отримали блага майнового характеру, – як пособники в незаконному збагаченні [5, с. 258–259, 371–372]. Крім того, кримінально-правовою доктриною слушно ставиться питання про необхідність запровадження у регулятивне антикорупційне законодавство положень щодо перевірки майнового становища осіб, які є близькими до тих, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування [19, с. 57, 86–88, 109, 113–114]. Вважаємо, що без подібних змін некримінального антикорупційного законодавства проблематично буде вести мову про процесуальну здійсненність кримінального переслідування близького оточення особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Визначаючи суб'єктний склад незаконного збагачення, необхідно також звернути увагу на те, що особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, як правило, працюють на відповідних посадах протягом певного строку. У цей проміжок часу вони можуть ретельно приховувати факт незаконного збагачення, а після звільнення змінити форму незаконно набутих активів (наприклад, за рахунок прихованих коштів придбавається рухоме чи нерухоме майно). Отже, суб'єктом незаконного збагачення варто визнавати й осіб, які належали до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, але припинили свою службову діяльність.

Вирішуючи проблему кримінально-правової оцінки поведінки «колишніх функціонерів» – осіб, які під час виконання ними функцій держави або місцевого самоврядування незаконно збагатилися, але змогли це приховати, один із нас раніше пропонував виходити з такого. Якщо особа, яка вже не виконує функції держави або місцевого самоврядування, набуває активи або в інший спосіб демонструє різке покращення свого майнового становища, то це означає наявність у неї коштів або іншого майна, які могли бути набуті тоді, коли особа мала статус спеціального суб'єкта злочину. Труднощі, пов'язані з доказуванням незаконного збагачення, в такій ситуації очевидні, однак матеріально-правових перешкод для кваліфікації вчиненого за ст. 368-2 КК не вбачалось (за наявності всіх ознак передбаченого нею складу злочину). Отже, навряд чи потрібно було змінювати цю статтю для подолання нібито існуючої прогалини та уможливлення реалізації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення «колишніх функціонерів» [3, с. 468].

Іншої точки зору з цього питання кваліфікації дотримувалась І.М. Ясінь. На її думку, «перешкодою для притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які після припинення виконання функцій держави або місцевого самоврядування, явно володіють активами, незаконно набутими під час здійснення такої діяльності, є законодавче формулювання ознак спеціального суб'єкта СЗ, передбаченого ст. 368² ККУ, як ОУВФДМС... особу, про очевидність невідповідності вартості активів та способу життя офіційним доходам якої стало відомо вже після припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, не можливо притягнути до кримінальної відповідальності за НЗ у зв'язку з тим, що така особа не визнається суб'єктом відповідного СЗ» [19, с. 84, 101–102].

Розробники проекту ст. 368-5 КК, як і окремі представники кримінально-правової доктрини, вирішили, що проблема кримінальної відповідальності «колишніх функціонерів» за незаконне збагачення потребує розв'язання у законодавчому порядку. З цією метою особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, запропоновано визнавати також осіб, на яких поширювався Закон України «Про запобігання корупції» (п. 1 ч. 1 його статті 3), але які звільнились або іншим чином припинили діяльність, пов'язану з виконанням таких функцій, упродовж одного року після звільнення або припинення ними діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування.

До речі, у відгуку З.А. Загинеї на автореферат докторської дисертації Д.Г. Михайленка «Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні» критично оцінюється положення про необхідність вироблення такого нормативного механізму, у межах якого після припинення виконання владних функцій щодо особи не тільки деякий час зберігав би свою дію інститут декларування, а й передбачалась б адміністративна та кримінальна відповідальність за

виявлені в результаті фінансового контролю необґрунтовані активи. Д.Г. Михайленко висловився за встановлення в статті КК про відповідальність за незаконне збагачення періоду в п'ять років, у межах якого негативні результати антикорупційного фінансового контролю можуть мати кримінально-правове значення через застосування цієї норми КК. Натомість З.А. Загинею зазначила, що дія окремих антикорупційних обмежень, заборон та заходів контролю поширюється і на період після припинення виконання собою функцій держави або місцевого самоврядування. Так, згідно з ч. 2 ст. 45 Закону «Про запобігання корупції» особи, які припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, або іншу діяльність, зазначену у підпунктах «а» і «в» пункту 2, пункті 5 частини першої статті 3, зобов'язані наступного року після припинення діяльності подавати в установленому частиною першою цієї статті порядку декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за минулий рік. Саме такий (річний) термін є об'єктивним, і відповідний вид декларування здатен виявити ті активи, які були здобуті такою особою незаконно. Висловлюється думка про те, що більш тривалий час не здатен показати незаконність походження активів особи, яка раніше виконувала функції держави або місцевого самоврядування. Висловимо припущення, що саме такими міркуваннями керувались розробники проекту ст. 368-5 КК. Проте, на нашу думку, пропозиція Д.Г. Михайленка заслуговує на підтримку, бо однорічного строку може бути явно недостатньо для належного реагування на випадки завуальованого незаконного збагачення, у зв'язку з чим слід внести відповідні зміни і до ст. 45 Закону України «Про запобігання корупції».

Законопроектна робота триває, і наразі складно спрогнозувати її результати. У будь-якому разі зрозуміло, що протидія незаконному збагаченню не може розраховувати на успіх, якщо покладатись лише на одну відповідну статтю КК (навіть сформульовану майже ідеально) і не реалізовувати комплексний підхід до вдосконалення і застосування антикорупційного законодавства.

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 р. № 1-р/2019. URL: <http://www.ccu.gov.ua/dokument/1-p2019> (дата звернення: 18.04.2019).
2. Відсутність практики судових рішень перешкоджає притягненню до відповідальності за незаконне збагачення – Артем Ситник. URL: <https://nabu.gov.ua/novyny/vidsutnist-praktyky-sudovyh-rishen-pereshkodzhaye-prytyagnennu-do-vidpovidalnosti-za> (дата звернення: 18.04.2019).
3. Дудоров О.О., Коломоєць Т.О., Кушнір С.М., Макаренков О.Л. Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: колективна монографія. Запоріжжя, 2019. 476 с.
4. Представники академії беруть участь у законотворчій діяльності. Офіційний веб-портал Національної академії внутрішніх справ. 18-04-2019. URL: <https://www.naiu.kiev.ua/images/news/img/2019/04/stat-368-5.pdf> (дата звернення: 18.04.2019).
5. Михайленко Д.Г. Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2018. 505 с.
6. Задоя К. Примусове вилучення майна, пов'язаного із вчиненням злочину. Як підвищити ефективність кримінального судочинства. Юридичний вісник України. 2015. 29 серп. – 4 верес. № 34.
7. Власюк В. Багато витрачаєш? Британія запустила новий антикорупційний механізм. URL: <https://www.eurointegration.com.ua/experts/2018/11/12/7089183/?fbclid=IwAR2C9Lv3bIhITv3Gj2lhviqGy6FZ8Dp3Yb5442bKQ71znJpNT7ijtCrOOM> (дата звернення: 18.04.2019).
8. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2009. 1736 с.
9. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернея. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2018. 1104 с.
10. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2016. 496 с.
11. Михайленко Д.Г. Кримінально-правове значення незаконного збагачення осіб, пов'язаних із суб'єктом владних повноважень. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. XVI / голов. ред. М.В. Афанасьєва. Одеса: Юрид. літ, 2015. С. 250–277.
12. Вознюк А.А. Незаконне збагачення: пошук оптимальної кримінально-правової норми. Кримінологічна теорія і практика: досвід, проблеми сьогодення та шляхи їх вирішення: матеріали міжвузів. наук.-практ. круглого столу (Київ, 22 берез. 2019 р.) / редкол.: В.В. Черней, С.Д. Гусарев, С.С. Чернявський та ін. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2019. С. 84–90.

13. Костенко О. Щодо проектування закону про кримінальну відповідальність за «незаконне збагачення». *Голос України*. 2019. 26 березня. № 58.
14. Bürgerliches Gesetzbuch. Bundesrepublik Deutschland.zuletzt geändert durch Gesetz vom 31.01.2019 (BGBl. I S. 54) m.W.v. 01.04.2019. URL: <https://dejure.org/gesetze/BGB> (дата звернення: 18.04.2019).
15. Галюк В.В., Юлдашев О.Х. Курс цивільного та сімейного права України (у питаннях і відповідях): навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. Київ: МАУП, 2005. 240 с.
16. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за заг. ред. Бобрика В.І. Київ: Центр учбової літератури, 2016. 784 с.
17. Цивільне право України: Загальна частина / за редакцією професорів І.А. Бірюкова і Ю.О. Заїки. Київ: Алерта, 2014. 510 с.
18. Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / М.І. Хавронюк, О.В. Калітенко, Д.О. Калмиков та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ, 2019. URL: [http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20\(проект\).pdf](http://www.pravo.org.ua/img/zstored/files/Альтернативний%20звіт%20з%20впровадження%20антикорупційної%20політики%2005_02_2019%20(проект).pdf) (дата звернення: 18.04.2019).
19. Ясін І.М. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2018. 236 с.
20. Трепак В. Незаконне збагачення: кого і за що каратимуть. URL: <http://gazeta.dt.ua/internal/nezakonnezbagachennya-kogo-i-za-scho-karatimut-.html> (дата звернення: 18.04.2019).
21. Судова практика в справах про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: окремі тенденції, проблеми та перспективи вдосконалення / наук. ред. К.П. Задоя. Київ: ТОВ «Аграр Медіа Груп», 2014. 136 с.
22. Проект Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо відповідальності за незаконне збагачення: проект Закону України від 14 березня 2019 р. 10110-11. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65687 (дата звернення: 18.04.2019).

Спеціальне розслідування виборів Президента США: від інавгурації до імпічменту – один крок?⁴⁴

Той, хто корупційним чином перешкоджає, впливає або втручається в будь-яке офіційне провадження чи намагається зробити це, буде оштрафований або позбавлений волі на строк до 20 років, або до нього будуть застосовані обидва покарання (§ 1512 (c)(2) федерального КК США). Саме цей і декілька інших параграфів були покладені в основу юридичного аналізу, викладеного у Звіті Спеціального прокурора Роберта Мюллера. Його команда намагалась відшукати відповідь на одне з ключових питань американського сьогодення, а саме чи порушив діючий Президент США Дональд Трамп федеральні кримінально-правові заборони під час офіційного розслідування щодо можливого втручання РФ у президентські вибори 2016 р.?

Дещо про історію питання. 17 травня 2017 р. заступник Генерального прокурора США Род Розенштайн видав наказ про призначення колишнього директора ФБР Роберта Мюллера Спеціальним прокурором (Special Counsel) (тимчасова слідча посада з особливими повноваженнями у межах структури Генеральної прокуратури) для проведення спеціального розслідування у справі про втручання РФ у вибори США 2016 р. 22 місяці потому, 22 березня 2019 р. комісія Мюллера подала докладний (448 сторінок) Звіт про результати розслідування (далі – Звіт). Повний текст Звіту, оприлюдненого 18 квітня 2019 р., англійською мовою з необхідними редагуваннями, здійсненими з метою захисту прав окремих осіб та інтересів розслідувань, що продовжуються, можна знайти на сайті Міністерства юстиції США (<https://www.justice.gov/storage/report.pdf>).

29 травня 2019 р. Роберт Мюллер виступив перед журналістами із стислою публічною доповіддю про результати проведеного розслідування. А 24 липня колишній спеціальний прокурор дав свідчення членам Комітету з питань правосуддя та Комітету з питань розвідки Палати представників Конгресу США щодо змісту свого розслідування та складеного за його результатами Звіту. Під час обох виступів правник ще раз підкреслив переконаність своїх колег у правильності ключових висновків, зроблених під час майже дворічного розслідування. Наразі неабиякий резонанс в американському суспільстві навколо звіту Мюллера, його поточних та прогнозованих наслідків для Президента США, політичних процесів у Вашингтоні та врешті-решт кожного американця не вщухає. Це дає серйозний привід деяким коментаторам спекулювати на тему того, що «справа Трампа» триватиме ще не один місяць, можливо, не один рік, привертаючи до себе постійну увагу мільйонів глядачів і читачів ЗМІ в США та всьому світі.

Одразу хочеться висловити особисте враження від Звіту як багато в чому унікального документа: він сприймається без перебільшення як захоплюючий політичний трилер із вдало інтегрованими елементами глибокого юридичного аналізу та органічним висвітленням морального клімату у владних колах США. Кожна прочитана сторінка якісного, відшліфованого тексту спонукає ознайомитись з наступною.

Відповідно до § 600.4(a) Кодексу федеральних правил (англ. – Code of Federal Regulations; комплекс федеральних норм адміністративного характеру) офіційні повноваження Спеціального прокурора визначаються Генеральним прокурором США. У цій нормі також передбачено, що перед Спеціальним прокурором повинно бути поставлене конкретне питання, яке потребує розслідування (перевірки). Повноваження Спеціального прокурора охоплюють і кримінальне переслідування тих федеральних злочинів, які були вчинені під час та з метою перешкоджання його офіційній діяльності, зокрема таких, як завідомо неправдиві свідчення, перешкоджання правосуддю, знищення доказів і вплив на свідків.

Звіт Мюллера складається з двох томів. У томі I дається змістовний юридичний аналіз питання про можливе втручання РФ у президентські виборчі перегони в США. Мюллер дав ствердну відповідь на це питання. Конкретні форми і способи реалізації відповідного плану докладно описані в Звіті. Головний же висновок полягає в тому, що зовнішнє втручання у виборчий процес з боку РФ мало місце, і воно істотно вплинуло на політичні погляди та поведінку частини американських

⁴⁴ Стаття написана у співавторстві з Д.В. Каменським та опублікована: Юридичний вісник України. 9–15 серпня 2019 р. № 32; 16–22 серпня 2019 р. № 33.

виборців, а отже, на остаточні результати президентських виборів 2016 р. Серед іншого, команда Спеціального прокурора встановила численні зв'язки між представниками виборчого штабу Трампа та особами, пов'язаними з російським керівництвом. Такі зв'язки включали пропозиції росіян допомогти кампанії в той чи інший спосіб. У деяких випадках штаб Трампа погодився на ці пропозиції, в інших відмовився від зовнішньої допомоги. Водночас за результатами розслідування не було встановлено, що виборча кампанія Трампа координувала або безпосередньо вступила у змову з урядом РФ у частині впливу (втручання) на виборчий процес (с. 173 тому I Звіту).

У томі II Звіту наводиться докладний опис подій, пов'язаних із численними спробами Президента Трампа вплинути на своїх підлеглих та інших осіб із метою зняти з себе будь-які підозри в змові з РФ під час виборчої кампанії 2016 р.

Зробимо застереження: ми в жодному разі не ставили за мету зануритись у політичні хитросплетіння ситуації, пов'язаної з виборами 2016 р., та їхніми наслідками. Політичні інтриги та суспільний резонанс навколо цих подій регулярно висвітлюються ЗМІ, зокрема вітчизняними. Натомість ми, прагнучи висвітлити суто юридичний бік теми, розглянемо питання порушення окремих кримінально-правових заборон та можливості їхнього застосування за результатами проведеного Мюллером розслідування.

Досліджувана кримінально-правова матерія та особливості фактичних обставин, які піддавались юридичному аналізу. Крім згаданої на початку статті заборони, присвяченої перешкоджанню правосуддю, іншими трьома кримінально-правовими нормами, що фігурували в розслідуванні Мюллера, були такі:

1) спроба корупційним шляхом або шляхом застосування погрози чи сили, або шляхом використання будь-якого погрозливого листа чи повідомлення вплинути, залякати або перешкодити присяжному чи офіцеру, чи будь-якому суду Сполучених Штатів, чи офіцеру, який може виступити перед будь-яким суддею магістрату Сполучених Штатів або іншим магістратом, який виконує свої обов'язки, під час виконання свого обов'язку (§ 1503 КК США);

2) спроба корупційним шляхом або шляхом застосування погрози чи сили, або шляхом використання будь-якого погрозливого листа або повідомлення вплинути чи перешкодити належному виконанню вимог закону, на підставі якого здійснюється провадження у будь-якому департаменті чи агентстві Сполучених Штатів, або вплинути чи перешкодити належному здійсненню розслідування чи запиту з боку будь-якої Палати Конгресу чи будь-якого комітету будь-якої Палати чи будь-яким спільним комітетом Конгресу (§ 1505 КК США);

3) свідоме використання залякування, погрози, обману або корупційного впливу на іншу особу з метою: а) вплинути, затримати або запобігти свідченню будь-якої особи в офіційному провадженні; б) викликати або спонукати будь-яку особу відмовитись від свідчень або вилучити запис, документ чи інший об'єкт з офіційного провадження, змінити, знищити, спотворити або приховати об'єкт з метою знизити цілісність або доступність об'єкта для використання в офіційному провадженні; в) ухилитися від виконання умов юридичного провадження, яке вимагає від особи як свідка з'явитись, або пред'явити запис, документ чи інший об'єкт в офіційному провадженні; г) бути відсутнім в процесі, до якого така особа залучена (викликана) в установленому порядку; або г) перешкоджати, затримувати або заважати повідомленню правоохоронному органу чи судді Сполучених Штатів інформації, яка стосується ймовірного вчинення федерального злочину.

Привертає до себе увагу та обставина, що поняття «перешкоджання правосуддю» є системоутворювальним: воно характеризує посягання на встановлений законом порядок діяльності не лише судових, а й загалом правоохоронних органів, а також на законну діяльність органів федеральної влади (на правильність такого тлумачення вказує, зокрема посилання на провадження у будь-якому департаменті чи агентстві Сполучених Штатів у § 1505 і на будь-яке офіційне провадження в § 1512 КК США).

Трьома обов'язковими елементами, які утворюють загальний та спеціальні склади кримінально караного перешкоджання правосуддю, виступають: 1) акт поведінки, що утворює перешкоджання; 2) зв'язок такого акту з відповідним офіційним провадженням чи розслідуванням; 3) злочинний намір (тобто умисел). Відповідно, аналітичний блок Звіту значною мірою побудований на

зіставленні установлених слідством фактичних обставин із зазначеними елементами федеральних злочинів.

Звіт Мюллера буквально «рясніє» посиланнями на судові прецеденти, які інтерпретують певні аспекти відповідних кримінально-правових заборон. Такий підхід є звичним для держави загального права; причому він властивий як судовим рішенням, так й іншим правозастосовним актам.

Наприклад, у справі *United States v. Silverman* (1984 р.) апеляційний суд одинадцятого округу зазначив, що поняття перешкоджання правосуддю, підлягаючи поширювальному тлумаченню, охоплює будь-які прояви корумпованої поведінки, здатні, незважаючи на конкретні форми та методи реалізації, порушити (негативно вплинути на) нормальний порядок здійснення правосуддя в будь-яких його проявах. Аналогічної інтерпретації набуває ключове для застосування розглядуваних заборон поняття «корупційним шляхом»: свідомо та нечесно чи з низької мотивації; неправильно, аморально, шкідливо; реалізація злочинної мети отримати незаконну перевагу для себе чи іншої особи, якщо така перевага несумісна з офіційним статусом чи правами інших осіб.

Важливо вказати і на те, що § 1503 КК США оперує терміном «прагне» (англ. – endeavors) для позначення альтернативної форми злочинної поведінки. Поняття «прагнення» є змістовно ширшим за поняття «спроба» (англ. – attempt). Як зазначив федеральний апеляційний суд у справі *United States v. Davis* (2017 р.), злочинне перешкоджання правосуддю є закінченим з моменту, коли особа намагалась перешкодити чи вплинути на належний порядок здійснення правосуддя; при цьому від обвинувачення не вимагається доводити, що дії особи фактично призвели до порушення порядку здійснення правосуддя.

Кінцевою метою комплексного юридичного аналізу, поданого на сторінках Звіту, був пошук відповіді на питання, чи перешкоджав Президент Трамп офіційному розслідуванню щодо ймовірного втручання РФ у президентські вибори 2016 р. в США. Відповідь, як буде зазначено нижче, виявилась несподівано неоднозначною.

Деяко нестандартною особливістю висвітлюваного розслідування стало те, що фактичними обставинами, на яких ґрунтувався аналіз на предмет порушення кримінально-правових заборон, присвячених втручання в правосуддя, виступили здебільшого дані з відкритих джерел: повідомлення у соціальній мережі мікроблогів «Twitter» кандидата та згодом Президента Трампа, його інтерв'ю та інтерв'ю членів його команди агентствам новин та інтернет-виданням, аналітичні публікації у друкованих ЗМІ тощо. Ці джерела інформації сукупно становили до двох третин доказової бази, на яких ґрунтувалось розслідування.

Конкретно команда помічників Спеціального прокурора збрала та піддала аналізу докази про декілька подій, пов'язаних з імовірним порушенням федеральних заборон щодо втручання в правосуддя, участь в яких брав особисто Президент:

1) приватна вечеря Дональда Трампа 27 січня 2017 р. з колишнім директором ФБР Джеймсом Комі, під час якої Президент запитав Комі про його персональну лояльність через день після того, як Міністерство юстиції повідомило Білий Дім про зміст контактів між колишнім радником з питань національної безпеки Майклом Флінном і послом РФ, які заперечувались американцем;

2) особиста зустріч Президента 14 лютого 2017 р. із Джеймсом Комі, під час якої Президент попросив Комі не здійснювати кримінальне розслідування щодо звільненого радника з питань національної оборони Майкла Флінна;

3) особисті звернення Президента до Джеймса Комі з вимогою публічно повідомити про те, що Президент не був у статусі підозрюваного в розслідуванні ФБР і, відповідно, «зняти» з Президента, за його власним висловлюванням, «хмару» підозри та суспільної недовіри;

4) звернення Президента до директорів Національного розвідувального управління, Агентства національної безпеки та ЦРУ стосовно здійснюваного ФБР розслідування у справі про втручання РФ у президентські вибори 2016 р.;

5) обґрунтування Президентом причин звільнення директора ФБР Джеймса Комі 9 травня 2017 р., включаючи заяви, які можна інтерпретувати як підтвердження того, що розслідування ФБР втручання РФ у вибори стало однією з причин звільнення;

б) ймовірна участь Президента у створенні публічного повідомлення про зустріч 9 червня 2016 р. у бізнес-центрі «Trump Tower» в м. Нью-Йорк між російськими представниками та ключовими представниками виборчого штабу Трампа, під час якої, відповідно до заяви, йшлося виключно про перспективи усиновлення російських дітей американцями (інше, не пов'язане з виборами, актуальне питання зовнішньої політики між США та РФ), хоч насправді під час зустрічі росіяни запропонували передати інформацію, що дискредитувала кандидата від Демократичної партії Гіллари Клінтон.

Звільнення Президентом США директора ФБР як один з епізодів ймовірного втручання очільника держави в офіційне розслідування: кримінально-правові аспекти. Всі шість перерахованих епізодів ймовірного порушення федеральних заборон щодо втручання в правосуддя, участь у яких брав особисто Президент Трамп, докладно висвітлені та піддані кримінально-правовому аналізу в Звіті. Для прикладу зупинимось на одному з них – на звільненні директора ФБР Джеймса Комі (с. 74–77, том II Звіту). При цьому (так само, як і щодо п'яти інших епізодів) професійний інтерес викликає послідовний аналіз трьох згаданих вище обов'язкових елементів, які сукупно утворюють злочинне перешкодження правосуддю.

1. *Акт поведінки (діяння), що утворює втручання.* У Звіті зазначено, що звільнення Президентом директора ФБР Комі фактично відсторонило уповноважену особу високого рангу, яка контролювала розслідування ФБР стосовно втручання РФ у вибори 2016 р. Президенту було відомо про напрям цього розслідування та особисту роль Комі в ньому. На думку Спеціального прокурора, звільнення Комі повинно було б кваліфікуватись як акт втручання в офіційне розслідування в тому разі, якщо такий акт вольової поведінки мав би своїм очікуваним (прогнозованим) результатом втручання або перешкодження офіційному розслідуванню (наприклад, якщо звільнення мало б своїм наслідком істотну затримку або порушення розслідування, або надання Президенту можливості призначити нового директора ФБР, який обрав би інший підхід до здійснення розслідування, який Президент сприйняв би як більш вдалий для захисту своїх особистих інтересів). Відповідні обставини, пов'язані з цим ключовим аспектом, включають питання, чи могли дії Президента перешкодити директору-наступнику або іншим працівникам правоохоронних органів у проведенні відповідного розслідування. Президент раптово звільнив Джеймса Комі, не надавши йому можливість власноруч подати у відставку, заборонив йому доступ у штаб-квартиру ФБР і критикував його публічно, називаючи «показушником», і стверджуючи, що під його керівництвом ФБР діяло в режимі хаосу. Після звільнення Комі Президент також оприлюднив серію публічних заяв, які гостро критикували розслідування. Наприклад, через три дні після звільнення Комі Президент назвав розслідування «полюванням на відьом» і запитав: «Коли ж це скінчиться?» Ці дії в своїй сукупності, зазначив Мюллер, мали потенційну можливість вплинути на розслідування, продовжене вже наступним директором ФБР.

Водночас, як визнав Спеціальний прокурор у своєму аналізі подій, що супроводжували звільнення, очікуваний ефект від усунення директора ФБР не обов'язково означав перешкодження ФБР продовжувати розслідування. Адже розслідування Бюро, як правило, здійснюються під оперативним керівництвом агентів значно нижчого управлінського рівня, ніж директор чи його заступники. Білий Дім наступного дня після звільнення Джеймса Комі оприлюднив заяву для преси, в якій було зазначено, що розслідування триватиме, незважаючи на цю подію. Розслідуванням також було встановлено, що радники Трампа попереджали Президента про те, що він може звільнити директора ФБР, однак не може «звільнити» саме Бюро як правоохоронний орган. Більше того: у своєму інтерв'ю 11 травня 2017 р. на каналі «NBC» Президент заявив, що він цілком усвідомлював, коли ухвалював рішення звільнити Комі, що цей наказ може ускладнити та затягнути розслідування, тобто не заперечував проти його продовження.

2. *Зв'язок з офіційним провадженням (розслідуванням).* Такий зв'язок був би наявним у випадку, якщо засідання Великого журі (колегія присяжних засідателів, яка визначає обґрунтованість і доцільність пред'явлення особі офіційних звинувачень) чи кримінальне переслідування, яке стало результатом проведеного ФБР розслідування, було об'єктивно передбачуваним і фактично передбачалось Президентом під час звільнення Джеймса Комі. Декілька фактів могли, на думку Спеціального прокурора, свідчити на користь такого висновку. Так, на момент звільнення Комі Велике журі ще не почало досліджувати докази, пов'язані з «російським» розслідуванням,

і жодної повістки видано не було. Однак 20 березня 2017 р. Комі оголосив, що ФБР розслідує втручання РФ у вибори, включаючи з'ясування того, чи були при цьому вчинені федеральні злочини. Також було відомо, що ФБР як частину справи розслідувало хакерські атаки на комп'ютери та сервери Національного комітету Демократичної партії США, що є загальноновизнаним порушенням кримінального закону. Тобто будь-яка зацікавлена особа, включаючи Президента США, могла усвідомлювати, що здійснювана ФБР перевірка мала всі шанси перерости в повноцінне кримінальне розслідування.

3. *Злочинний намір (умисел)*. Цей елемент став одним із найскладніших для встановлення: представники команди Спеціального прокурора так і не змогли остаточно визначити, якими мотивами керувався та які цілі переслідував Президент, коли здійснював звільнення директора ФБР. Так, значна кількість зібраних доказів свідчила про те, що каталізатором рішення Президента було гостре небажання директора ФБР публічно заявити про те, що особисто Президент не перебував під слідством, незважаючи на неодноразові прохання Трампа публічно висловити таке застереження (як з'ясувалось згодом, уже після призначення Спеціального прокурора, Дональд Трамп безпосередньо був одним із фігурантів розслідування (а саме підозрюваним) фактично із самого початку). Зокрема, за тиждень до звіту директора ФБР перед комітетом Сенату США з питань правосуддя, запланованого на 3 травня 2017 р., Президент повідомив головному юридичному раднику Білого Дому про те, що у разі, якщо Джеймс Комі нарешті публічно не заявить, що розслідування не стосується Президента особисто, це стане останньою краплею. Трамп неодноразово скаржився своїм підлеглим на те, що розслідування ФБР і «нависання хмари» підозри безпосередньо над Президентом шкодить його іміджу, іміджу США та істотно заважає вибудовувати зовнішні політичні відносини з іншими країнами, включаючи РФ. Під час комітетських слухань 3 травня 2017 р. Джеймс Комі відмовився відповідати на питання, чи є особисто Президент США фігурантом розслідування. Така відмова обурила Президента. Показово, що ще під час приватної вечері 27 січня 2019 р. Трамп безпосередньо вимагав від директора ФБР персональної лояльності, однак той запевнив Президента в тому, що він може розраховувати лише на чесність і порядність з його боку. Врешті-решт офіс Спеціального прокурора так і не зміг обґрунтовано визначити головну причину звільнення директора ФБР, пославшись на те, що зібрані докази не давали цілісної картини про те, чи були мотиви господаря Білого Дому винятково особистими, політичними або комбінованими.

Відповіді американського Президента та «український слід» у них. Починаючи з грудня 2017 р. офіс Спеціального прокурора більше року намагався отримати згоду від Президента дати усні свідчення у справі. При цьому персональному адвокату Президента повідомили, що усне інтерв'ю є життєво необхідним для розслідування, а також, що очільник держави є особою, чия поведінка охоплюється здійснюваним Великим журі розслідуванням. Однак Президент не погодився на усне інтерв'ю. Тому йому були надіслані письмові запитання, які стосувались конкретних обставин у межах розслідуваної діяльності, відповіді на які були отримані наприкінці листопада 2018 р. Після ознайомлення з відповідями команда Роберта Мюллера зробила висновок про їхню неконкретизованість, неоднозначність, а в деяких випадках – відверту прогальність. Зокрема, у понад тридцяти відповідях Президент зазначив, що він не пригадує чи не пам'ятає події минулого; чимало інших відповідей були неповними або неточними. Коли ж Спеціальний прокурор знову звернувся до Президента через його адвоката з проханням провести усне інтерв'ю лише в межах змісту неточних (неповних) відповідей, він знову отримав відмову.

Визнаючи той факт, що надані Президентом письмові відповіді були неповними, і те, що він добровільно не погодиться надати усні свідчення, Спеціальний прокурор розглянув питання про можливість вручення голові держави повістки з метою примусити дати усні відповіді. Однак зіставивши, з одного боку, перспективу тривалого конституційного процесу навколо складного (і наразі безпрецедентного) питання про можливість примусового виклику Президента для давання усних свідчень та, з іншого, значний прогрес розслідування на підставі вже зібраних доказів, Роберт Мюллер вирішив, що в інтересах розслідування входить в конституційний «клінч» з очільником держави немає сенсу.

Цікаво, що окремі письмово сформульовані відповіді Президента США стосувались подій в Україні, зокрема через діяльність колишнього керівника виборчої кампанії Трампа Пола Манафорта. Так, Президент написав, що: 1) був обізнаний про те, що Пол Манафорт здійснював міжнародну консультативну роботу, і за деякий час до виходу Манафорта з кампанії дізнався про те, що той якимось чином пов'язаний з окремими особами в Україні, однак не пам'ятав специфіки того, що саме знав на той момент часу; 2) не знав про те, що Пол Манафорт пропонував російському громадянину Олегу Деріпасці проміжні звіти про хід кампанії Трампа; 3) не пригадував, щоб Манафорт або хтось інший, пов'язаний із виборчою кампанією Трампа, надсилав або наказував іншим особам надсилати внутрішню інформацію про перебіг виборчої кампанії Трампа будь-кому в Україні чи Росії; 4) не пригадував, щоб Пол Манафорт повідомляв йому якісь особливі позиції, на підтримку яких з боку Сполучених Штатів розраховувала Україна чи РФ.

Висновки Спеціального прокурора. Як зазначено в резолютивній частині Звіту, три аспекти розслідування надають йому особливий статус і значення порівняно з «традиційними» кримінальними провадженнями у справах про втручання в правосуддя.

По-перше, розслідування стосувалось дій не будь-якої особи, а суб'єкта з особливим статусом – Президента США. Деякі з цих дій не стосувались реалізації Президентом конституційних повноважень, а отже, мали піддаватись юридичній оцінці в контексті можливого втручання в правосуддя. Водночас інші дії впливали з виконання Президентом положень статті II Конституції США (делегує Президенту повноваження голови виконавчої влади), що ставить низку складних конституційних питань. Аналіз цієї поведінки має враховувати те, що дії Президента були формально законними, і що його статус голови виконавчої гілки влади надає йому унікальні та потужні засоби впливу на юридично значущу поведінку підлеглих чиновників і потенційних свідків.

По-друге, предикатна поведінка у справах про перешкоджання правосуддю, як правило, свідчить на користь того, що особа мала злочинну мету перешкоджання, однак встановлення такої поведінки не є обов'язковим для констатації порушення кримінально-правової заборони. Перешкоджання правосуддю може бути зумовлено прагненням захищати некримінальні особисті інтереси, причому захищати їх від розслідувань у випадках, коли підстави кримінальної відповідальності перебувають у так званій сірій зоні правомірності поведінки особи; також перешкоджання може бути спрямоване на уникнення особистих репутаційних (іміджевих) втрат. При цьому вплив особи на вихідні засади системи правосуддя є однаково негативним і шкідливим незалежно від того, чи саме та особа, яка перешкоджає правосуддю, чи будь-яка інша особа вчинила предикатне кримінально каране правопорушення.

Зібрані докази не свідчили про те, що Президент безпосередньо брав будь-яку участь у вчиненні злочину, пов'язаного з втручанням РФ у вибори. Водночас сформована доказова база вказує на низку інших ймовірних особистих мотивів, які обумовили відповідну поведінку Президента. Це, зокрема занепокоєння Президента тим, що подальше розслідування поставить під сумнів легітимність його обрання на посаду з огляду на деякі пов'язані з ним особисто події на кшталт анонсування витoku чутливої внутрішньої інформації про виборчу діяльність штабу Гіллари Клінтон або про двосторонню зустріч ключових представників кампанії Трампа з росіянами 9 червня 2016 р. Із погляду особисто Президента, представників його виборчої кампанії чи його родини ці та деякі інші епізоди могли розцінюватись як конкретні прояви кримінально караного поведінки.

По-третє, чимало актів поведінки Президента, спрямованих на дійсних і потенційних свідків, включаючи заклики відмовитись від співпраці зі слідством та пропозиції щодо можливого помилування, мали місце в громадській площині, через публічні канали масової комунікації. З одного боку, складніше встановити, що публічні меседжі, оприлюднені у відкритих джерелах та орієнтовані на широку громадськість, були мотивовані корумпованими спонуканнями. З іншого, здатність Президента впливати на осіб та події істотно посилюється внаслідок його унікальних, обумовлених посадою можливостей привертати увагу суспільства за допомогою ЗМІ. При цьому жоден із діючих принципів права не виключає публічні акти зі сфери застосування кримінально-правових заборон щодо перешкоджання правосуддю. Якщо ймовірний ефект від таких публічних актів полягає в залякуванні свідків або в спонуканні змінити їхні свідчення, то цілісність системи кримінального правосуддя зазнає негативного впливу.

Розслідування Мюллера виявило численні факти поведінки Президента, які свідчили про реалізацію Президентом надмірного впливу (якщо не відвертого тиску) на хід розслідування правоохоронних органів, включаючи розслідування втручання РФ у вибори та пов'язаного з цим втручання в процес розслідування. Відповідні інциденти регулярно мали місце шляхом зустрічі віч-на-віч, в яких Президент прагнув використати владні повноваження поза звичайними офіційними каналами комунікації. Ці дії варіювались від зусиль, спрямованих на усунення Спеціального прокурора і скасування рішення Генерального прокурора про самоусунення від спеціального розслідування, до спроби використання офіційної влади для зменшення обсягу розслідування, а також до прямих і непрямих контактів зі свідками, які могли істотно впливати на зміст та обсяг наданих ним свідчень. Зусилля Президента щодо впливу на розслідування були здебільшого невдалими головним чином через те, що особи з оточення Президента у більшості випадків відмовились виконувати його накази або приєднатись до висловлених ним позицій, – всі ці факти ретельно описані в Звіті.

Поведінку Президента можна умовно розділити на дві окремі фази, які відображають ймовірну зміну її мотивації. На першому етапі, до того моменту, як Президент звільнив директора ФБР Комі, Трамп був упевнений у тому, що ФБР не здійснювало розслідування щодо нього особисто. Президент вважав критично важливим оприлюднити інформацію про те, що він не перебував під слідством, і навіть включив цю інформацію у текст свого наказу про звільнення директора ФБР після того, як інші спроби оприлюднити цю інформацію були вичерпані.

Згодом, уже після звільнення Комі, Президент усвідомив, що слідчі проводять розслідування щодо нього персонально на предмет вчинення ним перешкоджання правосуддю. Ця обізнаність ознаменувала зміну в поведінці Президента. Реагуючи на нові загрози, Трамп ініціював публічні «атаки» як на саме розслідування, так і персонально на осіб, причетних до нього, які могли розкрити відомості, несприятливі для Президента. Зокрема, у приватному порядку Президент вжив низку зусиль, спрямованих на контроль за розслідуванням. Так, він: намагався усунути Спеціального прокурора; наполягав на тому, щоб Генеральний прокурор скасував власне рішення про самоусунення від розслідування та істотно обмежив обсяг розслідування; прагнув запобігти публічному оприлюдненню інформації про зустріч між росіянами та представниками свого виборчого штабу 9 червня 2016 р.; використовував медіа-канали для атак на потенційних свідків, які могли повідомити негативну інформацію, і для підтримки тих свідків, які відмовилися співпрацювати з урядом. Отже, резюмував Роберт Мюллер, конкретні висновки про мотивацію поведінки Президента на кожному етапі розслідування втручання РФ у вибори мають бути сформульовані лише після проведення системного аналізу всієї сукупності зібраних доказів.

У загальних висновках до тому II Звіту зазначено таке: оскільки офіс Спеціального прокурора вирішив не складати традиційний обвинувальний висновок у справі, уповноважені особи не висловили у Звіті остаточні висновки про юридичну (кримінально-правову) оцінку поведінки Президента. Аналіз доказів, отриманих під час розслідування дій Президента, ставить низку складних питань, які вимагатимуть розв'язання у випадку ухвалення традиційного прокурорського рішення про пред'явлення та підтримання обвинувачення. Водночас, зауважив Спеціальний прокурор, якщо після ретельного розслідування всіх установлених обставин він був би впевнений у тому, що Президент не вчинив втручання в правосуддя, то він би прямо про це зазначив. Натомість, вказав Мюллер, виходячи з фактів і релевантних правових стандартів, він не зробив такий однозначний висновок. Відповідно, хоч у Звіті і не був сформульований висновок про те, що Президент вчинив злочин, Звіт і не виправдав його.

Ось такий украй нетиповий фінал спеціального прокурорського розслідування діяльності Президента США щодо його втручання в хід іншого розслідування – про втручання РФ у президентські перегони 2016 р.

Інтрига зберігається. У зв'язку з викладеним вважаємо за доцільне привернути увагу ще до одного документа, положення якого поширювались на здійснюване Мюллером розслідування, – це аналітичний меморандум відділу юридичного прокурора Міністерства юстиції США від 16 жовтня 2000 р., присвячений аналізу питання про можливість пред'явлення обвинувачення та здійснення кримінального переслідування чинного Президента (https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/2000/10/31/op-olc-v024-p0222_0.pdf). Аналогічний за змістом меморан-

дум був складений ще в 1973 р. у зв'язку із сумнозвісним Уотергейтським скандалом і, зокрема втручанням Президента Ніксона в хід відповідного офіційного розслідування. Тоді юристи за результатами комплексного аналізу положень Конституції та судових прецедентів зробили висновок про те, що пред'явлення обвинувачення чи кримінальне переслідування Президента неприпустимо підриватиме повноваження виконавчої влади, яку уособлює Президент, в частині реалізації передбачених Конституцією функцій. Цей висновок був підтриманий у згаданому меморандумі 2000 р., в якому зазначено таке: хоч порушені питання не були предметом безпосереднього розгляду судами, правозастосовні позиції, які вплинули на результати аналізу в попередньому меморандумі, залишаються актуальними, а отже, підтверджують раніше сформульовані висновки.

Таким чином, колективна позиція федеральної прокуратури США на сьогодні залишається незмінною: чинний Президент має конституційний імунітет від обвинувачення та подальшого кримінального переслідування; єдиним передбаченим Конституцією способом притягнення Президента до кримінальної відповідальності за вчинені ним злочини є попереднє відсторонення його від посади голови держави в порядку імпічменту.

Відповідно до розділу 4 ст. II Конституції США Президент, Віце-президент та всі вищі державні службовці Сполучених Штатів усуваються з посади в разі імпічменту та засудження за державну зраду, хабарництво та інші тяжкі злочини і місдмінори. Розділ 3 ст. I Конституції США передбачає, що Сенат має виключне право розглядати справи про імпічмент. У разі розгляду справи про імпічмент Президента засіданнями керує голова Верховного Суду США. При цьому для ухвалення рішення про зняття з посади необхідно зібрати не менше двох третин голосів присутніх сенаторів. Рішення у справах про імпічмент не може передбачати більш суворі наслідки, ніж звільнення з посади і позбавлення права обіймати в подальшому будь-яку посаду «честі, довіри або доходу» у Сполучених Штатах: при цьому засуджена в порядку імпічменту особа далі підлягатиме юридичній відповідальності і піддана обвинуваченню, суду, вироку і покаранню на підставі закону.

Як бачимо, американська Конституція містить чітку «дорожню карту» на випадок надзвичайної правової ситуації під назвою «імпічмент».

Стосовно ймовірності здійснення процедури імпічменту Президента Дональда Трампа, то розмови з приводу такої перспективи лунають із самого початку розслідування Мюллера. Наразі (за наявності в оприлюдненому Звіті продемонстрованого елементу правової невизначеності) щодо перспектив кримінального переслідування чинного Президента можна робити хіба що прогнози. Хай цим займаються політологи. Тим більше, що це справа невдячна за умови надзвичайно високого рівня заполітизованості історії зі спеціальним розслідуванням Мюллера і жорсткої поляризації американського суспільства з питання про президентство Дональда Трампа.

Наостанок наведемо ключову фразу Мюллера про те, що захист системи кримінальної юстиції від корупційних дій будь-якої особи, включаючи Президента, узгоджується з фундаментальним принципом американського уряду: жоден у цій країні не є над законом. Наразі американські реалії, зокрема майже дворічне спеціальне розслідування і Звіт, в якому відображені його результати, демонструють громадянам цієї держави та й усьому світу, що це не порожні слова.

За всю історію існування США процедура імпічменту Президента (на відміну, наприклад, від імпічменту федеральних суддів) не порушувалась жодного разу. Вочевидь, на кожен прецедент свій час.

ВІДГУКИ ОПОНЕНТА (ВИТЯГИ), РЕЦЕНЗІЇ

**Відгук на дисертацію⁴⁵ І.М. Ясінь
«Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за
законодавством України»⁴⁶**

Останнім часом увага вітчизняних правників прикута до приписів антикорупційного законодавства, чимало з яких піддається жорсткій і, як не прикро це констатувати, справедливій критиці. Однією з новел, дуже неоднозначно сприйнятих фахівцями і суспільством загалом, є ст. 368-2 Кримінального кодексу України (далі – КК) «Незаконне збагачення», щодо змісту, значення і перспектив якої нерідко висловлюються діаметрально протилежні судження. Яскравим і черговим свідченням складності вказаної кримінально-правової матерії стала поява такого документа, як Конституційне подання щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України, з яким у грудні 2017 р. до Конституційного Суду України звернулася група народних депутатів України. Не припиняється і відповідна законотворча робота.

Погляди офіційного опонента на кримінально-правову заборону, якій присвячено дисертаційне дослідження І.М. Ясінь, не залишались незмінними і піддавались еволюції – від характеристики норми про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення як сумнівної законодавчої новели до поступового усвідомлення її потрібності для більш ефективної протидії корупції в сучасних умовах і вироблення розрахованих передусім на практиків рекомендацій щодо її застосування. Хочеться вірити, що «гіркі ліки» допоможуть і що виважене (без ухилів) застосування ст. 368-2 КК, не маючи нічого спільного з «полюванням на відьом» із політичним підтекстом, врешті-решт сприятиме зниженню рівня корумпованості українського суспільства.

Осмилення кримінально-правових аспектів незаконного збагачення серйозно ускладнюється відсутністю чітких правозастосовних орієнтирів, оскільки вироблені свого часу Верховним Судом України правові позиції ґрунтувались на попередніх редакціях ст. 368-2 КК, а тому мають переважно історичне значення. Чинна ж редакція цієї статті сформульована з відступом від принципу правової визначеності, у зв'язку з чим використання різних способів і методів її тлумачення дозволяє отримувати суперечливі висновки, а це значною мірою перешкоджає з'ясуванню теоретиками і практикаками істинних змісту і призначення зазначеної кримінально-правової заборони.

Не буде зайвим сказати і про те, що тлумачення і застосування ст. 368-2 КК безпосередньо стосується такої надзвичайно складної юридичної проблеми, як допустимість обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина заради досягнення суспільно корисних цілей.

Зауваження.

1. Дисертантка слушно привертає увагу до проблеми кримінально-правової оцінки поведінки «колишніх функціонерів» – осіб, які під час виконання ними функцій держави або місцевого самоврядування незаконно збагатилися, але змогли це приховати. Стверджується, що «перешкодою для притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які після припинення виконання функцій держави або місцевого самоврядування, явно володіють активами, незаконно набутими під час здійснення такої діяльності, є законодавче формулювання ознак спеціального суб'єкта СЗ, передбаченого ст. 368² ККУ, як ОУВФДМС...» (с. 84). І далі: «... особу, про очевидність невідповідності вартості активів та способу життя офіційним доходам якої стало відомо вже після припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, не можливо притягнути до кримінальної відповідальності за НЗ у зв'язку з тим, що така особа не визнається суб'єктом відповідного СЗ» (с. 101–102).

Мені складно погодитися з наведеними висловлюваннями. Якщо особа, яка вже не виконує функції держави або місцевого самоврядування, придбаває активи або в інший спосіб демон-

⁴⁵ Тут і далі, якщо не зроблено застереження, йдеться про кандидатські дисертації і дисертації, подані на здобуття ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право».

⁴⁶ Захист відбувся у Львівському державному університеті внутрішніх справ 16 лютого 2018 р.

струє різке покращення свого майнового становища, то це означає наявність у неї грошових коштів чи іншого майна, які могли бути набуті нею тоді, коли вона мала статус спеціального суб'єкта аналізованого злочину, а отже, перешкод для кваліфікації вчиненого за ст. 368-2 КК немає – зрозуміло, за наявності всіх ознак передбаченого нею складу злочину. Труднощі, пов'язані з доказуванням незаконного збагачення, у такій ситуації очевидні, і в цьому сенсі дисертант цілком має рацію (с. 84). Повторюю, однак, що саме кримінально-правових перешкод для інкримінування ст. 368-2 КК тут не вбачається. Отже, навряд чи потрібно змінювати цю статтю саме для подолання нібито існуючої прогалини та уможливлення реалізації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення «колишніх функціонерів».

Конструктивність пропозиції І.М. Ясінь поліпшити описання складу злочину «незаконне збагачення» за рахунок вказівки на зв'язок набуття активів із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування (с. 11, 85–88, 126, 212), на перший погляд, вбачається в закріпленні корупційного характеру злочину, передбаченого ст. 368-2 КК. Адже наразі про такий характер можна лише здогадуватись, виходячи із законодавчої вказівки на суб'єкта незаконного збагачення та історії появи і трансформації цієї кримінально-правової заборони, нерозривно пов'язаної з імплементацією ст. 20 Конвенції ООН проти корупції. Водночас постає питання, чи не призведе необхідність встановлення такого зв'язку у кожному випадку застосування норми про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення до того, що ця «ледь жива», за образним висловлюванням І.М. Ясінь, норма перетвориться на «мертву»?

2. Дисертант послідовно наполягає на зменшенні значного розміру активів як предмета незаконного збагачення з 1 тис. НМДГ до 500 НМДГ (с. 71–76, 119). Мені імпонує переконаність Ілони Миколаївни у правильності своєї позиції, яка, на відміну від подібної ідеї О.І. Гузоватого (першість тут – за І.М. Ясінь), знайшла в рецензованій дисертації доволі розгорнуте обґрунтування. І все ж вважаю зазначену пропозицію несвоєчасною (її реалізація призведе до посилення й так жорсткої критики на адресу кримінально-правової заборони, присвяченої незаконному збагаченню) і такою, що не бере до уваги: а) призначення ст. 368-2 КК як заборони, що розрахована не на конкретне корупційне зловживання (на кшталт одержання неправомірної вигоди) та уособлює завершальний рубіж кримінально-правової протидії корупції; б) обмеженість ресурсів правоохоронних органів і доцільність зосередження їхніх зусиль на тих фактах незаконного збагачення, які мають значний суспільний резонанс. Обстоювана здобувачкою презумпція того, що саме і тільки корупційна поведінка є джерелом походження активів як предмета незаконного збагачення, є зрозумілою і водночас змушує зробити застереження, пов'язане з існуванням такого феномену, як тіньова економіка, учасниками якої, з огляду на її масштабність у сьогоденній Україні, не можуть не бути й особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

До речі, при обґрунтуванні розглядуваної пропозиції авторка допускає неточність, говорячи про мінімальний кримінально караний розмір передбаченого ст. 368 КК одержання неправомірної вигоди (с. 73, 74): чинна редакція цієї статті такого мінімуму не встановлює.

3. Положення ч. 1 ст. 368-2 КК про непідтвердження доказами законності підстав набуття відповідною особою активів у власність є громіздким, складним для сприйняття і, як відомо, викликає чи не найбільше дискусій. Висловлювання дисертантки з цього приводу, на жаль, не відзначаються послідовністю і завершеністю.

Так, виходячи з того, що законодавче формулювання «активи у значному розмірі, законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» узгоджується з формулюванням предмета відповідного складу злочину, наведеним у ст. 20 Конвенції ООН проти корупції (с. 172), дисертантка не вважає за потрібне відмовлятися від зазначеного формулювання при вдосконаленні ст. 368-2 КК України (с. 119, с. 126). При цьому на с. 72 дисертації авторка некритично відтворює тезу Д.Г. Михайленка про те, що вказівка на докази, істотно погіршуючи правове становище обвинуваченого порівняно зі згаданою конвенційною нормою, є вадою чинної редакції кримінально-правової норми про незаконне збагачення. Якщо це вада, то її, вочевидь, слід усувати.

Підтримуване І.М. Ясінь традиційне описання предмета складу злочину «незаконне збагачення» вимагало спростування позиції В.М. Киричка, який вказує на нетотожність понять «активи, законність підстав набуття яких не підтверджується доказами» та «незаконні активи» і на небез-

пеку інкримінування ст. 368-2 КК, зокрема, у випадку, коли особа на законних підставах набула активи у власність, а докази таких підстав з тих чи інших причин відсутні.

De lege lata постає питання і про доречність відмінного від закріпленого в КПК України стандарту доказування при застосуванні ст. 368-2 КК. У зв'язку з цим цікавою була б оцінка дисертантом позиції А.В. Савченка, який вважає, що конструкція «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» означає ситуацію, за якої в межах провадження (не лише кримінального, а й, зокрема, цивільного, господарського, адміністративного) наявні відповідні фактичні дані, що не підтверджують легітимність засад одержання суб'єктом грошових коштів або іншого майна, а також доходів від них.

Розкриваючи юридичну ознаку предмета незаконного збагачення, здобувачка веде мову лише про письмові докази (с. 77). Проте хіба за допомогою показань осіб, наприклад, свідків не може встановлюватись (або, навпаки, спростовуватись) законність набуття певних активів?

На мою думку, предмет незаконного (корупційного) збагачення *de lege ferenda* не слід визначати в контексті кримінально-процесуального доказування: останнє відбувається вже після фактичного збагачення відповідного суб'єкта і, мабуть, не повинне визнаватись характеристикою складу відповідного злочину.

4. Вимушений констатувати суперечливість міркувань дисертантки з питання про характер тих вчинків особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, які призводять до її незаконного збагачення.

Так, авторка не погоджується з висловленою в юридичній літературі точкою зору, згідно з якою кошти як предмет незаконного збагачення можуть мати незаконне походження, що зовсім не обов'язково пов'язане з корупцією (с. 65). Однак сформульоване в дисертації визначення основного безпосереднього об'єкта незаконного збагачення як «суспільних відносин, які визначають порядок діяльності ОУВФДМС щодо законності набуття активів у власність» (с. 65, 118), адекватно відображаючи існуючий стан справ, якраз і вказує на те, що предикатні стосовно незаконного збагачення делікти можуть бути і не корупційними. Ба більше: на с. 165–166 дисертації здобувачка вже погоджується з тим, що активи як предмет незаконного збагачення можуть бути отримані в результаті вчинення як будь-якого корисливого (причому не обов'язково корупційного) злочину, так і будь-якого правопорушення (цивільно-правовий делікт, господарське, податкове чи адміністративне правопорушення). Але якщо це так, то на якій підставі стверджується, що «набуття активів у власність у складі НЗ все рівно пов'язане із службовим становищем суб'єкта цього злочину» (с. 65)? На мій погляд, тут дисертантка видає бажане за дійсне.

У будь-якому разі є підстави стверджувати, що чинній редакції ст. 368-2 КК у частині позначення предмета незаконного збагачення притаманне недотримання принципу правової визначеності як складової верховенства права. За таких обставин небажання дисертантки уточнювати законодавче описання предмета досліджуваного злочину навряд чи може бути розцінене схвально.

5. Здобувачка висловлює думку про те, що терміно-поняття «службова особа» та «особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» співвідносяться між собою як рід і вид і що суб'єкт незаконного збагачення, крім видових ознак, повинен бути наділений усіма ознаками службової особи (с. 93, 95). Загалом погоджуючись з таким співвідношенням, водночас зауважу, що не всі особи, перераховані в п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», можуть визнаватись службовими особами у кримінально-правовому розумінні цього поняття (казане стосується, зокрема, державних службовців, не всі з яких виконують функції, закріплені в ч. 3 ст. 18 КК).

Не дивлячись на те, що усталений у кримінальному праві і законодавчо закріплений поділ службових осіб за змістом виконуваних ними функцій на три категорії є для дисертанта безспірним (с. 93), у Додатку Е (с. 235) такого чіткого поділу не спостерігається (представники влади тут чомусь ототожнюються з особами, які виконують організаційно-розпорядчі функції).

Згаданих у розділі XVII Особливої частини КК осіб, які надають публічні послуги, неточно названо однією з категорій службових осіб (с. 62).

У диспозиції ч. 1 авторської редакції ст. 368-2 КК йдеться про набуття активів «особою у зв'язку з виконанням нею функцій держави або місцевого самоврядування», а в частинах 4 і 5 – про діян-

ня, вчинене, відповідно, службовою особою, яка займає відповідальне становище, та службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище (с. 126). У випадку реалізації такого підходу спостерігатиметься порушення принципу єдності законодавчої термінології, за що, до речі, І.М. Ясінь справедливо критикує чинну редакцію досліджуваної кримінально-правової заборони (с. 48, 96–98). Бажано уніфікувати позначення суб'єкта незаконного збагачення у всіх частинах ст. 368-2 КК.

Поставлю для обговорення і питання, чи не призведе використання звороту «особою у зв'язку з виконанням нею функцій держави або місцевого самоврядування» до невизначеності щодо кола осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність. Чому не визнавати такими «пов'язаними» особами, наприклад, тих, хто з погляду регулятивного антикорупційного законодавства прирівнюється до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції»)?

6. В юридичній літературі висловлено думку про те, що передбачена ст. 368-2 КК передача активів іншим особам, що має на меті приховати від державних органів або громадськості факт незаконного набуття активів уповноваженою особою, за наявності підстав потребує додаткової кваліфікації за ст. 209 КК. Дисертантка спочатку не погоджується з такою кримінально-правовою оцінкою, стверджуючи, що кваліфікація однієї і тієї самої дії за двома статтями про кримінальну відповідальність є незаконною, бо порушує принцип *non bis in idem* (с. 80), а згодом (при розкритті співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 368-2 і ст. 209 КК) просто констатує існування згаданої наукової позиції, не даючи їй жодної оцінки (с. 151). Далі, у висновках до розділу 3 можна прочитати таке: «... якщо діяння ОУВФДМС, яке полягає у передачі активів будь-якій іншій особі, не обумовлене метою надання їм (активам) правомірного вигляду, то вчинене не утворює складу злочину, передбаченого ст. 209 ККУ» (с. 169). Яким же чином слід кваліфікувати передачу активів, якщо вказану мету встановлено (мається на увазі – за відсутності ознак реальної сукупності злочинів)? Виглядає все це не зовсім логічно.

Цікаво, що дисертантка із посиланням на відповідне джерело слушно зауважує: «Правильність кваліфікації у випадку вчинення одним і тим же суб'єктом декількох діянь залежить від точності віднесення вчиненого діяння до одиничного злочину або до декількох самостійних діянь – множинності злочинів...» (с. 149). Якщо сприйняти обстоюване здобувачкою тлумачення принципу *non bis in idem* (зокрема, неприпустимість інкримінування особі двох діянь, які впливають з одних і тих саме фактів, – с. 139 дисертації), то слід заперечити існування як такої ідеальної сукупності злочинів. Проте остання (всупереч своїй усталеній назві) не є уявною конструкцією – вона відображає об'єктивну реальність (здатність одного вчинку людини породжувати декілька результатів), а положення про неї є усталеним і в доктрині, і в правозастосовній практиці. Висловлюючись за оцінку скоєного у розглядуваній ситуації як сукупності (ідеальної) злочинів, передбачених ст. 368-2 і ст. 209 КК, автор цих рядків виходив з того, що зазначені дії повністю не охоплюються однією з двох названих кримінально-правових норм і, відповідно, не можуть розцінюватись як одиничний злочин.

7. Не всі міркування дисертантки щодо можливих проявів співучасті при вчиненні незаконного збагачення сприймаються однозначно.

Зокрема, спочатку особу, яка не має ознак спеціального суб'єкта та якій той, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, переадресовує активи, пропонується визнавати співвиконавцем незаконного збагачення (с. 98), а згодом цей же «контрагент» спеціального суб'єкта розглядається вже як пособник, сприяння якого незаконному збагаченню пропонується кваліфікувати з посиланням на ч. 5 ст. 27 КК (с. 148–149).

Під час захисту бажано внести ясність з цього питання кваліфікації, й особливо у світлі того, що в юридичній літературі (К.П. Задоя) з приводу подібної правової ситуації (не переадресації, а передачі) зустрічається інша точка зору. Вона полягає в тому, що дії особи, яка заздалегідь пообіцяла тому, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, одержати (прийняти) активи від неї, та одержала їх, не можуть кваліфікуватись за ч. 5 ст. 27, ст. 368-2 КК як пособництво (заздалегідь обіцяне придбання предметів, здобутих злочинним шляхом) на тій підставі, що передача активів фізично неможлива без зустрічної дії – одержання (прийняття) активів.

Оскільки мова вже зайшла про «контрагентів» осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, постає і таке питання: якщо формулювання «будь-які

інші особи», використане у чинній редакції ст. 368-2 КК, є невдалим, як у цьому переконує дисертантка (с. 99–100), то чому тоді воно вживається в авторській редакції досліджуваної кримінально-правової заборони (с. 126)? З урахуванням того, що І.М. Ясінь ініціює запровадження у регулятивне антикорупційне законодавство положень щодо перевірки майнового становища осіб, які є близькими до тих, хто уповноважений на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, вважаю, що вказівка у вдосконаленій ст. 368-2 КК (як на адресата передачі та переадресації активів) саме на близьких осіб могла б сприяти процесуальній здійсненості кримінального переслідування тих, хто вчинив незаконне збагачення.

8. Поділяючи судження дисертантки про доцільність визнання податкової декларації доказом у кримінальному провадженні щодо незаконного збагачення (с. 77), відзначаю, що існує і більш злободенний «зворотний бік медалі» – вплив електронного декларування на оподаткування. У зв'язку з існуючою сумнівною (інколи політично заангажованою) практикою інкримінування особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, ст. 212 КК за результатами електронного декларування, здійснюваного в порядку, передбаченому антикорупційним законодавством, цікаво було б почути думку здобувача про співвідношення таких складів злочинів, як ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) і незаконне збагачення.

9. Вважаю некоректним включення в рубрику наукової новизни «вперше» положення про те, що ст. 368-2 КК у частині «підтвердження законності підстав набуття активів у власність доказами необхідно тлумачити не як покладення обов'язку на особу, яка є суб'єктом цього злочину, а як надані законом суб'єктивне юридичне право, можливість для особи, наявні активи якої явно перевищують її законні доходи, підтвердити доказами законність їх походження» (с. 11). Адже саме такий підхід, узгоджений з М.І. Хавронюком як редактором колективної праці, був викладений автором цих рядків вже в першому виданні книги «Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства» (Київ: ВД «Дакор», 2016. С. 262), яка побачила світ навесні 2016 р. До речі, на с. 132 дисертації І.М. Ясінь посилається на розповсюджену в Інтернеті статтю М.І. Хавронюка, в якій продовжує обстоюватись згаданий підхід. При цьому відповідна публікація здобувача (с. 40–41; у списку використаних джерел № 305) датована травнем 2017 р., а в раніше опублікованих працях (у списку опублікованих праць це №№ 293–304) вказаного теоретичного підходу особисто мені відшукати не вдалося.

Водночас дещо дивною виглядає фактична відсутність у положеннях, які висуваються на захист, і передусім у рубриці наукової новизни «вперше» згадування про конкретні правила кримінально-правової кваліфікації незаконного збагачення, заради формулювання яких, судячи з мети (с. 7), у першу чергу писалась рецензована праця. Тим більше, що зазначені правила, на відміну від дисертацій О.І. Гузоватого та О.П. Денегі (с. 20), І.М. Ясінь у своєму монографічному дослідженні успішно розробила і належним чином обґрунтувала.

10. У нормативній базі дослідження (с. 9) невинувато не згадується чинне кримінальне процесуальне, цивільне та інформаційне законодавство, положення якого активно опрацьовувались дисертантом, а в чомусь поданому як вичерпний переліку українських науковців, які досліджували питання кримінально-правової кваліфікації незаконного збагачення, не фігурують щонайменше такі вітчизняні автори, як І.Б. Газдайка-Василишин, К.П. Задоя, В.М. Куц, В.І. Осадчий, А.С. Політова, А.В. Савченко, В.М. Трепак (при тому, що праці цього дослідника вказані у списку використаних джерел (с. 203) та аналізувались дисертанткою), Н.М. Ярмиш.

Об'єктом свого дослідження дисертант називає кримінально-правову кваліфікацію як один з основних способів застосування закону про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, а предметом – кримінально-правову кваліфікацію незаконного збагачення за законодавством України (с. 8). Проте у такому разі об'єкт і предмет дослідження як категорії наукового процесу, всупереч встановленим вимогам, не співвідносяться між собою як загальне і часткове. З урахуванням того, що в об'єкті повинна виділятися та його частина, яка є предметом дослідження, і (далі цитую здобувача) «потужного превентивного антикорупційного потенціалу» ст. 368-2 КК, вважаю, що об'єкт дослідження варто було б спробувати визначити за допомогою зворотів на кшталт «кримінально-правова кваліфікація корупційних злочинів», «кримінально-правові проблеми протидії корупції», «відносини, які складаються в процесі протидії корупції кримінально-правовими засобами».

Відгук на дисертацію Т.В. Родіонової «Місце вчинення злочину за кримінальним правом України»⁴⁷

Проблематика місця вчинення злочину у теорії кримінального права традиційно вивчається в двох аспектах – з погляду дії закону про кримінальну відповідальність у просторі та як ознака об'єктивної сторони складу злочину. При цьому якщо неупереджено оцінити стан вітчизняної юридичної літератури, то можна констатувати, що з моменту здобуття Україною незалежності і до часу написання Т.В. Родіоновою своєї дисертації питання кримінально-правової характеристики місця вчинення злочину розглядалися лише в навчальній літературі й окремих наукових публікаціях, а так само монографічних (у т. ч. дисертаційних) працях, присвячених складам конкретних злочинів.

Послідовно обстоювана здобувачкою теза про малодослідженість проблематики місця вчинення злочину в сучасному кримінальному праві України підтверджується висловлюванням М.В. Галабали як автора відповідного наукознавчого дослідження: «Стосовно наукових розробок таких ознак складу злочину, як спосіб, засоби, знаряддя, обстановка, час, місце вчинення злочину, то дискусії щодо них відбуваються переважно в розрізі аналізу їх конкретних різновидів та конкретних статей Особливої частини КК...» (див.: Галабала М.В. Кримінально-правова наука незалежної України. Проблеми загальної частини: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2013. С. 86). Написання і захист К.В. Юртаєвою кандидатської дисертації на тему «Місце скоєння злочинів міжнародного характеру» (Х., 2010), як висвітлення у монографії З.А. Загинеї на рівні окремого параграфу питань, пов'язаних із локальністю тексту кримінального закону України (див.: Загинеї З.А. Кримінально-правова герменевтика: монографія. К., 2015. С. 250–261), не здатне поколивати безспірне положення про фрагментарність і загалом незадовільний стан сучасних наукових розвідок, присвячених місцю вчинення злочину за кримінальним правом України. Формальним показником зазначеного стану є відсутність захищених наукових кваліфікаційних робіт, порівнюваних із дисертацією Т.В. Родіонової за колом висвітлюваних у ній питань.

При цьому вчені продовжують дискутувати про місце вчинення дистанційних, продовжуваних і тривалих злочинів, коло останніх, співвідношення досліджуваної ознаки складу злочину з предметом злочину та обстановкою вчинення злочину, іншими просторовими характеристиками, притаманними кримінальному закону, самостійність місця вчинення злочину серед інших ознак об'єктивної сторони складу злочину, формулюють різні дефініції відповідного поняття тощо. Недостатня визначеність загального поняття місця вчинення злочину в кримінально-правовому розумінні тягне за собою прогалини (або недостатню увагу) при з'ясуванні цієї ознаки під час розкриття кримінально-правової характеристики певних злочинів; не рідкістю є випадки, коли один і той саме феномен об'єктивного світу різними дослідниками відноситься до різних елементів складу злочину (показовою у зв'язку з цим є дискусія стосовно визнання житла чи іншого володіння місцем або предметом злочину, передбаченого ст. 162 КК України), і такий стан речей нашу юридичну літературу явно не прикрашає.

Однак доречність і своєчасність наскрізного та комплексного дослідження суті, особливостей та кримінально-правового значення місця вчинення злочину пояснюються не лише показаною необхідністю систематизувати, узагальнити і критично оцінити накопичені теоретичні знання, а й потребою вирішити злободенні питання, пов'язані з тлумаченням, застосуванням і вдосконаленням кримінального закону.

Зміст місця вчинення злочину як однієї з його просторових характеристик у багатьох випадках має вирішальний вплив на кримінально-правову кваліфікацію, зокрема у контексті розмежування суміжних складів злочинів. Вказівка законодавця на певне місце вчинення злочину означає, що у випадку вчинення діяння в іншому місці буде відсутнім склад відповідного злочину або буде наявним склад іншого злочину. Просторові характеристики злочину конче важливі і з погляду з'ясування меж чинності Кримінального кодексу України.

⁴⁷ Захист відбувся у Державному науково-дослідному інституті МВС України 30 травня 2018 р.

Проблематика місця вчинення злочину важлива для практики застосування не лише КК, а й КПК України. Так, місце вчинення злочину впливає на те, який орган досудового розслідування здійснюватиме відповідне кримінальне провадження.

Як відомо, при формулюванні кримінально-правових заборон законодавець віддає перевагу об'єктивній стороні як носію наочної і більш-менш однозначно фіксованої інформації про злочин, у зв'язку з чим необхідно, щоб і така ознака об'єктивної сторони складу злочину, як місце його вчинення, була точно і несуперечливо зафіксована в тексті тієї чи іншої статті КК. У зв'язку з необхідністю забезпечення гармонійної єдності змісту закону та його форми увага у кримінально-правовій науці останнім часом все більше привертається до проблематики законодавчої техніки. Адже від того, наскільки вдало викладена кримінально-правова норма, наскільки чітко та ясно законодавець об'єктивував свою волю, значною мірою залежить застосування цієї норми на практиці.

Зауваження.

1. Одним із вагомих наукових здобутків дисертантки є сформульоване в роботі авторське визначення поняття «місце вчинення злочину» в його кримінально-правовому розумінні (с. 23, 70, 107, 204). Це визначення ґрунтується на конструктивному критичному аналізі підходів, вироблених кримінально-правовою доктриною, і може слугувати прикладом для наслідування в тому аспекті, як (сумлінно і неупереджено) треба формулювати дефініції кримінально-правових понять. Водночас ознайомлення з визначенням місця вчинення злочину, запропонованим Т.В. Родіоною, дозволяє вкотре переконавшись у тому, що досконалість не має меж.

Так, висловлю сумнів у тому, що згадана дефініція може претендувати на звання визначення *загального* кримінально-правового поняття «місце вчинення злочину», як на цьому неодноразово наголошує дисертантка. Складається враження, що дефініція Т.В. Родіонової стосується саме і лише тих 12, 1 % статей Особливої частини КК України, відповідно до яких (за підрахунками здобувача) місце вчинення злочину визнається обов'язковою ознакою основного або кваліфікованого складу злочину. З одного боку, це узгоджується з висловлюванням дисертантки про те, що «матеріальне поняття «місце вчинення злочину» постає лише як обов'язкова ознака складу злочину» (с. 44, 84). З іншого, зміст дисертації чітко демонструє ту обставину, що Т.В. Родіонова кримінально-правовий аспект розуміння місця вчинення злочину тлумачить широко (інколи навіть занадто: усупереч думці дисертантки (с. 24, 86, 210 та ін.) не вважаю питання, де розташовувався правопорушник під час вчинення злочину, суто кримінально-правовим), адже місце вчинення злочину розглядається нею і як конститутивна (обов'язкова) ознака складу злочину, і як ознака, яка взагалі з просторової точки зору характеризує злочин. На це з-поміж іншого вказує обстоюване авторкою положення про подвійне значення для кримінально-правової кваліфікації місця вчинення злочину як обов'язкової або факультативної ознаки складу злочину (див. про це нижче).

Зазначу й те, що, визначаючи місце вчинення продовжуваних і тривалих злочинів, а також дистанційних злочинів із віддаленим у просторі результатом (і це, судячи з дисертації, явно не кримінально-процесуальний аспект розуміння місця вчинення злочину), авторка «працює» здебільшого з тими складами злочинів, які не передбачають місце вчинення злочину як обов'язкову ознаку. Скажімо, на с. 60–61 роботи дисертантка демонструє розмежування понять «місце вчинення злочину» і «місце закінчення злочину» на прикладі умисного вбивства при тому, що в диспозиції ст. 115 КК про місце вчинення злочину як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони складу цього злочину не йдеться.

Повертаючись до авторської дефініції кримінально-правового поняття «місце вчинення злочину», відзначу, що вказівка в ній не просто на кримінально-правову норму, а на її диспозицію змушує поставити питання, чи не є така конкретизація зайвою (хіба тут може фігурувати, наприклад, санкція? А гіпотеза?) та якої наукової концепції щодо структури кримінально-правової норми дотримується дисертантка.

2. Задекларувавши метою свого дослідження комплексну і системну розробку такої кримінально-правової проблеми, як місце вчинення злочину, включаючи її *законодавчий* рівень (с. 21–22), і з'ясувавши, що у 12,1 % статей КК України місце вчинення злочину передбачене як обов'язкова ознака відповідних складів злочинів (с. 32, 237–240), авторка дисертації спромоглася на висунення пропозицій щодо уточнення лише ст. 6 і ст. 332-1 КК України.

На жаль, можна констатувати, що заявлена розробка законодавчого рівня такої кримінально-правової проблеми, як місце вчинення злочину, явно поступається розкриттю правозастосовного і, тим більше, доктринального рівня цієї проблеми. Фактично положення Особливої частини КК України відіграють у дисертації Т.В. Родіонової роль ілюстративного матеріалу, якістю якого автор майже не переймається. Такий підхід, очікуваним наслідком якого стала відсутність у дисертації пропозицій щодо вдосконалення статей Особливої частини КК України в частині позначення (описання) місця вчинення злочину, крім того, що він не узгоджується ні з метою дисертаційного дослідження, ні з фактом сумлінного опрацювання здобувачем великого масиву нормативного матеріалу, навряд чи може бути визнаний виправданим. Адже, як слушно зазначає сама дисертантка, криміналізація суспільно небезпечного діяння є можливою й за ознакою місця вчинення злочину (с. 96), у зв'язку з чим неминуче постає питання, наскільки вдало використовує такий прийом наш законодавець.

Тут можна пригадати думку Л.П. Брич, яка, спираючись на позицію знаного фахівця з проблем кримінальної відповідальності за злочини проти безпеки виробництва В.І. Борисова, вказує на пов'язану з позначенням місця вчинення злочину невдалість описання складу злочину, передбаченого ст. 273 КК України «Порушення правил безпеки на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах» (див.: Брич Л. Місце вчинення злочину і його значення у розмежуванні складів злочинів та відмежуванні їх від складів інших правопорушень. Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2011. Вип. 52. С. 270). До того ж, як встановила Т.В. Родіонова (с. 117, 127, 134), трапляються випадки, коли законодавець при описанні складу того чи іншого складу злочину «зливає» в одне ціле (змішує) предмет злочину і місце його вчинення, що може ускладнювати сприйняття змісту кримінально-правової заборони, а отже, негативно позначатись на правозастосуванні. Це, вважаю, вимагало від дисертантки висловитись з приводу того, як у законодавчому порядку вирішувати відповідні проблеми кримінально-правової характеристики певних злочинів. Констатована дисертанткою неоднозначність у тлумаченні відповідних кримінально-правових норм не в останню чергу зумовлена тим, що норми Особливої частини КК України, які вказують на місце вчинення злочину як на обов'язкову ознаку складу злочину, є недосконалими та, відповідно потребують внесення змін.

Незавершеність своїх міркувань в частині розкриття законодавчого рівня кримінально-правової проблеми місця вчинення злочину (зрозуміло, що цю ваду традиційно можна пояснити обмеженим обсягом наукової кваліфікаційної роботи) дисертантка відчуває, бо, хоч у висновках стверджує про здійснену розробку вказаної проблеми на трьох рівнях – законодавчому, доктринальному і правозастосовному (с. 204), при формулюванні новизни справедливо акцентує увагу на притаманних її дисертаційному дослідженню концептуальності і загальнотеоретичному рівні пізнання (с. 21).

3. Ставлення дисертантки до визначення перспектив ст. 6 КК України позбавлене бажаної чіткості.

Так, Т.В. Родіонова з метою уможливити дію нашого кримінального закону щодо тих, хто вчинив відповідні незакінчені злочини за межами України, пропонує доповнити ст. 6 КК таким положенням: «Злочин визнається вчиненим на території України і в тому разі, якщо суб'єкт незакінченого злочину вчинив за межами території України діяння, наслідки якого мали б настати на території України, проте не настали з причин, що не залежать від волі винного» (с. 157, 209).

Завершальний зворот «... проте не настали з причин, що не залежать від волі винного» вважаю зайвим, оскільки інших причин (з урахуванням статей 14, 15 і 17 КК України та їх усталеного тлумачення) в цьому разі бути не може. Пропоноване формулювання «Злочин визнається *вчиненим на території України...* якщо суб'єкт незакінченого злочину *вчинив за межами території України* діяння...» видається невдалим із редакційної точки. Можливо, тут доречно використати

формулювання, подібне до вжитого в ч. 1 ст. 7 або ч. 1 ст. 8 КК України (особа підлягає відповідальності за цим Кодексом, якщо...).

Крім цього, в аналізованій законодавчій новелі місце вчинення незакінченого злочину пропонується пов'язувати не стільки з такою ознакою об'єктивної сторони, як діяння, скільки з такою її ознакою, як суспільно небезпечні наслідки, що певною мірою суперечить авторській дефініції кримінально-правового поняття «місце вчинення злочину» (у ній це місце нерозривно пов'язане з територією, де вчинено суспільно-небезпечну дію або бездіяльність).

У будь-якому разі положення, яким пропонується доповнити ст. 6 КК України, узгоджується з теорією єдності (повсюдності), яку, як встановила дисертант (с. 156, 201, 207–208 та ін.), «сповідує» вітчизняний законодавець. Але ж для самої Т.В. Родіонової більш обґрунтованим видається підхід, за якого місце вчинення злочину необхідно встановлювати з урахуванням часу його вчинення (с. 6, 208). За таких обставин закономірно постає запитання, чому авторка уникає формулювання пропозицій щодо вдосконалення ст. 6 КК України, покликаних реалізувати більш прийнятний, на її погляд, теоретичний підхід.

Зі ст. 6 КК України безпосередньо пов'язане й одне з положень наукової новизни, що включене в рубрику «уперше»: «... спростовано поширений в юридичній літературі некоректний погляд на такі законодавчі положення:

«2. Злочин визнається вчиненим на території України, якщо його було почато, продовжено, закінчено або припинено на території України.

3. Злочин визнається вчиненим на території України, якщо його виконавець або хоча б один із співучасників діяв на території України» (ст. 6 КК України) – ці норми більшою мірою відображають процесуальний (просторово-юрисдикційний), а не кримінально-правовий аспект поняття місця вчинення злочину» (с. 23–24).

З наведеного положення (а воно дослівно відтворюється у висновках дисертації (с. 208–209)) досить непросто зрозуміти, який саме погляд на ці норми КК дисертантка вважає некоректним, – той, згідно з яким вони уособлюють процесуальний аспект поняття місця вчинення злочину, чи той, згідно з яким ч. 2 і ч. 3 ст. 6 КК України відображають кримінально-правовий аспект цього поняття. Інакше кажучи, положення про «процесуальність» ст. 6 КК – це і є «некоректний погляд» чи це, навпаки, правильна думка – результат спростування? Із висновків (с. 206) випливає, що авторка схильна вважати втілений у ст. 6 КК України просторово-юрисдикційний аспект більше процесуальним, ніж кримінально-правовим. Цікаво, а звідси не напрошується висновок про те, що місце згаданим нормам – у КПК України? Бажано було б почути міркування здобувачки з цього приводу під час захисту.

Стосовно аналізованого положення наукової новизни, мабуть, не буде зайвим вказати і на те, що спростування чужих (некоректних, на погляд автора) поглядів навряд чи заслуговує на те, щоб бути позначеним як науковий результат, який висувається на захист (такий процес – це хіба що спосіб, технологія, шлях тощо розв'язання певної проблеми, але не суть здобутого результату).

До слова подібну претензію можна адресувати авторці й у зв'язку з п. 2 наукової новизни. Фактично тут сформульовано проміжний результат на шляху до авторського визначення поняття «місце вчинення злочину» (п. 1 наукової новизни). Те, що авторка виявила проблему, – добре, але виявлення проблеми та її розв'язання – різні речі. У науковій новизні, як на мене, варто відображати лише кінцеві результати, а не проміжні етапи розв'язання проблеми чи констатацію проблем, їх типологізацію тощо.

4. Не всі міркування дисертантки про місце вчинення злочину в контексті кримінально-правової характеристики конкретних злочинів можуть бути підтримані.

Так, здобувач не критично відтворює думку С.Р. Багірова, висловлену ним у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію В.В. Висоцької, про те, що для кваліфікації злочину, передбаченого ст. 203-2 КК України, місце зайняття гральним бізнесом значення не має (с. 44). Я погоджуюсь з тим, що В.В. Висоцька частково переплутала кримінально-правове поняття «місце вчинення злочину» з кримінально-процесуальним аналогом. Водночас вирішуючи це питання кваліфікації, ми не можемо не зважати на те, що диспозиція ст. 203-2 КК України є бланкетною;

відповідно, для з'ясування змісту вказаної кримінально-правової заборони слід звертатись до Закону «Про заборону грального бізнесу в Україні». Згідно з останнім 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. Звідси, на мою думку, впливає таке: якщо особа організовує, проводить азартну гру або надає доступ до неї, однак гра відбувається не в казино, букмекерській конторі чи інтерактивному закладі (у цій частині обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину є *місце* його вчинення), а так само не є грою на гральному автоматі, комп'ютерному симуляторі або в електронному казино (у цій частині відповідне гральне обладнання є засобом учинення відповідного злочину), то вчинене не утворює складу злочину, передбаченого ст. 203-2 КК України.

Т.В. Родіонова не погоджується з тим, що незаконний пункт прийому, схову та збуту металобрухту треба визнавати одним із предметів злочину, передбаченого ст. 213 КК України, мотивуючи свою позицію, зокрема, тим, що «за змістом аналізованого злочину суспільно небезпечні діяння полягають у здійсненні певних операцій з металобрухтом, які можуть вчинятися лише на певній ділянці простору – відповідному пункті прийому, схову або збуту металобрухту» (с. 114).

Наведений аргумент є сумнівним, адже вказаний злочин з об'єктивної сторони проявляється в чотирьох формах, і лише щодо останньої з них стосується теза про визнання незаконного пункту прийому, схову та збуту металобрухту предметом злочину. Виходить, що здобувачка, полегізуючи, забуває про свою ж справедливу вимогу враховувати при тлумаченні КК, зокрема, те, що диспозиція певної кримінально-правової норми може передбачати не одну, а декілька форм об'єктивної сторони. До того ж злочин, караний за ст. 213 КК України, у другій формі його об'єктивної сторони (здійснення операцій з брухтом кольорових і чорних металів посадовими особами суб'єктів господарської діяльності, відомості про яких не включено до переліку суб'єктів господарювання, що здійснюють операції з металобрухтом) зовсім не обов'язково може вчинятися у незаконному пункті прийому, схову та збуту металобрухту, як це впливає з наведеного висловлювання дисертанта.

Умовність (вимушеність вживання) терміну «місце» у визначенні поняття «незаконний пункт прийому, схову та збуту металобрухту», запропонованому в коментарі за ред. М.І. Мельника і М.І. Хавронюка автором цих рядків, є очевидною, бо ж не назвеш такий пункт підрозділом (за аналогією з приймальним пунктом легального (спеціалізованого) підприємства – див. ст. 1 Закону України «Про металобрухт»), проте ця обставина сама по собі не може відігравати вирішальну роль при визначенні «кримінально-правового статусу» такого феномену об'єктивного світу, як незаконний пункт прийому, схову та збуту металобрухту. Використання методу лінгвістичного тлумачення (організація [чого?] незаконного пункту прийому, схову та збуту металобрухту) схиляє до думки про визнання такого пункту предметом злочину, а не місцем його вчинення, як вважає здобувач (с. 114–115, 237).

Цікаво, що при розгляді подібної кримінально-правової проблеми щодо ч. 1 ст. 317 КК України, в якій йдеться у т. ч. про організацію або утримання місць для незаконного вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, Т.В. Родіонова займає більш помірковану (умовно кажучи – компромісну) позицію, зазначаючи, що «ознаки предмета злочину можуть збігатися з ознаками місця вчинення злочину» (с. 134).

Видається, що традиційне тлумачення поняття «організація незаконного пункту прийому, схову та збуту металобрухту» як вчинення дій, спрямованих на створення такого пункту й умов, необхідних для його нормального функціонування (підшукування відповідних приміщень, придбання необхідного обладнання, пошук і прийняття на роботу персоналу, забезпечення коштами, розроблення і проведення конспіративних заходів тощо), вказує на слушність (перспективність) такого компромісної позиції, адже не всі подібні дії справді дозволяють вести мову про поводження з певним предметом, який піддається впливу з боку суб'єкта злочину. З іншого боку, особа може організувати відповідну діяльність (незаконний пункт прийому, схову та збуту металобрухту), жодного разу не «навідуючись» на відповідну територію.

Самовільно зайняту земельну ділянку здобувач вважає місцем вчинення злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України (с. 107, 206, 240). Виходячи з того, що вирішальне (вихідне) значення для розв'язання цього питання кримінально-правової характеристики злочину має з'ясування його основного безпосереднього об'єкта, я дотримуюсь іншої точки зору (предметом злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 України, як і злочину, караного за ч. 1 (ч. 2) цієї статті, виступає земельна ділянка). До речі, дисертантка зазначає, що іноді законодавець передбачає злочинні дії в спосіб, за якого нерухомі речі (земельна ділянка тощо) розглядаються як «мішень», на яку спрямовано вектор злочинного діяння. За таких обставин, незважаючи на їх статичний характер, подібні речі мають визнаватись предметом злочину, а не місцем його вчинення (с. 205). Чи не може ця думка бути поширена й на ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК України?

На с. 140 дисертації стверджує, що місцем вчинення злочину, передбаченого ст. 391 КК України, є установи виконання покарань. Слід уточнити, що згідно зі ст. 60 КВК України засуджені можуть залучатися без оплати праці до робіт з благоустрою виправних центрів і прилеглих до них територій. Очевидно, що «прилегла територія» не є територією виправного центру, але й там може відбуватися непокора вимогам адміністрації. Виходить, що не завжди саме «установа виконання покарань» є місцем вчинення відповідного злочину.

Певні неточності щодо складів конкретних злочинів допущені і в додатках «А» та «Б» (с. 237–240).

Зокрема, цілісний майновий комплекс, його частини, будівлі, споруди, земельні ділянки, об'єкти будівництва, інші об'єкти є підстави визнавати предметом злочину, передбаченого ст. 206-2 КК України, а не місцем його вчинення.

Беззастережно називаючи житло чи інше володіння особи місцем вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 162 КК України, дисертант ігнорує власні слушні міркування про залежність віднесення житла чи іншого володіння до певної ознаки складу злочину від форми об'єктивної сторони, якої набуває злочин. Сказане стосується й злочину, передбаченого ч. 1 ст. 297 КК України.

Ст. 238 КК України мала б фігурувати в додатку «Б», оскільки вчинення передбаченого цією статтею злочину в місцевості, оголошеній зоною надзвичайної екологічної ситуації, є кваліфікуючою ознакою.

Місцем вчинення злочину, передбаченого ст. 332-1 КК України, в додатку названо тимчасово окуповану територію України, а в тексті роботи (с. 136) – лінію розмежування між контрольованою Україною територією та тимчасово окупованою територією.

Континентальний шельф України є місцем – обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого не лише ч. 2 ст. 244 КК України, а й ч. 1 цієї статті.

Ч. 3 ст. 197-1 КК України немає підстав вважати кримінально-правовою нормою, яка описує кваліфікований склад злочину.

Ні в підрозділі 2.1, ні в додатку «А» не згадується ст. 222-1 КК України, у ч. 1 якої передбачено відповідальність за «умисні дії службової особи учасника фондового ринку, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі, встановлені відповідно до закону щодо державного регулювання ринку цінних паперів...». Перелік дії, які виступають формами маніпулювання на фондовому ринку, всупереч усталеним вимогам законодавчої техніки визначений в ст. 10-1 Закону «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні». Дії, передбачені пунктами 4–8 ч. 1 ст. 10-1 згаданого Закону, можуть бути вчинені лише на фондовій біржі, а це означає, що вона в ряді випадків виступає місцем вчинення злочину – обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 222-1 КК України.

Вже із сказаного стає зрозуміло, що вирахований дисертанткою показник у 12, 1 % статей Особливої частини КК України, відповідно до яких місце вчинення злочину визнається обов'язковою ознакою основного або кваліфікованого складу злочину, потребує уточнення.

5. Дисертантка послідовно наполягає на тому, щоб місцем вчинення продовжуваного злочину визнавати місце вчинення останнього з тотожних діянь, спрямованих на досягнення загальної мети (с. 26, 185–186, 202–208). Цей підхід видається таким, що суперечить не лише ч. 2 ст. 6 КК України, а й іншій (як на мене, слушній) тезі здобувачки – про те, що поняття «місце

вчинення злочину» не слід ототожнювати з поняттям «місце закінчення злочину» (с. 26, 106, 205). Відповідно, постає питання, чому місцем вчинення продовжуваного злочину не вважати місце вчинення хоча б одного (кожного) із тотожних діянь, що утворюють цей одиничний злочин?

Уявимо собі, що особа вирішила зрубати всі дерева, віднесені до певного типу цінних порід. Частина цих дерев росте в заповіднику, а інша – в звичайному лісі. Тож особа спочатку зрубує всі відповідні дерева в заповіднику, а потім, реалізуючи єдиний злочинний умисел, рухається до незаповідного лісу, де й рубає решту певних дерев (без заподіяння при цьому істотної шкоди як криміноутворювальної ознаки) і де суб'єкта врешті-решт затримують. Виходить (якщо взяти на озброєння підхід дисертанта з питання про місце вчинення продовжуваного злочину), що місцем вчинення незаконної порубки в такій ситуації заповідник не вважатиметься?

Три вироблені здобувачкою правила щодо встановлення місця вчинення тривалого злочину названі в дисертації «рекомендаціями практичного характеру» (с. 25–26). У жодному разі не ставлячи під сумнів розумові здібності практичних працівників, водночас зауважу, що зрозуміти співвідношення згаданих правил не просто і для офіційного опонента (професора з кримінального права). Тим більше, що правил *три*, а сприймає дисертантка найпоширенішу, за його інформацією, класифікацію тривалих злочинів, згідно з якою останні поділяються на *два* види: 1) злочини, пов'язані з активною поведінкою у вигляді тривалого порушення кримінально-правової заборони; 2) злочини, що вчиняються шляхом тривалого ухилення від виконання певних обов'язків.

У зв'язку з цим поставлю для обговорення таке питання: правило 1 (місце вчинення тривалого злочину – місце вчинення діяння, завдяки якому особа набула «злочинного стану») змістовно не суперечить правилу 2 (місце вчинення тривалого злочину – місце, де було розпочато і закінчено діяння, яке утворило закінчений склад злочину) і не дублює правило 3 (місце вчинення тривалого злочину – місце, де суб'єкт злочину зобов'язаний був вчинити дії щодо виконання обов'язку, невиконання якого утворило закінчений в юридичному розумінні склад злочину)?

Розмірковуючи над змодельованою нею ситуацією (придбання наркотичного засобу у Дніпрі і перевезення його Дніпропетровською, Полтавською і Київською областю до Києва), Т.В. Родіонова слушно зазначає, що місцем вчинення такого тривалого злочину, як перевезення наркотичного засобу, «буде весь відрізок шляху, протягом якого здійснювалось зазначене діяння» (с. 46). Але чи «вписується» зроблений висновок у правило 1 чи правило 2 (звернення до правила 3 виключається, бо тут йдеться не про пасивну, а про активну поведінку)? Не впевнений у цьому, оскільки згідно з правилом 1 місцем вчинення злочину треба визнавати м. Дніпро, де був придбаний наркотик, а особа, відповідно, набула «злочинного стану», а керування правилом 2 призведе до того, що з місця вчинення тривалого злочину (незаконного перевезення наркотику) випадатиме місце між місцем початку і місцем закінчення злочину. Якщо особа, наприклад, здійснила переміщення наркотичних засобів, психотропних речовин чи зброї декількома областями України, то місцем вчинення злочину (відповідно до правила 2) буде лише область, в якій було розпочато таке переміщення та область, в якій воно було завершено. Вірю в те, що дисертантка зробить відповідні пояснення; повторю, однак, що розраховані на практиків рекомендації бажано викладати по-можливості зрозуміліше.

6. Висловлюючи свої думки, здобувачка ретельно підбирає слова, використовує продумані, виважені формулювання, постійно наголошує на точності і коректності вживаної юридичної термінології, і в цьому аспекті дисертацію Т.В. Родіонової є всі підстави визнати взірцевою. Тим не менш, окремі прикря неточності і некоректні висловлювання у рецензованій праці зустрічаються.

Так, обґрунтовуючи положення про необхідність доповнення ст. 6 КК згаданим вище положенням, розрахованим на тих, хто вчинив незакінчені злочини за межами України, здобувачка стверджує, що «...ст. 6 КК України сформульована з розрахунком лише на закінчений злочин і не враховує незакінчені його види» (с. 209). Насправді ч. 2 чинної редакції згаданої статті КК дозволяє застосовувати наш кримінальний закон щодо осіб, які в Україні вчинили незакінчені злочини, хоч і прогалина, яка встановлена дисертантом і на усунення якої спрямована ініційована нею новела, вочевидь, має місце.

Услід за деякими іншими науковцями, Т.В. Родіонова пише про вплив такої факультативної ознаки об'єктивної сторони складу злочину, як місце вчинення злочину, на встановлення та оцінку

інших ознак складу – предмета злочину, причинного зв'язку, обстановки вчинення злочину тощо (с. 26–27, 89–90, 96–98, 108, 129, 206). Не заперечуючи із змістовної точки зору вплив просторової характеристики злочину на встановлення ознак його складу, я волів би не говорити в цьому разі про місце вчинення злочину саме як про факультативну ознаку складу злочину. Адже про факультативність тієї чи іншої ознаки доцільно вести мову тільки в межах загального складу злочину; факультативність ознаки вказує лише на те, що вона не є притаманною складу кожного злочину. У складі ж конкретного злочину, коли законодавець, здійснивши криміналізацію певного типу суспільно небезпечної поведінки, вже відібрав необхідні і достатні в цьому разі ознаки, всі вони є обов'язковими.

До речі, з авторського визначення кримінально-правового поняття «місце вчинення злочину» з його «прив'язкою» до диспозиції кримінально-правової норми однозначно впливає, що місце вчинення злочину як ознака об'єктивної сторони *обов'язково* впливає на кримінально-правову кваліфікацію вчиненого. Відповідно, для того, щоб, будучи послідовним, відобразити ідею «факультативності» місця вчинення злочину у згаданому визначенні, у ньому треба було б робити застереження про те, що місце вчинення злочину може бути як обов'язковою (тобто вказаною у диспозиції кримінально-правової норми), так і факультативною ознакою об'єктивної сторони складу злочину. Відсутність подібного застереження (на мою думку, цілком виправдана) має своїм наслідком те, що пункти 1 і 16 наукової новизни виглядають неузгодженими між собою.

Інколи авторка пише про наявність певної ознаки (місця чи обстановки вчинення злочину, предмета злочину тощо) у кримінально-правовій нормі (с. 25, 206) при тому, що точніше, мабуть, говорити про наявність тієї чи іншої ознаки в складі злочину, передбаченому кримінально-правовою нормою. До слова на с. 32 дисертації цілком коректно вказується на місце вчинення злочину як на ознаку основного або кваліфікованого складу злочину.

Власне визначення кримінально-правового поняття «місце вчинення злочину» дисертантка характеризує як послідовне та логічно завершене (с. 23), а також пише, що ним наведено переконливі аргументи на користь концепту, згідно з яким місце і час вчинення злочину постають компонентами обстановки (с. 24). Вважаю, що той чи інший здобуток дисертантки має оцінювати не вона сама, а інші фахівці, на суд яких виноситься наукова кваліфікаційна робота. На мою думку, у першому із згаданих в цьому абзаці відгуку положень наукової новизни дисертанту варто було б стисло вказати на те, в чому полягає перевага її авторського визначення, відмінність останнього від подібних доктринальних дефініцій.

7. Інформативно насиченим і вельми пізнавальним (щоб не сказати – повчальним) є підрозділ 2.1 дисертації з назвою «Доктринальне тлумачення поняття «місце вчинення злочину» як ознаки окремих складів злочинів: аналітичний огляд наукових позицій» (с. 109–147). Тут відповідний науковий матеріал (взятий передусім із коментарів КК України) подається у «прив'язці» до тих статей Особливої частини КК України, згідно з якими місце вчинення злочину передбачене як обов'язкова ознака складу певного злочину. Реалізований у цьому підрозділі наскрізний підхід дав змогу пересвідчитись у тому, що ми – представники доктрини – при коментуванні кримінально-правових заборон і написанні іншої юридичної літератури нерідко працюємо недостатньо якісно. Прикро, але це правда.

Водночас постає питання, наскільки якісним є аналіз, здійснений самою Т.В. Родіоною у підрозділі 2.1 її дисертації. Якщо абстрагуватись від конкретики (про це мова частково йшла вище), то я зробив би щонайменше два зауваження з цього приводу.

По-перше, очевидно є відсутність однакового підходу до опрацювання джерельної бази, оскільки в одних випадках (точніше – у переважній більшості випадків) здобувач обмежується аналізом науково-практичних коментарів КК України, а в інших – звертається також до дисертацій і наукових статей. На мою думку, при підготовці монографії за результатами захисту Т.В. Родіоною кандидатської дисертації варто спробувати «вирівняти» відповідну джерельну базу. По-друге, складно оцінити схвально критику Т.В. Родіоною на адресу авторів науково-практичних коментарів КК України з урахуванням тієї обставини, що дослідники (зрозуміло, що не всі) у своїх подальших працях переглянули або уточнили ті чи інші підходи, які здобувач, не знаючи про це або умисно не помічаючи цього, продовжує піддавати критичній оцінці. Щоб не бути голослівним, наведу всього декілька прикладів.

Так, на с. 116 дисертації зазначається, що у коментарі за ред. М.І. Мельника та М.І. Хавронюка території, що зазнали екологічного забруднення небезпечними речовинами або випромінюванням, помилково визнаються предметом злочину, передбаченого ст. 237 КК України, а не місцем його вчинення. При цьому не береться до уваги та обставина, що у виданому пізніше посібнику, одним із співавторів якого є автор згаданого коментарю до ст. 237 КК України (О.О. Дудоров), із розглядуваного питання викладається інша (така, що збігається з точкою зору дисертанта) позиція, а саме: предметом відповідного злочину названі об'єкти рослинного і тваринного світу, ґрунт, вода, повітря на території, що зазнала екологічного забруднення небезпечними речовинами або випромінюванням, а сама територія, що зазнала вказаного екологічного забруднення, визнається не предметом злочину, передбаченого ст. 237 КК України, а місцем його вчинення (див.: Злочини проти довкілля: кримінально-правова характеристика: практичний посібник / 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. С. 118, 122).

Як приклад того, що автори безпідставно не виокремлюють місце вчинення злочину, передбаченого ст. 246 КК України, включаючи його до предмета цього злочину, Т.В. Родіонова наводить такий фрагмент із коментарю за ред. М.І. Мельника і М.І. Хавронюка: «Предмет злочину – дерева і чагарники, які ростуть у лісах, захисних та інших лісових насадженнях, у заповідниках або на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду» (с. 118). При цьому ігнорується той факт, що у виданому пізніше посібнику, одним із співавторів якого є автор згаданого коментарю до ст. 246 КК України (О.О. Дудоров), предмет незаконної порубки лісу і місце вчинення цього злочину чітко розрізняються (див.: Дудоров О.О., Письменський Є.О. Кримінально-правова кваліфікація незаконної порубки лісу: практ. пос. Сєверодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2017. С. 23, 27, 30 та ін.).

На с. 130 дисертації можна прочитати, що лише в одному з коментарів КК України (за ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка і В.В. Чернея) привертається увага до місця вчинення злочину, передбаченого ст. 298 КК України. Хотів би уточнити, що у книзі, у назві якої використовується зворот «науково-практичний коментар Кримінального кодексу України» автор цих рядків охарактеризував об'єкт археологічної спадщини як місце вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 298 КК України (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України: Злочини проти власності / За ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 384).

8. Одне із завдань свого дослідження авторка формулює як «виявити та проаналізувати створені ворожими діями Російської Федерації (агресія, окупація, анексія) нові кримінально-правові проблеми, пов'язані із місцем вчинення злочину» (с. 21). Багатообіцяючою є й назва підрозділу 2.5 дисертації «Новостворені кримінально-правові проблеми, пов'язані з місцем вчинення злочину: українські реалії та перспективи усунення». Однак ознайомлення зі змістом цього підрозділу (с. 186–201) дозволяє стверджувати, що відповідні проблеми були не стільки проаналізовані, скільки позначені (поставлені). Сказане підтверджується також: а) формулюванням винесеного на захист положення про те, що в дисертації *системно актуалізовано* низку новостворених кримінально-правових проблем, пов'язаних з місцем вчинення злочину і зумовлених ворожими діями РФ проти України (с. 24–25); б) п. 9 «Висновків», в якому дисертантка обмежується наведенням невичерпного переліку відповідних проблем (с. 209–210). Натомість науковий аналіз певної правової проблеми передбачає опрацювання існуючої джерельної бази та пов'язується з розробленням варіантів вирішення проблеми, що (за винятком «точкового» вдосконалення ст. 332-1 КК України «Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію та виїзду з неї з метою заподіяння інтересам держави» (с. 198–200)) не знаходить свого висвітлення у дисертації.

Проблематика юридичної оцінки переміщення людей і предметів на окуповану територію України і з такої території знайшла відображення у низці наукових публікацій, які, на жаль, залишились поза увагою Т.В. Родіонової. Це, зокрема: Баранов С.О. Проблеми застосування адміністративної відповідальності осіб за порушення порядку переміщення товарів до району або з району проведення антитерористичної операції. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2017. № 28. С. 32–35; Данилевська Ю.О. Порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї: питання обґрунтованості криміналізації. Порівняльно-аналітичне право. 2014. № 8. С. 165–168; Данилевський А.О., Данилевська Ю.О.

Бланкетні ознаки в нормах про порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України та виїзду з неї: проблеми тлумачення та правозастосування. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2016. № 4. С. 69–77; Задоя К.П. Кримінально-правове значення для кваліфікації контрабанди запровадження вільної економічної зони «Крим». Європейські перспективи. 2015. № 1. С. 100–107; Степанова Ю.П. Кримінально-правові аспекти протидії контрабанді товарів. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2017. № 12. С. 79–86.

Однією з гострих новостворених проблем, пов'язаних із темою дисертації, але не згаданих її авторкою, є кримінально-правове реагування на прояви колабораціонізму, не поєднані із вказаним здобувачем перебуванням на службі у силових структурах квазідержавних утворень.

Підсумовуючи свої критичні міркування, відзначу, що своїм дисертаційним дослідженням Т.В. Родіонова лише заклала гарний фундамент для дослідження зловбоденних кримінально-правових проблеми, пов'язаних із місцем вчинення злочину та зумовлених ворожими діями РФ проти України. Повноцінний науковий аналіз цих проблем ще очікує своїх дослідників.

9. Емпірична база дослідження (з огляду, зокрема, на 300 вивчених вироків) виглядає достатньою. Водночас зроблена дисертанткою географічна і предметна вибірка матеріалів судової практики (с. 22–23) не може не викликати запитань щодо її репрезентативності і критеріїв проведення, адже у зв'язку з функціонуванням такого унікального ресурсу, як Єдиний державний реєстр судових рішень, на сьогодні можливості у дослідника будь-якої кримінально-правової теми фактично є безмежними. У дисертації не вдалося відшукати ні пояснення того, чому здобувачка вирішила проаналізувати саме вироків, ухвалені за вчинення злочинів, передбачених ст. 316 КК України, ні аналітичних матеріалів, які традиційно розміщуються у додатках дисертацій та які б підтверджували достовірність задекларованої емпіричної бази, у зв'язку з чим показник у 300 вироків залишається сприймати на віру. Крім цього, судячи з додатку «В» (с. 241), дисертанткою проаналізовано фактичні місця незаконного публічного вживання наркотиків, що має більше значення для криміналістики і кримінології, ніж для кримінального права. Мабуть, варто було б проаналізувати правильність визначення такої кримінально-правової ознаки, як місце вчинення злочину, передбаченого ст. 316 КК України, у судовій практиці.

**Відгук на докторську дисертацію Д.Г. Михайленка
«Концепція кримінально-правової протидії
корупційним злочинам в Україні»⁴⁸**

Протягом останнього десятиріччя проблематика кримінально-правової протидії корупції в Україні перебуває (значною мірою під впливом євроінтеграційних процесів і політичних чинників) у сфері посиленої уваги з боку законодавця, юридичної науки, ЗМІ і суспільства загалом; причому громадський і фаховий інтерес до цієї тематики не згасає, а, швидше навпаки, – посилюється. До слова: а) окремих учасників відповідного дискурсу інакше як кон'юнктурами назвати складно; б) хоч від результатів роботи правоохоронних органів із подолання корупції залежить успішне розв'язання багатьох важливих проблем сьогодення, неправильно однією корумпованістю пояснювати геть чи не всі негаразди суспільного та економічного життя сучасної України.

Попри значущість для скорочення масштабів корупційної поведінки в суспільстві правової культури громадян, професійності і наступальної позиції правоохоронних органів та організаційно-управлінських факторів, важливу (хоч і не визначальну) роль у мінімізації корупції відіграє якість відповідних кримінально-правових заборон. Вітчизняне законодавство про кримінальну відповідальність за службові та прирівняні до них злочини (включаючи передусім його антикорупційну складову) періодично оновлюється (розділ XVII Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК), як відомо, є одним із найбільш «багатотраждальних», створюючи в цьому сенсі гідну конкуренцію розділу VII, присвяченому злочинам у сфері господарської діяльності). У результаті відповідні кримінально-правові норми, стаючи все більш репресивними і водночас заплутаними й складними для сприйняття навіть «вузких» фахівців, створюють ґрунт для неоднозначного тлумачення та, як наслідок, суперечливого правозастосування. Цю тезу можна ілюструвати багатьма прикладами (на жаль), обмежусь декількома.

Так, у доктрині і судовій практиці існує щонайменше три позиції з питання кваліфікації одержання неправомірної вигоди, лікарями та іншими подібними професіоналами, а щодо того, яка особа має нести кримінальну відповідальність за «пасивне» зловживання впливом, в юридичній літературі висловлено сім (!) точок зору. Із відступом від принципу правової визначеності сформульовано й чинну редакцію ст. 368-2 КК «Незаконне збагачення», щодо істинного змісту, призначення і перспектив якої (без перебільшення – справжнього каменю спотикання) фахівцями висловлюються діаметрально протилежні судження. Тут вважаю за доречне пригадати висловлювання дореволюційного цивіліста Й.О. Покровського про те, що право на визначеність правових норм – одне з найбільш невід'ємних прав людської особистості; без такої визначеності взагалі не може бути і мови про будь-яке право.

Потребують наукового осмислення й чимало інших питань, пов'язаних із законодавчим забезпеченням кримінально-правової протидії корупції, зокрема таких, як: вдалість і результативність втіленого в КК варіанту диференціації кримінальної відповідальності за службові зловживання в публічній і приватній управлінських сферах; межі та умови сприйняття міжнародно-правових стандартів боротьби з корупцією; доречність обмеження застосування низки пільгових кримінально-правових положень щодо осіб, які вчинили корупційні злочини; їхній перелік; оптимальність існуючого розмежування злочинних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства; кримінально-правові аспекти перевірок публічних службовців на добросовісність; кваліфікація посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди; прийнятність кримінально-правових заборон щодо податкових деліктів для потреб протидії корупції. У зв'язку із пошуком нових орієнтирів у реформуванні системи кримінальної юстиції в Україні виникає й чимало інших важливих питань, так чи інакше пов'язаних із корупційною злочинністю і боротьбою з нею.

За умов, коли зусилля держави не завжди дають бажаний результат у вигляді мінімізації корупційних проявів і зниження рівня корумпованості суспільства, що, серед іншого, негативно впливає на міжнародний імідж України, саме напрацювання правничої науки можуть і повинні стати надійним фундаментом для якісного і виваженого законотворення в частині визначення підстав

⁴⁸ Захист відбувся у Національному університеті «Одеська юридична академія» 5 липня 2018 р.

кримінально-правового реагування на вчинення корупційних злочинів. При цьому настав час для того, щоб, певною мірою абстрагувавшись від характеристики складів конкретних злочинів, узагальнивши й критично оцінивши присвячені таким характеристикам здобутки попередників, здійснити наскрізний і комплексний аналіз відповідної проблематики під кутом з'ясування ефективності закріплених у чинному КК України заборон і на підставі цього створити доктринальну модель оптимального механізму кримінально-правової протидії корупції. До того ж конституційне закріплення положення про керування верховенством права при здійсненні правосуддя зобов'язує при розробленні вказаної моделі не обмежуватись її нормативною складовою.

Зауваження.

1. Складно оцінити схвально те, що в науковій кваліфікаційній роботі під назвою «Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні» поняття корупційних злочинів фактично залишилось не розробленим, зокрема в аспекті з'ясування його співвідношення з дефініціями понять корупції і корупційного правопорушення, наведеними в Законі України від 14 квітня 2014 р. «Про запобігання корупції» як нормативно-правовому акті, що є базовим із питань боротьби з корупцією. Дисертант обмежується вельми стислим визначенням корупційного злочину (с. 80) і констатацією того, що закріплення вичерпного переліку корупційних злочинів у примітці ст. 45 КК «має як перевагу (усуває можливі зловживання під час кваліфікації конкретного злочину як корупційного), так і недоліки (не охоплює всіх злочинів, які можуть бути корупційними (наприклад, ч. 4 ст. 160, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 201, ст. ст. 358, 365, 366, 369-3, ч. 3 ст. 371, ч. 2 ст. 375 КК), передбачає злочини, які можуть бути й не корупційними (наприклад, ст. ст. 210, 320 КК)» (с. 80).

З приводу наведеного висловлювання хотів би зауважити, що: а) знаходження тієї чи іншої статті КК у відповідному переліку жодним чином не впливає на кваліфікацію передбаченого нею злочину; б) якщо існуючий перелік корупційних злочинів має вади (а це справді так), то не зовсім зрозуміло, чому здобувач не вважає за потрібне його вдосконалити і за винятком незначних змін (виключення вказівки на ст. 354 КК і доповнення вказівкою на нову ст. 369-4 КК) пропонує залишити згаданий перелік незмінним (с. 484, 497). Поза увагою дисертанта залишилась і та обставина, що представниками кримінально-правової доктрини (О.О. Дудоров, В.М. Киричко, В.М. Куц, В.М. Мисливий, А.В. Савченко, Н.М. Ярмиш та ін.) напрацьовані різні варіанти розв'язання проблеми недосконалості законодавчого переліку корупційних злочинів саме в аспекті його узгодження з поняттям та ознаками корупційного правопорушення (див. про це, наприклад: Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ: Ваіте, 2017. С. 452–456).

У зв'язку з позначеною проблемою і, до речі, розумінням здобувачем того, що належність злочину до числа корупційних відповідно до примітки ст. 45 КК не завжди означає визнання його корупційним правопорушенням у сенсі Закону «Про запобігання корупції» (с. 81), цікаво було б дізнатись позицію дисертанта з питання, як неузгодженості між визначенням поняття корупційного правопорушення і переліком корупційних злочинів варто долати не лише *de lege ferenda*, а й *de lege lata*. Так, висловлю для обговорення думку про те, що, з огляду на пріоритетність при здійсненні правосуддя принципу верховенства права (ст. 129 Конституції України), який, серед іншого, передбачає протиставлення судової правотворчості принципу законності в тих виключних випадках, коли закон сам по собі чи при його застосуванні в конкретній ситуації породжує явну несправедливість, не варто виключати застосування ст. 45 КК (як і інших статей Загальної частини КК, що містять застереження щодо корупційних злочинів) стосовно осіб, які вчинили вказані в примітці ст. 45 КК злочини, – якщо ці злочини не містять обов'язкових ознак корупційного правопорушення та корупції (наприклад, згадані Д.Г. Михайленком статті 210 і 320 КК), у зв'язку з чим особи, які вчинили такі діяння, всупереч буквальному тлумаченню примітки ст. 45 КК фактично не є корупціонерами.

2. Оскільки мова вже зайшла про специфічні негативні кримінально-правові наслідки вчинення корупційних злочинів, нормативні положення про які (наслідки) дисертант характеризує як «спеціальний кримінально-правовий режим протидії корупції» (с. 16, 79 та ін.), відзначу, що мені, як й І.І. Чугунікову (с. 81–82), навіть незважаючи на очевидну благородну мету, складно назвати

такий законодавчий підхід прогресивним і правильним, як це робить здобувач (с. 83). Подібне посилення кримінально-правової репресії вважаю доречним і справедливим, проте лише стосовно так званих гранд-корупціонерів і за умови якісного втілення цієї ідеї в законодавчу матерію. Поява ж у низці статей Загальної частини КК на підставі Закону від 14 жовтня 2014 р. «Про Національне антикорупційне бюро України» застереження щодо корупційних злочинів ігнорує поділ кримінального права на Загальну та Особливу частини (а він вважається досягненням законодавчої техніки), «розмиває» Загальну частину КК, яка становить собою сукупність законодавчо визначених понять та інститутів, необхідних для всіх або переважної більшості положень Особливої частини КК, ламає усталений підхід до класифікації, зокрема, звільнення від кримінальної відповідальності на загальні і спеціальні види, є типовим прикладом фрагментарних, казуїстичних і загалом несистемних змін КК, зумовлених швидкоплинними і кон'юнктурними міркуваннями.

Ці законодавчі зміни навряд чи можуть бути оцінені інакше як прояв недовіри держави в особі парламенту до суддівського корпусу, не спроможного (?) кваліфіковано і виважено застосовувати норми Загальної частини КК лише чомусь щодо порушників антикорупційного законодавства. Стверджувати, що запровадження спеціального кримінально-правового режиму протидії корупції «ґрунтується на кримінологічних особливостях української корупції» (с. 81), означає ігнорувати реальні вітчизняної кримінальної законотворчості. Висловлювання дисертанта про те, що «особа, яка вчинила корупційний злочин, як правило, має значні майнові ресурси для подальшого корумпування суддів, що призводить до дисфункції механізму кримінально-правового впливу» (с. 83), видається припущенням автора, яке ігнорує різноманітність проявів кримінально караної корупції і виходить ще з одного припущення (для мене, до речі, неприйняттого) – про тотальну корумпованість вітчизняного суддівського корпусу.

Особисто в мене виникають і серйозні сумніви в конституційності тих положень Загальної частини КК, які містять застереження щодо корупційних злочинів. У зв'язку з цим пригадується рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року у справі про призначення судом більш м'якого покарання, в якому неконституційність ст. 69 КК у частині неможливості її застосування до осіб, які вчинили злочини невеликої тяжкості, обґрунтовувалась, зокрема, невідповідністю цієї кримінально-правової норми одному з принципів верховенства права – справедливості, а так само обмеженням дії принципів юридичної рівності громадян перед законом та індивідуалізації юридичної відповідальності. Видається, що така аргументація цілком може бути екстрапольована на положення Загальної частини КК, які уособлюють спеціальний кримінально-правовий режим протидії корупції.

До слова на с. 42–43 дисертації можна прочитати про те, що посилення репресивності КК щодо корупційних злочинів у вигляді запровадження заборон та обмежень на застосування до осіб, які вчинили такі злочини, пільгових положень Загальної частини КК за наявності мізерних зарплат чиновників виглядає як «створення ще більш жорстокого інструмента управління владними структурами» (с. 44). Виходить, що й сам дисертант не впевнений у «правильності» і «прогресивності» розглядуваних законодавчих змін.

3. З метою вдосконалення диференціації правового регулювання протидії корупції в публічному і приватному секторах управління дисертант пропонує викласти п. 1 примітки ст. 364 КК (норма, яка закріплює визначення поняття «публічної» службової особи) в такій редакції: «Службовими особами в статтях 364, 368, 368-2, 369 цього Кодексу є особи, які на правовій підставі здійснюють функції представників влади чи в органах державної влади або органах місцевого самоврядування організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції» (с. 22, 133, 484, 499). В обґрунтування своєї пропозиції Д.Г. Михайленко пише, що «службові особи підприємств, які: 1) знаходяться в державній чи муніципальній власності; 2) створені державою або органами муніципальної влади; 3) метою яких є здійснення лише підприємницької діяльності, у контексті застосування Закону України «Про запобігання корупції», КУпАП і КК України, не можуть визнаватися такими, що належать до публічного сектору управління» (с. 22, 133).

Як і дисертант, вважаю не зовсім вдалим критерій, використаний законодавцем для реалізації ідеї диференціації кримінальної відповідальності за службові зловживання в публічній і приватній сферах, бо, виявляється, навіть у цивілістці закріплений у ЦК України поділ юридичних осіб на види (публічного права і приватного права) не має належної аргументації. Виокремлення на рівні

суб'єктів господарювання сфер публічного і приватного управління позбавлене однозначності, у зв'язку з чим я свого часу висловлювався, наприклад, за те, що у вдосконаленому визначенні кримінально-правового поняття «публічної» службової особи замість будь-яких державних підприємств (відповідно до ГК України державні комерційні підприємства є суб'єктами підприємства) фігурували лише казенні підприємства. Таким чином, проблема, на розв'язання якої спрямовує свої зусилля дисертант, існує.

Водночас приверну увагу до того, що обґрунтування, наведене здобувачем на користь своєї пропозиції щодо більш чіткого розмежування в КК публічного і приватного секторів, стосується лише підприємств (причому, наскільки я зрозумів, тільки суб'єктів підприємницької діяльності). При цьому сам дисертант не сумнівається в тому, що посягання з боку публічних службовців призводять до послаблення не лише державної влади чи влади місцевого самоврядування, а й встановленого законодавством порядку здійснення публічних функцій в юридичних особах публічного права (с. 364). Якщо це так, то чому не повинні визнаватись «публічними» службовими особами ті, хто виконує організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції в юридичних особах публічного права, відмінних від органів державної влади і місцевого самоврядування, з одного боку, і від державних і комунальних підприємств – суб'єктів підприємства, з іншого? Принаймні аргументів на користь того, що на таких службових осіб повинен розповсюджуватись кримінально-правовий режим протидії корупції в приватному секторі управління, мені в дисертації відшукати не вдалося.

Висловлю також думку про те, що викладення п. 1 примітки ст. 364 КК в редакції, запропонованій здобувачем, у поєднанні з реалізацією інших законодавчих новел, ініційованих автором, призведе до навряд чи виправданих прогалин у кримінально-правовому регулюванні протидії корупції. Адже, наприклад, одержання неправомірної вигоди службовою особою юридичної особи, яка не є органом державної влади або місцевого самоврядування (якщо ця службова особа не є представником влади) за вчинення правомірного діяння по службі та (або) не в ході економічної діяльності (фінансова і комерційна діяльність, вочевидь, є різновидами економічної діяльності) не зможе бути кваліфіковане ні за ст. 368 КК (через відсутність суб'єкта), ні за ст. 368-3 КК (через відсутність об'єктивної сторони).

На с. 132 дисертації робиться висновок про те, що «юридичні особи, які не наділені публічними функціями, у контексті застосування антикорупційного законодавства України є юридичними особами не публічного права, а приватного права». Здобувачем, однак, не розкривається, які функції мають вважатись публічними в контексті застосування антикорупційного законодавства. Інакше кажучи, тут (за винятком визнання публічними функцій органів державної влади і місцевого самоврядування і, навпаки, невизнання публічними функцій, здійснюваних державними і комунальними підприємствами – суб'єктами підприємницької діяльності) спостерігається невизначеність, подібна до тієї, що має місце стосовно використаного в КК поняття «публічні послуги». Крім цього, викладена доктринальна позиція, яка докладно обґрунтована в тексті роботи, не знаходить належного відображення в законодавчих змінах, ініційованих дисертантом. Бо викладення в новій редакції п. 1 примітки ст. 364 КК, з якої випливає належність до суб'єктів публічних функцій органів державної влади і місцевого самоврядування, як видається, лише частково розв'язує проблему. Як наслідок, є цілком очевидною відповідь на питання, чим керуватиметься правозастосувач, визначаючи кримінально-правовий статус тієї чи іншої службової особи, – виваженою доктринальною позицією чи невдалим, але закріпленим у статтях 81, 87 ЦК України критерієм поділу юридичних осіб на види. Звичайно, ЦК.

4. У дисертації наводиться розгорнутий і змістовний огляд антикорупційних міжнародно-правових документів (с. 117–130), спираючись у тому числі на положення яких, здобувач висуває конструктивні пропозиції щодо вдосконалення диференціації правового регулювання протидії корупції в публічній і приватній сферах. Видається, однак, що тема дисертації зобов'язувала її автора висвітлити питання, пов'язані з імплементацією вказаних документів, не так вибірково (фрагментарно), як це зроблено в рецензованій праці.

Так, за чинною редакцією ст. 368 КК, яка в цьому сенсі не відрізняється від її попередніх редакцій, є однаковою правова оцінка «неправомірної вигодипідкупу» і «неправомірної вигодиподяки». Однак такий традиційний підхід законодавця, послідовно підтримуваний судовою практикою, не

повною мірою узгоджується зі статтями 2, 3 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією і ст. 15 Конвенції ООН проти корупції, де наголошується на необхідності криміналізації лише підкупу національних державних посадових осіб; «...одержання вигоди після вчинення публічною посадовою особою дії без попереднього пропонування, вимагання або згоди з нею карним злочином відповідно до Конвенції не є» (п. 43 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією). Пропонована дисертантом зміна назви ст. 368 КК – «Пасивний підкуп службової особи публічного сектору» (с. 326, 485, 501) не може вважатись задовільним вирішенням згаданої проблеми, адже із незмінюваної диспозиції ч. 1 цієї статті КК висновок про обов'язковість одержання неправомірної вигоди «публічною» службовою особою не впливатиме (про подібну проблему стосовно підкупу службової особи юридичної особи приватного права я писав у коментарі до ст. 368-3 КК – див.: Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. – 2-ге вид., переробл. і допов. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 235–236).

Потребують фахового розв'язання і питання, зумовлені тим, що міжнародно-правові рекомендації стосовно запровадження кримінальної відповідальності за зловживання впливом Україна виконала «з запасом». Річ у тім, що чинна редакція ст. 369-2 КК сформульована максимально узагальнено (абстрактно); вона не містить уточнень, за допомогою яких законодавець мав би недвозначно виразити свою волю, та, як наслідок, основну ідею криміналізації зловживання впливом як специфічних тристоронніх відносин з ознаками «фонові» корупції, відмінних від традиційного хабарництва за участю «публічних» службових осіб, чітко не відображає, хоч і не відкидає її (докладніше про це див.: Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ: Ваіте, 2017. С. 536–554).

Взагалі створюється враження, що дисертант дещо «захопився» завершальним рубежем кримінально-правової протидії корупції, включаючи таку його складову, як кримінально-правова заборона щодо незаконного збагачення, та, як наслідок, занадто абстрагувався від кримінально-правової проблематики, пов'язаної з *основним* (за класифікацією самого здобувача) рубежем такої протидії.

5. Критично оцінюючи чинну редакцію ст. 354 КК як прояв надмірної криміналізації та пропонуючи відмовитись від цієї кримінально-правової заборони *de lege ferenda*, автор неодноразово стверджує, що неуправлінської корупції бути не може (с. 127, 364 та ін.). Водночас коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за зловживання повноваженнями у приватному секторі (ст. 364-1) і «пасивний» підкуп у приватному секторі (ст. 368-3 КК), пропонується розширити за рахунок працівників юридичних осіб приватного права, які не є службовими особами, та інших осіб, які працюють на користь таких юридичних осіб. Але хіба зазначені діяння цих «нових старих суб'єктів» немає підстав розцінювати як прояви саме неуправлінської корупції? Питання, мабуть, риторичне. Крім цього, теза здобувача про відсутність неуправлінської корупції спростовується існуванням правових режимів (за термінологією Д.Г. Михайленка) протидії корупції у сфері надання публічних послуг та у сфері спорту.

Не дивлячись на згадану пропозицію здобувача із вдосконалення ст. 364-1 і ст. 368-3 КК, вважати її оптимальним розв'язанням проблеми суб'єктного складу караних за цими статтями КК злочинів – різновидів корупційної поведінки в приватній сфері, я б не став. Так, в юридичній літературі зустрічається пропозиція коло суб'єктів злочину, передбаченого ч. 3 (ч. 4) ст. 368-3 КК, розширити за рахунок осіб, які, працюючи у фізичної особи – підприємця (ФОП) на підставі трудового договору, виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції. Наразі одержання ними неправомірної вигоди не може кваліфікуватись ні за ч. 3 (ч. 4) ст. 368-3 КК, ні за ч. 3 (ч. 4) ст. 354 КК (бо ці особи не є ні службовими особами юридичних осіб приватного права, ні працівниками підприємств, установ чи організацій та особами, які працюють на користь підприємств, установ чи організацій). ФОПи, однак, є повноцінними суб'єктами господарювання, прирівняними за повноваженнями до комерційних юридичних осіб, у зв'язку з чим продемонстрований стан речей є вадою КК, яка потребує усунення (див.: Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. – 2-ге вид., переробл. і допов. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 238).

Постає також питання, чи не повинен удосконалений КК передбачати можливість настання відповідальності за зловживання повноваженнями у приватному секторі і «пасивний» підкуп у приватному секторі самих ФОПів та осіб, які, працюючи на підставі укладених з ними трудових договорів, не виконують при цьому організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції.

У зв'язку з ініціативою здобувача виключити з КК ст. 354 хотів би нагадати, що на сьогодні ця норма дозволяє давати кримінально-правову оцінку випадками одержання неправомірної вигоди викладачами, лікарями та іншими подібними професіоналами, які можуть й не бути працівниками юридичних осіб приватного права (останні за певних обставин зможуть нести відповідальність за «пасивний» підкуп у приватному секторі за ст. 368-3 КК, викладеною в редакції, запропонованій дисертантом). При цьому визнання згаданих професіоналів особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, на мою думку, є проблематичним через законодавчу невизначеність поняття «публічні послуги» і доцільність обмежувального тлумачення використаного в ст. 368-4 КК звороту «інша особа, яка провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг». То чи не призведе загалом зрозуміле і схвальне бажання позбутись ст. 354 КК до прогалини у кримінально-правовому регулюванні протидії корупції й особливо з урахуванням того, що сфера застосування оновленої ст. 368-3 КК обмежуватиметься економічною діяльністю?

6. Д.Г. Михайленко є послідовним і переконаним прибічником збереження для потреб реальної (ефективної) протидії корупції кримінально-правової заборони, присвяченої незаконному збагаченню, а наведена в дисертації авторська редакція ст. 368-2 КК (с. 370–372, 485–486) відзначається ретельною продуманістю. Тому наукову позицію здобувача в цій частині доволі складно поколивати навіть тим дослідникам, які є, так би мовити, ідеологічними супротивниками статті КК про відповідальність за незаконне збагачення (до слова я на сьогодні не належу до їх числа, бо вважаю, що згадана кримінально-правова заборона має право на існування як «гіркі ліки» – радикальний захід, спрямований на скорочення масштабів корупційної поведінки). Водночас у порядку ведення дискусії вважаю за доцільне висловитись з приводу окремих міркувань здобувача, які стосуються кримінальної відповідальності за незаконне збагачення.

На думку дисертанта, позбавлений самостійного характеру безпосередній об'єкт незаконного збагачення охоплює безпосередні об'єкти всіх корупційних злочинів, вчинюваних у публічному секторі, норми про відповідальність за які розміщено як у розділі XVII Особливої частини КК, так і за його межами (с. 18, 182, 184 та ін.). Стверджується також, що ст. 368-2 КК не може застосовуватися в разі, якщо до суттєвого збільшення майнових активів особи призвело вчинення злочину, передбаченого нормами КК, які не є елементами багаторубіжного механізму правової протидії корупційним правопорушенням (наприклад, ст. 185 КК) (с. 194).

На мій погляд, якщо виходити з чинної редакції ст. 368-2 КК, яка не виключає некорупційний шлях збільшення активів відповідного суб'єкта, то в цьому разі Д.Г. Михайленко видає бажане за дійсне. Адже предикатним стосовно незаконного збагачення може виступити будь-який корисливий (не обов'язково корупційний) злочин, вчинений особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Наприклад, це може бути не лише заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК), віднесене до числа корупційних злочинів (примітка ст. 45 КК), а і будь-який інший корисливий злочин проти власності, злочин у сфері господарської діяльності (скажімо, зайняття гральним бізнесом, контрабанда) тощо. Ба більше: використаний у ч. 1 ст. 368-2 КК зворот «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами» не виключає того, що предикатними стосовно незаконного збагачення можуть визнаватись відмінні від злочинів правопорушення. До речі, сам дисертант не виключає застосування ст. 368-2 КК, зокрема, в тому випадку, коли особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, надасть докази отримання активів від вчинення злочину, який не є корупційним (с. 207). Отже, предикатні стосовно незаконного збагачення делікти можуть бути і не корупційними.

Під значним перевищенням законних доходів у вдосконаленій ст. 368-2 КК пропонується розуміти таке перевищення, розмір (вартість) якого вищий за одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (с. 486). Оскільки вказана ознака є криміноутворювальною, а в п. 5.7

Експертного висновку РЄ про фінансовий контроль за деклараціями про доходи і майно в Україні (розділ VII Закону України «Про запобігання корупції») констатується завищеність подібного вартісного показника, закріпленого в п. 2 примітки чинної редакції ст. 368-2 КК, очікував, що дисертант наведе обґрунтування запропонованої ним величини, а так само оцінить висловлені в літературі думки щодо диференціації кримінальної відповідальності за незаконне збагачення залежно від його розмірів. Оскільки в роботі відповідні пояснення відсутні, залишається сподіватись на те, що вони будуть надані під час захисту.

Дисертант вважає за потрібне в примітці поліпшеної ст. 368-2 КК закріпити такий припис: «Особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, якщо встановлено, що збільшення її активів і/або активів членів її сім'ї, які значно перевищили їхні законні доходи, відбулося в результаті вчинення іншого злочину чи правопорушення» (с. 486). Прагнення не допускати при застосуванні ст. 368-2 КК порушення принципу *non bis in idem* (ч. 1 ст. 61 Конституції Україною, ч. 3 ст. 2 КК) заслуговує на підтримку. Сенс окремого існування досліджуваної заборони полягає, як відомо, в переорієнтації правоохоронних органів з доказування вчинення конкретного корупційного делікту на виявлення і фіксацію факту незаконного збагачення. Відпадає необхідність у складній слідчій діяльності з доказування первинного (предикатного) діяння, що, однак, не означає його відсутність. Незаконне збагачення саме тому й має тягнути кримінальну відповідальність, що необґрунтоване збільшення активів або витрат спеціального суб'єкта є результатом вчинення ним латентного корупційного злочину. Фактично про це саме веде мову й дисертант, зазначаючи, що ст. 368-2 КК підлягає застосуванню тоді, коли до незаконного збагачення призвело вчинення корупційного злочину, який залишився нерозкритим (с. 194). Відтак оцінюваний припис виглядає таким, що не узгоджується з обстоюваною здобувачем і покладеною в основу кримінально-правової заборони, присвяченої незаконному збагаченню, презумпцією корупційного походження статків «публічної» службової особи.

7. Дисертант неодноразово нарікає на відсутність в Україні політичної волі керівництва держави, необхідної для боротьби з корупцією (особливо інституціоналізованою) (с. 15, 37, 40–42, 60–61, 69, 357, 364 та ін.), і пов'язує посилення ефективності антикорупційної діяльності із залученням до цього процесу інститутів громадянського суспільства, у тому числі у формі приватного кримінального переслідування. Скептично ставлячись до ідеї перетворення громадянського суспільства в нового суб'єкта антикорупційної діяльності з наділенням його специфічним кримінально-правовим інструментарієм, переконаний у тому, що головним суб'єктом протидії (в тому числі кримінально-правової) корупції є і повинна залишатись держава, а цивілізоване громадянське суспільство в Україні ще треба створити. Бо не вважаю інститутами такого суспільства ні, наприклад, численні й зорієнтовані на гранти організації «професійних громадських антикорупціонерів», ні журналістів заангажованих ЗМІ, професійність і неупередженість яких (у тому числі через існуючий неофіційний поділ медіа-простору) постійно викликає запитання.

Твердження на кшталт того, що громадянське суспільство – це головна жертва корупції (с. 343), є, на мій погляд, вищим рівнем абстракції. Обсяг корупційних практик, звичайно, залежить від політичної волі керівництва держави протидіяти корупційній злочинності, але він зумовлюється й багатьма іншими факторами, включаючи низький рівень правосвідомості населення. В жодному разі не ідеалізуючи гілки державної влади в Україні та її носіїв, відзначу, що було б лицемірством не помічати такі прояви політичної волі щодо протидії корупції, як, зокрема, створення НАБ, САП, НАЗК, запуск системи електронного декларування, ухвалення Закону «Про Вищий антикорупційний суд», законодавче запровадження різних правових режимів протидії корупції (у тому числі невинуватого жорсткого спеціального), знищення найбільшого корупційного хабу в межах НАК «Нафтогаз України», вдосконалення адміністрування ПДВ та очищення від корупції системи державних закупівель. Чи політична воля в цьому разі має полягати в тому, що, наприклад, Президент України повинен давати вказівки працівникам правозастосовним органам сумлінно виконувати свої службові обов'язки?

Відгук на докторську дисертацію Р.А. Волинця «Кримінально-правова охорона фондового ринку»⁴⁹

Актуальність теми дисертаційного дослідження зумовлена щонайменше такими чинниками, як значущість фондового ринку для економіки України, необхідність забезпечити його належне функціонування у тому числі за допомогою якісного кримінально-правового інструментарію, недостатня розробленість цієї проблематики у вітчизняній юридичній літературі, погане орієнтування правозастосувачів у нюансах кримінально-правової характеристики злочинів, вчинюваних на фондовому ринку.

Із переходом економіки України до ринкових засад набули поширення різноманітні цінні папери, сформувався фондовий ринок, який визнається важливим елементом мобілізації національних заощаджень і трансформації їх в інвестиційні ресурси. Світовий досвід засвідчує, що фінансування суб'єктів господарювання шляхом розміщення цінних паперів має істотні переваги перед іншими формами інвестування, оскільки характеризується високою ліквідністю, у зв'язку з чим у переважній більшості країн із розвинутою ринковою економікою відбувається поступовий процес втрати банками ролі основного кредитора на користь фондового ринку. Його розвиток вважається індикатором лібералізації економіки та успішного проведення ринкових реформ, створює важливий компонент сучасного механізму економічного регулювання, надає економіці гнучкості та мобільності, забезпечує можливість швидкого направлення ресурсів з одних галузей в інші та здійснення структурної перебудови виробництва. Саме фондовий ринок оперативно реагує на зміни у виробництві, торгівлі і кон'юктурі ринку.

За часи незалежності Україна досягла певного прогресу у формуванні організаційних і правових засад функціонування фондового ринку, що знайшло закріплення й на законодавчому рівні у вигляді ухваленого 23 лютого 2006 р. Закону «Про цінні папери та фондовий ринок». Останній доречно врахував не лише досвід діяльності вітчизняного та європейського фондових ринків, а й положення прийнятих у 2003 р. Цивільного і Господарського кодексів України.

Розвиток фондового ринку України (або принаймні відсутність його стагнації) зумовлюється низкою факторів, серед яких – стан законодавчого забезпечення протидії відповідним правопорушенням. Вчинювані на фондовому ринку злочини та інші правопорушення (у тому числі розповсюдження практик маніпулятивного та інсайдерського характеру, розміщення «сміттєвих» цінних паперів і фіктивної емісії) створюють підґрунтя для недовіри з боку інвесторів, збільшують інвестиційні ризики та погіршують інвестиційний клімат, руйнують перспективи формування сучасної ринкової економіки в Україні, посягають на інтереси власників цінних паперів та інших учасників фондового ринку, сприяють відмиванню «брудних» доходів тощо.

Судячи зі статистичних даних, які характеризують правозастосовну діяльність Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (НКЦПФР), наразі в Україні спостерігається низький рівень дотримання вимог законодавства про фондовий ринок. Такий стан речей є, серед іншого, наслідком неадекватності існуючих санкцій масштабам заподіюваної шкоди, а в багатьох випадках – відсутності належних покарань за порушення зазначеного законодавства. Формування відповідних кримінально-правових заборон відзначаються казуїстичністю і громіздкістю, що неминуче ускладнює їхнє сприйняття, переважані бланкетними ознаками і позбавлені визначеності, вкрай потрібної задля забезпечення єдності правозастосування і врешті-решт верховенства права. Точність та адекватність понятійного апарату, використаного у цих заборонах, викликає чимало запитань, які потребують фахових відповідей. Звернення до спеціальних норм КК України про відповідальність за злочини проти фондового ринку і практики їхнього застосування (чи, скоріш, незастосування, бо переважна більшість цих норм належить до когорти «мертвих») учергове переконує в тому, що однією з негативних тенденцій розвитку нашого законодавства про кримінальну відповідальність за господарські (і прирівняні до них) злочини є кількісне зростання обсягу законодавчого матеріалу при фактично незмінній криміналізації, коли поява в

⁴⁹ Захист відбувся у Київському національному університеті імені Тараса Шевченка 29 листопада 2018 р.

КК нових статей фактично не веде до очікуваного збільшення кола злочинних діянь і, головне, до бажаного ефекту, на який розраховують суб'єкти законодавчої ініціативи і парламентарії.

Проблематика кримінально-правової охорони фондового ринку України не обійдена увагою у вітчизняній науці. Так, серед дисертацій із зазначеної проблематики варто виділити роботи: О.Б. Сахарової «Попередження органами внутрішніх справ злочинів, що вчиняються на ринку цінних паперів» (К., 2002); Р.В. Щавінського «Кримінальна відповідальність за порушення порядку емісії недержавних цінних паперів» (К., 2006); О.О. Кашкарова «Кримінально-правова характеристика злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів» (К., 2007); О.Ю. Вітка «Об'єкт і предмет злочинів у сфері емісії, розміщення або видачі цінних паперів та їх обігу» (К., 2014). Однак основний зміст дисертаційного дослідження О.Б. Сахарової складає не кримінально-правова, а кримінологічна характеристика злочинів, що посягають на фондовий ринок, а також питання попередження таких злочинів. У кандидатській дисертації Р.В. Щавінського аналізується лише один склад злочину (ст. 224 КК України). Обмежений (хоч і наскрізний) аспект аналізованої проблематики висвітлений і в кваліфікаційній роботі О.Ю. Вітка. Не дивлячись на те, що у дисертації О.О. Кашкарова знайшов відображення комплексний підхід до проблематики кримінально-правової охорони фондового ринку, у ній відсутнє належне теоретичне обґрунтування виокремлення фондового ринку як видового об'єкта певної групи злочинних посягань. Водночас з урахуванням численності і неоднорідності злочинів, норми про відповідальність за які об'єднані у розділ VII Особливої частини КК України, конструктивним і таким, що дозволяє отримати цілісне уявлення про сучасний стан і перспективи кримінально-правової охорони певного блоку правовідносин, вважаю підхід, який ґрунтується на виділенні саме видового об'єкта. До того ж у дисертації О.О. Кашкарова та у виданій за результатами її захисту монографії (див.: Кашкаров О.О. Проблеми кваліфікації злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів. Х., 2008. 186 с.) не проаналізовані положення Закону України від 25 грудня 2008 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення на ринку цінних паперів», на підставі якого статті 223 і ст. 232-1 КК України викладено у новій редакції, а також з'явилися нові заборони – ст. 223-1 «Підроблення документів, які подаються для реєстрації випуску цінних паперів», ст. 223-2 «Порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів» і ст. 232-2 «Приховування інформації про діяльність емітента». Наукового осмислення потребують не лише згадані зміни КК України, а й численні новели регулятивного законодавства, які стосуються тлумачення і застосування норм, присвячених кримінальній відповідальності за злочини проти фондового ринку.

Таким чином, у доктрині бракувало цілісного і фундаментального підходу до розв'язання проблеми підвищення ефективності кримінально-правової охорони фондового ринку України, і рецензоване дисертаційне дослідження своєчасно та успішно заповнило цю прогалину.

Зауваження.

1. Постановку дисертантом питання про «розуміння фондового ринку (ринку цінних паперів) у кримінальному праві» (с. 55–58, 133 та ін.) вважаю дискусійною. Та обставина, що норми чинного КК України про відповідальність за зловживання на фондовому ринку не повною мірою узгоджуються з положеннями регулятивного законодавства і частково є прогальними (ця слушна думка «пронизує» весь текст дисертації Р.А. Волинця), все ж не дозволяє виділяти якесь специфічне «кримінально-правове розуміння» фондового ринку. Будь-які критичні судження на адресу відповідної легальної дефініції (я не кажу, що вона досконала) лише на тій підставі, що існують компоненти фондового ринку, які поки що не дістали належної кримінально-правової охорони, і що шкода фондовому ринку може бути заподіяна і не його учасниками, видаються недоречними, бо не узгоджуються з основним – охоронним завданням кримінального закону (ч. 1 ст. 1 КК України).

Водночас послідовно обстоюване здобувачем положення про фондовий ринок як об'єкт кримінально-правової охорони як таке, що уникає безпідставного пріоритету закону про кримінальну відповідальність над регулятивним законодавством є, на мою думку, коректним, а тому заслуговує на підтримку. Щоправда, дещо дивним є те, що у науковій кваліфікаційній роботі під назвою «Кримінально-правова охорона фондового ринку» з відповідним предметом (с. 23) її

автор чітко не артикулював, яке саме розуміння кримінально-правової охорони він обстоює. Ба більше: цього не зроблено і в порядку реагування на зауваження А.М. Орлеана, висловлені у рецензії на монографію Р.А. Волинця «під докторську», про те, що кримінально-правова охорона не може обмежуватись лише кримінально-правовими нормами (питаннями їхнього формування, розвитку та застосування) і що більш доречною з погляду завдань монографічного дослідження була б конструкція «кримінально-правове забезпечення охорони...» (див.: Орлеан А.М. Актуальне дослідження проблем кримінально-правової охорони фондового ринку. Вісник кримінального судочинства. 2018. № 1. С. 206–207).

Судження дисертанта з цього приводу виглядають певною мірою суперечливими. Так, із формулювання основного результату, який становить наукову новизну проведеного дослідження (с. 24), зрозуміло, що у кримінально-правовій охороні фондового ринку є нормативна складова. Проте з використаного на с. 19 звороту «кримінально-правова охорона та нормативна регламентація кримінальної відповідальності за злочини проти фондового ринку» входження нормативної складової у кримінально-правову охорону фондового ринку, вочевидь, не впливає. Поряд із цим навряд чи вдала назва підрозділу 2.1 дисертації «Загальна характеристика норм кримінального права України, що здійснюють охорону фондового ринку» схиляє до думки про тотожність кримінально-правової охорони фондового ринку та її нормативної складової.

До речі, згадана невдалість назви підрозділу 2.1 зумовлена і тим, що у ньому не стільки характеризуються відповідні кримінально-правові норми, скільки йдеться про класифікацію злочинів, відповідальність за які передбачено у розділі VII Особливої частини КК, і про виокремлення з них безпосередніх (спеціальних) посягань на фондовий ринок України.

Приверну увагу і до того, що при окресленні особливостей визнання фондового ринку об'єктом кримінально-правової охорони дисертант вказує, серед іншого, на «зв'язок фондового ринку (ринку цінних паперів) з діяльністю держави як «елемента» ринкової економіки в Україні» (с. 52). Навряд чи можна ототожнювати державу зі складовою ринкової економіки в Україні; мабуть, правильнішою інтерпретацією тут буде розуміння держави як регулятора, в особі компетентних органів, відносин на фондовому ринку. Фактично про таку («неринкову») роль держави веде мову і здобувач (с. 52–54).

Також у межах підрозділів 1.1. та 1.2 дисертації дещо бракує висвітлення змістовних зв'язків між власне економічним матеріалом і кримінально-правовою матерією. Зокрема, незважаючи на те, що у назві підрозділу 1.1 здобувач заявив, що досліджуватиме функціональні характеристики фондового ринку, у ньому не висвітлені, хоча б узагальнено, призначення фондового ринку і виконувані ним завдання в економічній системі держави. Подібний екскурс у першопричини створення фондового ринку сприяв би кращому розумінню змісту охоронюваних кримінальним законом правовідносин, а отже, глибшому з'ясуванню суспільної небезпеки злочинів проти фондового ринку.

2. Переважна більшість різноманітних класифікацій, наведених у роботі, є коректними і науково обґрунтованими. Трапляються, однак, випадки, коли недотримання відомої у логіці вимоги про класифікацію понять за однією зрозумілою підставою має своїм наслідком те, що отримані в результаті поділу класифікаційні групи одна одну чітко не виключають.

Так, на с. 263 дисертант пише: «Аналіз суспільно небезпечних діянь, передбачених об'єктивною стороною складів злочинів проти фондового ринку, дозволяє розділити їх на такі види: 1) дії, спрямовані на виготовлення та/або обіг підроблених цінних паперів (статті 199 та 224 КК); 2) діяння, які порушують порядок емісії та обліку цінних паперів (статті 223¹ та 223² КК); 3) діяння, які порушують порядок надання та використання інформації на фондовому ринку (статті 232¹ та 232² КК); 4) дії, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі (ст. 222¹ КК)».

Зауважу, що відповідно до ст. 10-1 Закону «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» одним з діянь, які вважаються маніпулюванням на фондовій біржі, є «поширення інформації через засоби масової інформації, у тому числі електронні, або будь-якими іншими способами, яке призводить або може призвести до введення в оману учасників ринку щодо ціни, попиту, пропозиції або обсягів торгів фінансових інструментів на фондовій біржі, що не відповідають дійсності, зокрема поширення недостовірної інформації, у разі коли особа, яка поширила таку

інформацію, знала або повинна була знати, що ця інформація була недостовірною». Ще одним різновидом маніпулювання на фондовій біржі загаданий Закон називає «здійснення або намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів шляхом учинення умисних протиправних дій, у тому числі ... використання інсайдерської інформації». За таких обставин злочин, передбачений ст. 222-1 КК України (група 4), частково може вважатись порушенням порядку використання інформації на фондовому ринку (група 3). До слова «інформаційну» складову має і диспозиція ч. 1 ст. 222-1 КК України, викладеної в авторській редакції дисертанта (с. 350, 382). Цікаво, що окремі дослідники взагалі пропонують звести маніпулювання на фондовому ринку до певних інформаційних зловживань (див.: Тертишник В., Кошовий О. Доктринальні проблеми відповідальності за зловживання на фондовому ринку. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 6. С. 287).

Якщо мова вже зайшла про маніпулювання на фондовому ринку, то хотів би зауважити, що сформульована у роботі редакція ст. 222-1 КК України (с. 382) сприймається критично. Обмеження меж дії цієї кримінально-правової заборони лише окремими видами протиправної поведінки, неврахування специфіки встановлення і коливання цін на фінансові інструменти на біржі, а також використання змістовно неоднозначних конструкцій «з метою формування неправильного уявлення», «з метою встановлення ціни ... яка явно не відповідає дійсній ціні» спонукає зробити песимістичний висновок про збереження цією статтею КК статусу як «мертвої» норми.

За результатами аналізу відповідних норм кримінального законодавства зарубіжних країн здобувач виокремив типові і нетипові форми посягань на фондовий ринок (с. 97–110, 113–114). При цьому, наприклад, якщо незаконне використання інсайдерської інформації віднесено до типових форм посягань, то норми КК Швейцарії і КК Іспанії, які фактично передбачають відповідальність за зловживання з такою інформацією, викладаються у межах рубрики «Кримінальна відповідальність за нетипові форми посягань на фондовий ринок за зарубіжним законодавством» (с. 98–99). Потребує також пояснення, чому поняттям випуску цінних паперів з порушенням встановлених вимог як однієї з типових форм (с. 98) не можна охопити порушення правил ринку цінних паперів, вчинювані у тому числі в процесі їхнього випуску, карані за КК Грузії і віднесені до нетипових форм посягань на фондовий ринок (с. 101). Використання підроблених цінних паперів називається типовою формою (причому беззастережно – с. 97) у той час, як «різноманітні види використання ... підроблених цінних паперів як способи вчинення інших злочинів» – вже нетиповою формою посягання на фондовий ринок (с. 104).

Крім цього, окремі злочини, про які дисертант вирішив написати у підрозділі 1.3.2 «Кримінальна відповідальність за посягання на фондовий ринок: окремі порівняльно-правові аспекти», мабуть, через згадування у тексті тієї чи іншої кримінально-правової норми про цінні папери (с. 103–106), немає підстав розцінювати як злочини проти фондового ринку.

Торкаючись далі компаративістського блоку рецензованої дисертації, відзначу і те, що дисертант майже не розкрив ключові аспекти американської моделі кримінально-правової охорони фондового ринку, обмежившись стислим згадуванням § 480 розділу 18 Зібрання законів США, який визнає злочином володіння та інші дії з підробленими цінними паперами – до речі, такими, що емітовані не в США, а іноземним банком чи корпорацією (про що автор не зазначає). Натомість дисертант не згадує про більш доречний у цьому разі § 1348 Зібрання законів США, присвячений караності шахрайства з цінними паперами, що перебувають в обігу на фондовому ринку США, а також із котируваннями на окремі групи товарів, угоди щодо яких укладаються на товарних біржах.

3. Складно позитивно оцінити позицію дисертанта, який, розкриваючи суб'єктивні ознаки складів злочинів, що посягають на фондовий ринок (підрозділ 2.3), вирішив уникнути розгляду проблеми специфічного змісту умислу у злочинах із змішаною протиправністю та релевантності юридичної помилки при вчиненні цих злочинів. Зазначивши, що ця проблема взагалі-то існує, здобувач без жодних пояснень заявляє, що «у контексті злочинів, які посягають на фондовий ринок, ця проблема не створює загрозу засудження без вини» (с. 251).

Я послідовно дотримуюсь точки зору, згідно з якою кримінальну відповідальність за порушення регулятивного законодавства має виключати лише сумнінна помилка особи щодо заборонності своєї поведінки, яка може бути викликана неправильним сприйняттям змісту відмінного

від КК нормативно-правового акту чи іншого джерела. Ця помилка спростовує конституційну презумпцію знання особою законів, яку як загальне правило відкидати не слід.

Вважаю, що розгляд цієї злободенної проблеми стосовно злочинних порушень законодавства про фондовий ринок був би вельми доречним з огляду на складність, громіздкість і мінливість регулятивного законодавства, до положень якого відсилають бланкетні диспозиції відповідних кримінально-правових заборон, суперечливість нормотворчої практики НКЦПФР, а так само у зв'язку з ініційованим дисертантом істотним розширенням сфери застосування КК України у частині протидії посяганням на фондовий ринок.

4. Вимушений констатувати непослідовність окремих міркувань здобувача щодо шляхів вдосконалення досліджуваних кримінально-правових заборон.

Так, на с. 201 дисертації її автор називає конструктивною доктринальну пропозиція виключити зі ст. 232-1 КК України вказівку на незаконну передачу інсайдерської інформації та незаконне надання доступу до такої інформації (бо ці дії є різновидами розголошення). Проте у редакції згаданої статті КК, сформульованій здобувачем (с. 343, 387), передача інсайдерської інформації та надання доступу до неї продовжують фігурувати (поряд із розголошенням інсайдерської інформації).

Автор переймається уточненням формулювання, наведеного у п. 3 примітки ст. 232-1 КК України, яка містить коло осіб, спроможних нести відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації, і пропонує *de lege ferenda* власний конкретизований перелік виконавців цього злочину (с. 358–360, 389–390). Однак на с. 244 дисертації зазначається, що «доцільно було б взагалі виключити п. 3 цієї примітки та визначити, що суб'єкт незаконного використання інсайдерської інформації є загальним».

На одних сторінках дисертації (зокрема, с. 293, 359–360) можна прочитати, що для більшої зрозумілості того, які саме наслідки мають тягнути дії, карані за ст. 223-2 КК України, у ній треба вказати на втрату системи реєстру власників іменних цінних паперів. Водночас на інших сторінках роботи (с. 168, 194, 375, 393) зазначається, що внаслідок набрання чинності Законом «Про депозитарну систему України» система реєстру власників іменних цінних паперів перестала існувати, а функціонує система депозитарного обліку цінних паперів. Додам від себе, що з квітня 2014 р. іменні емісійні цінні папери випускаються й існують виключно у бездокументарній формі, у зв'язку з чим ведення реєстрів їх власників не здійснюється, а системи реєстру власників іменних цінних паперів, за загальним правилом, відсутні. За таких обставин слід підтримати дисертанта у тому, щоб злочином, передбаченим ст. 223-2 КК України, визнавати окремі порушення порядку здійснення лише депозитарної діяльності, не пов'язуючи наявність складу цього злочину з втратою (повністю або частково) системи реєстру власників іменних цінних паперів (с. 27–28, 351, 384).

З метою чіткого визначення переліку осіб – виконавців злочину «Підроблення документів, які подаються під час емісії цінних паперів» дисертант пропонує у ч. 3 ст. 29 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» зазначити, що «відповідальність за достовірність відомостей, наведених у документах, що подаються для реєстрації випуску та проспекту емісії цінних паперів, несуть особи, які підписали та/або подали ці документи» (с. 226–230, 392). Сумніваюсь у тому, що це дозволить усунути вказану невизначеність, якщо у вдосконаленій ст. 223-1 КК України (с. 383), як і тепер, йтиметься саме і тільки про внесення уповноваженою особою завідомо неправдивих відомостей у певні документи, тобто підроблення останніх. Виходить, що і після пропонуваного уточнення Закону «Про цінні папери та фондовий ринок» зберігатиме актуальність доктринальний підхід, який імпонує дисертанту (с. 190–191) і полягає в тому, що дії особи, котра подає належному адресату документ з неправдивими відомостями, діє за домовленістю з тим, хто вніс такі відомості, і знає про їхню наявність, слід вважати співучастю у злочині, передбаченому ст. 223-1 КК України, а не його виконанням.

Якщо незаконне розміщення цінних паперів може заподіяти шкоду інвестору, що дисертант справедливо бере до уваги при формулюванні авторської редакції ст. 222-2 КК України (с. 289, 340–341, 383), то сама по собі публічна пропозиція щодо розміщення емісійних цінних паперів без належного дозволу (ініційована Р.А. Волинцем ст. 224-3 КК України «Порушення правил, що

визначають процедуру, яка передуює випуску цінних паперів» – с. 387) – навряд чи. Показово, що основний склад злочину «Підроблення документів, які подаються під час емісії цінних паперів» (ч. 1 ст. 223-1 КК України), який, як і згаданий новий делікт, так би мовити, передуює розміщенню цінних паперів, дисертант пропонує сконструювати як формальний.

Здобувач висловлюється за те, щоб закріпити у двох статтях КК України спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності і формулює відповідні приписи – ч. 3 ст. 222-1, ч. 5 ст. 232-1 (с. 330, 335, 356, 382–383, 388–389). Сподіваюсь, що під час захисту Руслан Анатолійович пояснить свою позицію, адже з позиції Н.А. Орловської, сумлінно відтвореної дисертантом (с. 329), така вибірковість у застосуванні кримінально-правового заохочення щодо злочинів проти фондового ринку не впливає.

5. Дисертант пише, що в результаті внесення змін до ст. 163-10 КУпАП (на підставі пп. 2 п. 4 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Закону «Про депозитарну систему України») та невнесення необхідних змін до ст. 223-2 КК України сталась декриміналізація суспільно небезпечних діянь, передбачених цією статтею КК (с. 197).

Вважаю таке висловлювання занадто категоричним. Очевидно, що згадані законодавчі зміни призвели до виникнення колізії (часткової) між 163-10 КУпАП і ст. 223-2 КК України, у зв'язку з чим зусилля дисертанта мали б спрямовуватись на пошук шляхів її подолання не тільки *de lege ferenda* (це зроблено – див. позитивну частину відгуку офіційного опонента), а й *de lege lata*. Постає питання, чому у цьому разі (а подібних колізійних ситуацій у вітчизняному законодавстві, на жаль, чимало) слід надавати перевагу – ніким поки що не скасованій частині 2 ст. 9 КУпАП, згідно з якою адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою відповідно до закону кримінальної відповідальності (пріоритет кримінально-правової заборони) чи усталеному останнім часом у кримінально-правовій доктрині правилу кваліфікації конституційного походження «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується» (пріоритет адміністративно-правової заборони)? Якщо, на переконання дисертанта, «система депозитарного обліку відіграє ключову роль у процесі обліку прав на цінні папери та прав за цінними паперами та потребує саме кримінально-правової охорони» (с. 197), то що заважає застосовувати до відповідних порушень законодавства про фондовий ринок чинну редакцію ст. 232-2 КК України?

Альтернативне згаданому вище (нібито відбулась декриміналізація) пояснення незастосування ст. 232-1 КК України і віднесення її до числа «мертвих» кримінально-правових норм зводиться до неможливості настання передбачених у ній наслідків у формі втрати системи реєстру власників іменних цінних паперів або її частини (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. К., 2018. С. 765). Як впливає з дисертації (зокрема, с. 293), таке пояснення не відкидає і здобувач, у зв'язку з чим під час захисту його позиція з поставлених питань потребує уточнення.

Взагалі, незважаючи на те, що дисертація Р.А. Волинця є класичним кримінально-правовим дослідженням, в якому майже відсутні кримінологічні аспекти, хотілося б почути від дисертанта як фахівця з досліджуваної проблематики його міркування про причини фактичного незастосування норм КК України про відповідальність за злочини проти фондового ринку.

6. З'ясовуючи співвідношення складів злочинів, передбачених статтями 232 і 232-1 КК України (відповідно, «Розголошення комерційної або банківської таємниці» і «Незаконне використання інсайдерської інформації»), дисертант називає інсайдерську інформацію «одним із різновидів комерційної таємниці» і (з певними застереженнями щодо різниці у суспільно небезпечних наслідках злочинів) характеризує першу з названих норм як загальну щодо другої – в частині караності розголошення певної інформації (с. 276–278). На мою думку, до співвідношення згаданих кримінально-правових заборон варто було поставитись більш прискіпливо.

Спочатку хотів би уточнити, що неоприлюднена й істотна інформація про емітента, його цінні папери чи правочини щодо них, будучи інсайдерською інформацією, згідно із законом може взагалі не визнаватись комерційною (а так само банківською) таємницею. З цього приводу В.В. Саєнко, переконаний у нетотожності комерційної таємниці та інсайдерської інформації, пише: «Документи про неплатоспроможність підприємства (наприклад, за результатами проведеного

аудиту), інформація про забруднення навколишнього природного середовища (за яке підприємство може бути покаране як штрафами, так і зобов'язанням відшкодувати заподіяні збитки) та інша інформація, яка не може бути комерційною таємницею, ймовірно може викликати падіння ринкової вартості цінних паперів відповідного емітента після її оприлюднення. А отже, до моменту оприлюднення вона може бути інсайдерською інформацією» (див.: Саєнко В.В. Правове регулювання використання інсайдерської інформації на ринку цінних паперів: дис. ... канд. юрид. наук. К., 2002. С. 181–182). Викладене спростовує твердження дисертанта про те, що «властивості інсайдерської інформації слід визнавати спеціальними ознаками комерційної таємниці (як предмета злочину), які текстуально в ст. 232 КК не називаються» (с. 276).

До того ж інсайдерська інформація за визначенням не повинна зіставлятися з комерційною таємницею, оскільки (на відміну від останньої – *таємної* інформації) вона *підлягає оприлюдненню* відповідно до встановлених вимог (ст. 44 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок»). Розголошення інсайдерської інформації, яке, як відзначають фахівці з фондового ринку, лише вітається, не може завдати шкоди особі, суспільству і державі, що згідно зі ст. 8 Закону України «Про доступ до публічної інформації» є обов'язковою ознакою таємної інформації, а отже, і комерційної таємниці.

Із законодавчої дефініції поняття комерційної таємниці (ст. 36 ГК України) випливає, що ця таємниця змістовно може включати в себе відомості, які відповідають ознаці істотності, притаманній інсайдерській інформації: їх оприлюднення здатне істотно вплинути на вартість цінних паперів конкретного суб'єкта господарювання та їх похідних. Проте інсайдерська інформація має специфічний статус, який визначений законодавством про фондовий ринок та який відмінний від правового режиму комерційної і банківської таємниці як різновидів інформації з обмеженим доступом, а порядок її обігу як компонент фондового ринку охороняється окремою кримінально-правовою заборонаю.

7. Емпіричну базу дослідження збагатило б, а текст дисертації доречно «оживило» б: а) проведене здобувачем опитування працівників професійних учасників фондового ринку та уповноважених осіб державних регуляторів – НКЦПФР і НБУ; б) використання матеріалів журналістських розслідувань про зловживання на фондовому ринку; в) аналіз постанов НКЦПФР про накладення санкцій за правопорушення на ринку цінних паперів, з якими (постановами) можна ознайомитись на офіційному веб-сайті регулятора.

Відгук на дисертацію О.П. Мамотенка
«Кримінально-правові засоби протидії незаконному поводженню з
товарами у сфері акцизного оподаткування»⁵⁰

Включення до Кримінального кодексу України (далі – КК) ст. 204, аналога якої попередній КК не знав, пояснюється прагненням законодавця відреагувати на багатоманітні негативні наслідки, спричинювані незаконним обігом фальшивих предметів, які імітують підакцизні товари. Суспільна небезпека такого обігу, не обмежуючись фіскальною складовою, полягає в заподіянні шкоди встановленому порядку виробництва та реалізації підакцизних товарів, розширенні тіньового сектору економіки, зниженні інвестиційної привабливості країни, посиленні позицій організованої злочинності, негативному впливі на здоров'я людей тощо. Злочин, передбачений ст. 204 КК, – це і прояв недобросовісної конкуренції, який не лише дискредитує торговельні марки легальних виробників підакцизних товарів, а й завдяки демпінговому ціноутворенню призводить до зменшення обсягів продаж таких виробників. А зниження рівня податкових надходжень з боку законслухняних товаровиробників через скорочення бази оподаткування – це знову ж втрати для бюджету.

З цього приводу в Стратегії у сфері протидії незаконному виробництву та обігу тютюнових виробів до 2021 року, схваленій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2017 р. № 570-р, зазначається, що незаконна торгівля тютюновими виробами (насамперед сигаретами) традиційно є одним з найбільш доходних видів діяльності міжнародних злочинних угруповань, яка в сучасних умовах має глобальний транскордонний характер, швидко розвивається та пристосовується до нових обставин, використовує дешеві та широкодоступні новітні технології. Незаконна торгівля тютюновими виробами також впливає на ефективність державної митної і податкової політики, політики у сфері охорони здоров'я, створює умови для розвитку тіньової економіки, зростання корупції, сприяє криміналізації суспільства внаслідок розвитку незаконних мереж розповсюдження продукції, може бути джерелом фінансування організованої злочинності і терористичних організацій, становить загрозу для національної безпеки та гальмує економічний розвиток держави, має негативний вплив на імідж України на міжнародній арені.

Дані судової статистики засвідчують, що за інтенсивністю застосування серед кримінально-правових заборон, розміщених у розділі VII Особливої частини КК, його ст. 204 традиційно входить у «тріюку лідерів». За наявності спектру завдань, виконанню яких покликана сприяти активно затребувана практиками ст. 204 КК (захист фінансових інтересів держави в частині справляння акцизного податку, впорядкування діяльності виробників і продавців підакцизних товарів, забезпечення безпеки споживачів таких товарів, захист засад добросовісної конкуренції тощо), чинна редакція цієї статті КК сформульована небездоганно, хоча лише протягом 2018 р. вона двічі зазнавала змін (на підставі Закону від 22 листопада 2018 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» і Закону від 23 листопада 2018 р. «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо покращення адміністрування та перегляду ставок окремих податків і зборів»), а її застосування пов'язане зі значними труднощами. До слова в диспозиції ч. 2 ст. 204 КК, викладеної в редакції цього Закону, виявились пропущеними слова «шляхом відкриття підпільних цехів або з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів», що красномовно демонструє «якість» роботи парламентаріїв.

Основні з них вдало позначені у висновках підготовленого у 2015 р. Верховним Судом України «Аналізу правозастосування судами норм закону про кримінальну відповідальність щодо незаконного виготовлення, зберігання, збуту або транспортування з метою збуту підакцизних товарів (деякі проблемні питання (ст. 204 КК))», де зазначається, зокрема, таке. У більшості випадків незаконно виготовлені алкогольні напої, які визнавались предметом відповідного злочину, не є підакцизними, оскільки не відповідають усім законодавчо визначеним ознакам підакцизних

⁵⁰ Захист відбувся у Дніпропетровському державному університеті внутрішніх справ 3 липня 2019 р.

товарів; законодавчий перелік таких товарів зазнає постійних змін; відсутність чітких критеріїв понять «відкриття підпільних цехів» і «використання обладнання, що забезпечує масове виробництво підакцизних товарів» призводить до неправильної кваліфікації злочинних дій; відсутність визначення мінімальної кількості та (або) вартості незаконно виготовлених підакцизних товарів, за наявності яких незаконні дії щодо них мають тягнути кримінальну відповідальність, ускладнює застосування КК; закріплення в санкціях ст. 204 КК правових заходів, які не є покаранням (див.: Вісник Верховного Суду України. 2015. № 12. С. 23).

Розуміючи, що фальшиві предмети, які імітують оригінальні підакцизні товари, не відповідають законодавчо визначеним ознакам таких товарів, вітчизняні дослідники пропонують різні варіанти усунення бланкетності в цьому разі, а саме відмови від використання в тексті КК податково-правового за своїм характером поняття «підакцизні товари».

До інших дискусійних питань, пов'язаних із тлумаченням, застосуванням і вдосконаленням ст. 204 КК, варто віднести також питання про: кримінально-правову оцінку самогосподарства та виробництва «лівих» (необлікованих) партій підакцизних товарів легальними суб'єктами господарювання; співвідношення кримінально караних дій з аналогами підакцизних товарів та інших злочинних посягань (на систему оподаткування, встановлений порядок зайняття господарською діяльністю, права споживачів, життя і здоров'я людей); поглиблення диференціації кримінальної відповідальності за незаконний обіг предметів, які імітують підакцизні товари; відмежування злочину, передбаченого ст. 204 КК, від складів суміжних адміністративних проступків і шляхи узгодження КК і КУпАП задля мінімізації обігу фальсифікованих товарів.

Так, у згаданій вище Стратегії у сфері протидії незаконному виробництву та обігу тютюнових виробів до 2021 року вказується на необхідність: а) чіткого розмежування кримінальної та адміністративної відповідальності за вчинення правопорушень у сфері незаконного виробництва та обігу тютюнових виробів, б) уніфікації понятійного апарату, що використовується в законодавстві про кримінальну відповідальність та законодавстві про адміністративні правопорушення.

Перераховані питання потребують серйозного наукового осмислення, виважених і конструктивних відповідей, дати які можна лише за результатами повноцінного монографічного дослідження.

Повертаючись до тези про труднощі правозастосування, пов'язані з кримінально-правовим реагуванням на незаконний обіг предметів, що імітують підакцизні товари, вважаю за доречне згадати постанову Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 вересня 2013 р. у справі № 5-15к13, в якій був сформульований правовий висновок про те, що відповідальність за ст. 204 КК настає лише у разі, якщо винна особа вчиняє певні дії щодо одного з видів продукції, яка за своїми характеристиками підпадає під законодавче визначення поняття «підакцизний товар». Загалом погоджуючись з цим підходом та аргументацією на його користь, наведеною у згаданому судовому рішенні, я водночас був вимушений зробити критичне застереження: якщо наголос при застосуванні ст. 204 КК (услід за Верховним Судом України) робити на дотриманні встановлених стандартів, норм, умов, то це призведе до невиправданого перетворення розглядуваної кримінально-правової заборони у «мертву». Бо ж, зокрема, виготовлені кустарним способом із порушенням технології горілчаного виробництва водно-спиртові розчини (суміші), так би мовити, за визначенням не відповідають вимогам ДСТУ 4256:2003 «Горілки і горілки особливі. Технічні умови». Очевидно, що буквальне дотримання формального підходу, який знаходить відображення в чинній редакції ст. 204 КК, здатне завести практику в глухий кут.

Визнавши водно-спиртову суміш із вмістом етилового спирту 37,6% об'ємних одиниць, виготовлену не промисловим способом, а в домашніх умовах, підакцизним товаром, колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду (постанова від 14 листопада 2018 р., справа № 750/3335/16-к) вирішила, що предметом злочину, передбаченого ст. 204 КК, можуть бути, зокрема, «алкогольні напої, які виготовлені незаконно з порушенням технології чи з неправомірним використанням знака для товарів і послуг, чи копіювання форми, упаковки, зовнішнього оформлення, а так само прямим відтворенням товару іншого підприємця з самовільним використанням його імені...». Постає питання про правильність викладеної позиції, яка, поза всяким сумнівом, чинитиме вплив на відповідну правозастосовну практику, її сталість та єдність. Видається, що попри зроблений наголос на безпідставності відступу від пра-

вового висновку, сформульованого в постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 вересня 2013 р. у справі № 5-15к13, Верховний Суд фактично переглянув цей висновок.

Зауваження.

1. Присвятивши один із вступних підрозділів своєї роботи «стану дослідження кримінально-правових засобів протидії незаконному поводженню з товарами у сфері акцизного оподаткування», дисертант загалом сумлінно опрацював відповідні здобутки кримінально-правової доктрини і правозастосовної практики. Водночас вимушений констатувати, що підрозділу 1.4 притаманні певні прогалини і некоректність в оцінці вказаних здобутків.

Так, О.П. Мамотенко не згадує і, відповідно, критично не оцінює положення, викладені принаймні ще в двох кандидатських дисертаціях із досліджуваної тематики. Це – роботи І.В. Кириченка «Запобігання злочинам у сфері обігу алкогольних напоїв та тютюнових виробів» (Київ, 2009 р.) та А.А. Гмиріна «Кримінально-правова характеристика злочину незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів» (Київ, 2018 р.).

Усього один штрих з приводу доречності більш ретельного опрацювання публікацій попередників. Здобувач (услід за М.М. Мінаєвим та А.А. Гмиріним) вважає за доцільне закріпити як одну з кваліфікуючих ознак незаконних дій з аналогами підакцизних товарів (включаючи їх виготовлення) вчинення таких дій за попередньою змовою групою осіб (с. 197–198). Щодо подібної пропозиції у відгуку А.В. Савченка як офіційного опонента на дисертацію А.А. Гмиріна зазначається, що «на практиці вкрай важко вчинити злочин, передбачений ст. 204 КК України (йдеться про незаконне виготовлення) виключно одним суб'єктом, а тому пропонується дисертантом вказівка на таку кваліфікуючу ознаку, як «попередня змова групи осіб» (у ч. 2) фактично зробити неможливим застосування ч. 1 цієї статті щодо цієї форми об'єктивної сторони складу злочину». Як відомо, однією з вироблених доктриною вимог до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності є те, що це мають бути відносно розповсюджені обставини, які водночас не можуть супроводжувати більшість злочинів певного виду. Тобто ознаки, які є типовими для злочину певного виду, повинні регламентуватись у межах основного, а не кваліфікованого складу злочину. Отже, питання про оптимальність запропонованого дисертантом варіанту диференціації кримінальної відповідальності за незаконні дії з аналогами підакцизних товарів (за допомогою звернення до однієї з групових форм співучасті) залишається відкритим.

Мені складно погодитись з оцінкою законодавчих новел, ініційованих свого часу М.М. Мінаєвим, як «переважно техніко-юридичних, редакційних змін тексту КК» (с. 69), бо, наприклад, пропозиція цього науковця вказати у ст. 204 КК безпосередньо на певні (конкретні) види товарів у випадку сприйняття її законодавцем все ж розв'язувала основну проблему кримінально-правового реагування на незаконне поводження з фальшивими предметами, які імітують оригінальні підакцизні товари.

Здобувач визнає той факт, що в юридичній літературі (М.М. Мінаєв, О.О. Дудоров та ін.) теза про невідповідність незаконно виготовлених предметів законодавчо визначеним ознакам підакцизних товарів була сформульована раніше (с. 23, 39–40). За таких обставин, мабуть, невиправданим є розміщення в рубриці наукової новизни «вперше» положення про те, що предметом складів злочину, передбаченого ст. 204 КК, є аналоги підакцизних товарів, які характеризуються, зокрема, нездатністю підлягати акцизному оподаткуванню.

Сказане тим більше стосується наведеного чи не в кожному підручнику і науково-практичному коментарі КК положення про таку ознаку відповідних предметів, як незаконність їх виготовлення (с. 22). Ця ознака фігурує і в п. 11 постанови Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. № 3 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності», де наводяться роз'яснення про поняття підакцизних товарів як предмета злочину, караного за ст. 204 КК.

Критично слід оцінити і відсутність у дисертації О.П. Мамотенка виваженого (та й будь-якого) аналізу правозастосовних орієнтирів, сформульованих (до речі, із залученням представників

кримінально-правової науки) у згаданих вище рішеннях найвищих судових інстанцій, – постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 вересня 2013 р. у справі № 5-15к13 і постанові колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 14 листопада 2018 р. у справі № 750/3335/16-к. До слова сам факт ухвалення зазначених судових рішень спростовує твердження дисертанта про те, що вказівка в тексті ст. 204 КК на підакцизні товари, а не на їхні антиподи не справила істотного впливу на правозастосовну ситуацію через професійну звичку правників оперувати юридичними фікціями (с. 55).

2. Виходячи з того, що аналоги підакцизних товарів знаходяться поза податковою системою, оскільки не можуть обкладатися жодним з існуючих податків (с. 86, 89), О.П. Мамотенко пропонує вважати досліджуване посягання кримінальним правопорушенням проти порядку зайняття господарською діяльністю, а не проти системи оподаткування. Остання, на переконання здобувача, виступає додатковим обов'язковим злочином, передбаченого ст. 204 КК (с. 88, 90, 113). Натомість обстоюване, зокрема, мною положення про належність незаконного виготовлення, зберігання, збуту або транспортування з метою збуту підакцизних товарів до посягань передусім на систему оподаткування ґрунтується на відповідному позначенні специфічного предмета діянь, перерахованих у ст. 204 КК: таким предметом наразі виступають не будь-які, а лише підакцизні товари. Зрозуміло, що позначена дискусія, зумовлена чітко вираженою багатооб'єктністю аналізованого злочину, лежить винятково в теоретичній площині (докладніше про це див.: Дудоров О.О. Проблеми кримінально-правової охорони системи оподаткування України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2007. С. 89–91).

Щоправда, міркування дисертанта стосовно податкової складової суспільної небезпеки злочину, передбаченого ст. 204 КК, спонукають поставити для обговорення декілька питань. Як із положенням про належність цього злочину до кримінальних правопорушень проти порядку зайняття господарською діяльністю узгоджується твердження дисертанта про те, що ст. 204 КК є спеціальною нормою щодо ст. 212 КК «Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)» (с. 55–56)? Якщо основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 204 КК, пов'язувати не з оподаткуванням, а з господарською діяльністю, то чому перспективи цієї кримінально-правової заборони визначаються дисертантом у контексті саме підакцизної групи товарів?

На мою думку, проблема оптимізації кримінального законодавства, покликаною протидіяти обігу фальсифікованих товарів, не повинна обмежуватись підакцизною групою товарів і не може бути вирішена без вдосконалення закріпленої у ст. 227 КК заборони на випуск або реалізацію недоброякісної продукції.

3. Дисертант задля поліпшення диференціації засобів кримінально-правового реагування висловлює конструктивну пропозицію включити до законодавчого описання об'єктивної сторони досліджуваного кримінального правопорушення вказівку на розміри незаконного поведіння з аналогами підакцизних товарів, а в межах примітки авторської редакції ст. 204 КК формулює конкретні параметри незначних, значних, великих та особливо великих розмірів (с. 96–97, 116–118, 198–199).

Створюється враження, що відповідні кількісні показники взяті «зі стелі», оскільки в тексті дисертації відсутнє належне обґрунтування. Таким чином, у черговий раз маємо справу з притаманною КК фундаментальною проблемою, яку можна позначити як довільність показників, що характеризують суспільно небезпечні наслідки і предмети злочинів (кримінальних правопорушень) у сфері господарської діяльності. Існуючу ситуацію з виробленням обґрунтованих вартісних критеріїв кримінальної протиправності діянь у сфері господарської діяльності можна зрозуміти (але не виправдати): для вироблення цих критеріїв необхідно проводити кримінологічні дослідження. Однак без цього навряд чи вдасться подолати довільність кількісних показників суспільної небезпеки господарських кримінальних правопорушень; також не буде дотримана чи не найактуальніша щодо економічних кримінально-протиправних деліктів вимога – вимога соціальної обумовленості КК.

4. На думку здобувача, вчинення аналізованого кримінального правопорушення «особою, судимою за злочини проти порядку здійснення господарської діяльності чи проти системи оподаткування, свідчить про стійку спеціалізовану кримінальну спрямованість його особистості, що

суттєво підвищує ступінь суспільної небезпечності самого діяння» (с. 100, 115). У зв'язку з цим як одну з кваліфікуючих ознак незаконного поводження з аналогами підакцизних товарів пропонується закріпити вчинення діяння «особою, яка раніше була засуджена за цією статтею чи статтями 199, 205 чи 227 цього Кодексу» (с. 198).

Не зовсім зрозуміло, чому однорідними в цьому випадку повинні вважатись саме і лише ті діяння, які передбачені вказаними трьома статтями КК, адже в розділі VII його Особливої частини передбачено відповідальність і за інші посягання на порядок здійснення господарської діяльності та систему оподаткування. Сподіваюсь, що пояснення стосовно доцільності такої вибірковості при вдосконаленні законодавчого описання спеціального рецидиву будуть надані дисертантом під час захисту.

Оскільки мова вже зайшла про спеціальний рецидив, закріплений у ст. 204 КК, відзначу, що О.П. Мамотенко допускає неточність, коли пише, що «просте» виготовлення аналогу підакцизного товару, тобто без двох передбачених ч. 2 ст. 204 КК ознак («шляхом відкриття підпільних цехів» та «з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів»), не є злочином, оскільки воно не передбачене жодною частиною цієї статті (с. 112). Насправді незаконне виготовлення підакцизних товарів особою, яка раніше була засуджена за ст. 204 КК, утворює склад злочину, передбаченого ч. 2 цієї статті, незалежно від того, в який спосіб (домашні умови, кустарне виробництво, відкриття підпільного цеху тощо) виготовлялись відповідні предмети. Інакше кажучи, спеціальний рецидив відіграє в цьому разі (інше питання – чи доречно) роль криміноутворювальної ознаки.

Потребують уточнення і пов'язані з попереднім висловлювання дисертанта про те, що «адміністративна відповідальність за незаконне виготовлення таких товарів можлива лише за умови їх виготовлення без мети збуту, наприклад, за виготовлення самогону для власного вжитку (ст. 176 КУпАП). Отже, має місце прогалина в законодавстві: незаконне виготовлення аналогів підакцизних товарів з метою збуту без названих вище ознак не визнається правопорушенням» (с. 112).

Річ у тім, що якщо в незаконному виготовленні підакцизних товарів відсутні ознаки, вказані у частинах 2 або 3 ст. 204 КК, то особа може притягуватись до адміністративної відповідальності, зокрема, на підставі ст. 164 КУпАП «Порушення порядку провадження господарської діяльності», ст. 164-16 КУпАП «Зайняття забороненими видами господарської діяльності» або ст. 177-2 КУпАП «Виготовлення, придбання, зберігання або реалізація фальсифікованих алкогольних напоїв або тютюнових виробів». Відсутність висвітлення у дисертації проблематики співвідношення складу злочину, передбаченого ст. 204 КК, і складів зазначених адміністративних проступків слід оцінити критично.

5. Здобувач вважає, що самогон та інші міцні спиртні напої домашнього вироблення як предмети, що є аналогами підакцизних товарів, уже сьогодні мають визнаватись предметом злочину, передбаченого ст. 204 КК (с. 85).

Думка не нова. Наприклад, відносно нещодавно В.О. Навроцький, розмірковуючи над тим, наскільки універсальним є положення про необхідність врахування норм, до яких відсилають бланкетні диспозиції статей КК, і норм, які можуть застосовуватись в порядку субсидіарного застосування статей КК, висловився в тому ключі, що при визначенні належності самогону до алкогольних напоїв як підакцизних товарів навряд чи доречно звертатись до Гармонізованої системи кодування товарів як документа, що має дуже віддалений зв'язок із кримінально-правовою оцінкою вчинків людини. Складно зрозуміти, розмірковує цей вчений, на якій підставі самогон не визнається спиртним напоєм. Ну, не прохолоджуючим же напоєм він є? (див.: Навроцький В.О. Суперечності, прогалини та дискусійні положення сучасної теорії кримінально-правової кваліфікації. Теорія кримінально-правової кваліфікації як феномен української кримінально-правової доктрини: тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції, 16 січня 2016 р., м. Львів. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2016. С. 127–128).

Не поділяючи викладений підхід *de lege lata*, я в науково-практичному коментарі до ст. 204 КК пишу про те, що самогон та інші міцні спиртні напої домашнього вироблення (чача, арака, тутова горілка, кумишка тощо) як такі, що не є підакцизними товарами, предметом розглядуваного злочину

не визнаються. Адже підакцизними є не будь-які спиртні напої, а лише ті вироби, яким присвоєно певний код згідно з УКТ ЗЕД. Самогон та інші міцні спиртні напої домашнього вироблення у Податковому кодексі України не фігурують і, в принципі, не можуть і не повинні згадуватись; щодо них не встановлені ставки акцизного податку у гривнях з одиниці товару. Акцизним податком як загальнодержавним непрямим податком обкладаються предмети, які можуть виготовлятися, бути об'єктом правочинів і знаходитись у власності суб'єктів лише на легальних підставах та в передбаченому законодавством порядку (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 655).

З урахуванням наведеної аргументації (навіть при тому, що вона носить формальний характер) я, на відміну від О.П. Мамотенка, не вважаю міцні спиртні напої домашнього вироблення навіть аналогом підакцизних товарів, не кажучи вже про належність цих напоїв до підакцизних товарів як таких.

Тому, можливо, більш вдалим варіантом розв'язання проблеми кримінально-правової оцінки самогонваріння є реалізація доктринальної пропозиції передбачити в кримінальному законі відповідальність за незаконне виробництво з метою збуту і збут спиртних напоїв або їх сурогатів (див.: Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. Москва: Статут, 2005. С. 164–165). Подібним чином розмірковує М.І. Хавронюк, який, констатувавши невизначеність з питання, чи охоплюються статтею 204 КК випадки виготовлення і збуту спиртних напоїв домашнього вироблення під виглядом підакцизних алкогольних напоїв (наприклад, віскі), висловився за те, щоб у тексті ст. 204 КК фігурували, зокрема, алкогольні або спиртні напої (див.: Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. Київ: Істина, 2004. С. 214).

До речі, визначення розмірів незаконного обігу аналогів підакцизних товарів дисертант пропонує ставити в залежність від вартості відповідного обсягу справжніх підакцизних товарів (с. 96–97); з цією метою в примітці авторської редакції ст. 204 КК використовується зворот «... вартість яких, якби це були підакцизні товари, становила б...» (с. 199). Цікаво дізнатись у здобувача, яким чином за такого підходу визначатиметься вартість предмета кримінального правопорушення, якщо в цій ролі виступатиме самогон чи інший спиртний напій домашнього вироблення.

6. У всіх частинах сформульованої здобувачем редакції ст. 204 КК термін «аналог підакцизних товарів» використовується для позначення предмета такої дії, як виготовлення. Натомість придбання, зберігання, транспортування і збут (якщо тлумачити вказану редакцію буквально: у частинах 1–4 авторської редакції ст. 204 КК йдеться про «придбання *таких* товарів, *їх* зберігання чи транспортування або збут...») вчинятимуться стосовно підакцизних товарів, тобто в цій частині основна проблема, притаманна чинній редакції аналізованої кримінально-правової заборони, не усувається (казане, вочевидь, стосується і кваліфікації самогонваріння).

Ще однією вадою редакції ст. 204 КК, сформульованої О.П. Мамотенком, є відсутність застереження про незаконність відмінних від виготовлення дій, вчинюваних стосовно підакцизних товарів (а не їхніх аналогів). При цьому дисертант не сумнівається в правомірності таких дій: «... придбання, збут, зберігання і транспортування справжніх підакцизних товарів, тобто виготовлених у законний спосіб, не може утворити склад злочину, передбаченого ст. 204 КК України» (с. 93). Дії з аналогами підакцизних товарів (наприклад, їх зберігання чи транспортування) за певних умов також можуть бути правомірними. І цей нюанс аналізована редакція ст. 204 КК так само не бере до уваги.

7. Констатувавши, що перелік підакцизних товарів може зазнавати змін, зокрема, в бік скорочення (с. 84), і розглянувши особливості застосування ст. 48 КК «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки» щодо осіб, які вчинили незаконне поводження з аналогами підакцизних товарів (с. 167–169), дисертант стверджує, що виключення певного товару з числа підакцизних слід розцінювати як зміну обстановку.

Таким чином, О.П. Мамотенку імponує підхід, згідно з яким оновлення нормативного матеріалу, що конкретизує положення КК, не означає зміни останнього. Хоч на усунення злочинності діяння зміни в суміжних із КК законах і підзаконних актах або їх скасування можуть впливати, цими перетвореннями положення КК, чинні на момент скоєння злочину, не зачіпаються. Тому вказані законодавчі зміни, спроможні викликати втрату суспільної небезпеки певного злочину, пропонується розглядати як об'єктивний критерій зміни обстановки.

Однак із питання обрання належного варіанту кримінально-правового реагування на ситуації, в яких поліпшення правового становища того, хто порушив КК, стає результатом змін не кримінального закону, а тих іншогогалузевих джерел права (як правило, нормативно-правових актів), до яких відсилають бланкетні диспозиції статей КК, існує й інший підхід, який полягає у визнанні існування опосередкованої декриміналізації та більш-менш докладно висвітлений в юридичній літературі (див.: Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ: Ваіте, 2017. С. 31–37). Прикро, що згаданий теоретичний підхід залишився для дисертанта непоміченим.

8. Здобувач не зовсім вдало формулює об'єкт і предмет свого дослідження (с. 20) при тому, що ці категорії наукового пошуку відповідно до вимог, встановлених до дисертацій як наукових кваліфікаційних робіт, співвідносяться між собою як загальне і часткове. Так, якщо кримінально-правові засоби протидії незаконному поводженню з аналогами підакцизних товарів є саме статичним компонентом відповідного механізму, як на цьому послідовно наполягає здобувач, то хіба фактично висвітлений у розділах 3 і 4 роботи динамічний компонент у вигляді застосування (реалізації) таких засобів «вписується» у визначений предмет дисертаційного дослідження? Сумніваюсь у цьому.

«Склад незаконного поводження з товарами у сфері акцизного оподаткування» О.П. Мамотенко визнає підставою кримінальної відповідальності і передумовою застосування інших засобів кримінально-правового характеру (с. 42). У зв'язку з цим навряд чи може бути оцінена схвально та обставина, що предмет дисертаційного дослідження обмежується «кримінально-правовими засобами протидії незаконному поводженню з товарами у сфері акцизного оподаткування», не включаючи в себе підставу (передумову) застосування цих засобів.

З іншого боку, доволі широко сформульована тема дисертації, формально відповідаючи заявленому предмету наукового дослідження, явно не обмежувалась проблематикою тлумачення, застосування і вдосконалення ст. 204 КК, адже передбачала розкриття питань кримінально-правового реагування на незаконне поводження з відповідними предметами за допомогою щонайменше статей 199, 227 і 229 КК, а також висвітлення проблеми рекриміналізації «товарної» контрабанди. Доцільність аналогічного (широкого) підходу обстоюють й інші дослідники (див., наприклад: Савченко А.В., Плугатир М.В. Удосконалення механізму відповідальності у сфері виробництва й обігу підакцизних товарів. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки. 2015. Вип. 6. Т. 3. С. 53–56; Шейко К.В. Предмет та види злочинів, пов'язаних з незаконним обігом алкогольних напоїв та інших підакцизних товарів. Порівняльно-аналітичне право. 2017. № 3. С. 207–210).

Ведучи мову про предмет дисертаційного дослідження О.П. Мамотенка, приверну увагу й до того, що дослідник активно послуговується поняттям «кримінально-правова характеристика злочину». При цьому з урахуванням того, що кримінально-правова характеристика певного злочину як система спеціалізованої інформації про його істотні ознаки охоплює, серед іншого, розкриття соціальної зумовленості визнання того чи іншого діяння злочином (у цьому дисертант не сумнівається – див. с. 34–35, 41 та ін.), розміщення підрозділу «Соціальна зумовленість визнання незаконного поводження з товарами у сфері акцизного оподаткування кримінальним правопорушенням» поза межами розділу 2 дисертації «Кримінально-правова характеристика незаконного поводження з товарами у сфері акцизного оподаткування» виглядає нелогічним.

До слова, обмежившись опрацюванням відомої публікації В.І. Борисова та О.О. Пащенко, дисертант залишив поза своєю увагою підхід А.А. Вознюка, який обстоює положення про співвідношення складу злочину та кримінально-правової характеристики злочину як співвідношення частини і цілого та охоплення останнім, зокрема, відомостей про категорії, пов'язані з кримінальною відповідальністю за вчинення злочину (див.: Вознюк А.А. Поняття та елементи кримінально-правової характеристики злочинів. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 1. С. 154–160). За таких обставин позиція здобувача з питання про співвідношення кримінально-правової характеристики кримінального правопорушення та кримінально-правових засобів протидії йому потребує уточнення під час захисту, зокрема, в аспекті більш чіткого визначення предмета дисертаційного дослідження.

**Відгук на докторську дисертацію А.М. Шульги
«Кримінально-правова охорона земельних ресурсів в Україні:
теоретико-правовий аспект»⁵¹**

Ст. 14 Конституції України називає землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Реалізація цього конституційного положення значною мірою залежить від здатності держави створити ефективний механізм протидії земельним правопорушенням. Ураховуючи те, що земельне законодавство не містить усього арсеналу заходів, покликаних впливати на суб'єктів земельних правопорушень, у переважній своїй більшості правові заходи боротьби з порушниками земельного законодавства знаходять своє закріплення в нормах адміністративного та кримінального законодавства.

З огляду на виключне значення землі для процесів життєдіяльності людини, є всі підстави вважати, що цей природний ресурс посідає особливе місце серед інших об'єктів довкілля. Забруднення земель, що становлять собою простір для здійснення людської життєдіяльності, а також базовий ресурс для сільськогосподарського виробництва, спричиняє як виникнення проблем у виробничому процесі, так і погіршення умов проживання людей в цілому, зниження рекреаційної привабливості територій, погіршення здоров'я населення тощо. Не варто забувати і про те, що Україна – аграрна держава з найціннішими у світі еталонними ґрунтами. Відповідно, сільське господарство як один із пріоритетних секторів національної економіки має великий потенціал для подальшого розвитку. При цьому ґрунтовий покрив, будучи одним із найбільш уразливих об'єктів природи, потерпає від негативного впливу природних процесів і результатів людської діяльності.

Ситуацію, яка склалася наразі у сфері земельних відносин, можна охарактеризувати одним словом – беззаконня. І чи не найбільш прикрим у зв'язку з цим є те, що нерідко саме норми чинного законодавства, завданням яких є створення ефективного механізму протидії земельним правопорушенням, формують максимально зручне підґрунтя для того, щоб у царині земельних відносин панувало беззаконня. Типовою для вітчизняного законотворення є ситуація, коли начебто добрі наміри нівелюються невисокою якістю прийнятого нормативно-правового акту, зумовленою відсутністю належного теоретичного обґрунтування, ігноруванням правил законодавчої техніки, поспішністю в ухваленні рішень тощо. Суперечливість та нестабільність земельного законодавства, корумпованість чиновників, тривалість оформлення документів, які підтверджують права на землю, відсутність дієвих заходів впливу на порушників земельного законодавства – всі ці обставини не сприяють дотриманню норм земельного законодавства.

Актуальність теми дисертації А.М. Шульги обумовлена не лише значущістю земельних ресурсів для суспільства, а й необхідністю забезпечити належний порядок їх охорони, раціонального використання і відтворення, а так само реалізацію права власності на землю (права землекористування) за допомогою якісного кримінально-правового інструментарію, недостатнім орієнтуванням правозастосувачів у нюансах кримінально-правової характеристики «земельних» злочинів, відсутністю однаковості і стабільності відповідної судової практики. При цьому кількість осіб, засуджуваних за злочинні порушення земельного законодавства, загалом є незначною, що також свідчить про вади кримінально-правової охорони земель, її недостатню ефективність, а відтак про необхідність поліпшення Кримінального кодексу України (далі – КК) у цій частині і практики його застосування.

Варто зазначити, що обрана здобувачем проблематика не обійдена увагою у вітчизняній науці. Так, останнім часом захищено низку кандидатських дисертацій, присвячених кримінальній відповідальності за вчинення окремих «земельних» злочинів: самовільного зайняття земельної ділянки (Р.О. Мовчан, 2012 р., М.В. Захарчук, 2014 р.); незаконного заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель (С.М. Ребенко, 2015 р.); незаконного заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах (М. В. Кумановський, 2014 р.), безгосподарського використання земель (Н. Ю. Цвіркун, 2014 р.). Окремо (з огляду на втілений у цій роботі комплекс

51 Захист відбувся у Харківському національному університеті внутрішніх справ 27 вересня 2019 р.

сний підхід) слід відзначити дисертацію О.О. Пенязькової «Кримінально-правова охорона земель в Україні» (2018 р.).

До слова темою захищеної в 2004 р. кандидатської дисертації А.М. Шульги була кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування земель, тобто здобувач присвятив вивченню проблематики кримінальної відповідальності за порушення земельного законодавства майже 20 років свого життя.

Не дивлячись на активність наукових розвідок, у доктрині бракує цілісного підходу до розв'язання проблем підвищення ефективності кримінально-правової охорони належного порядку охорони, раціонального використання і відтворення земель, права власності на землю (права землекористування), а чимало питань кримінально-правової характеристики «земельних» деліктів належить до числа дискусійних у доктрині і на практиці.

Задля ілюстрації тези про неоднозначність досліджуваної законодавчої матерії та, як наслідок, складність її юридичного аналізу, зокрема при коментуванні кримінально-правових заборон, звернусь до нашої спільної з Р.О. Мовчаном статті, в якій ми спробували дати аргументовані відповіді на низку спірних питань, пов'язаних із кримінально-правовою характеристикою самовільного зайняття земельної ділянки: чи може кваліфікуватися за ч. 1 ст. 197-1 КК самовільне зайняття декількох земельних ділянок або їхніх частин, які належать різним власникам (законним володільцям), за умови, що кожному з них окремо завдана шкода, недостатня для визнання самовільного зайняття земельної ділянки злочином, але в сукупності розмір цієї шкоди є достатнім для кваліфікації дій особи за ч. 1 ст. 197-1 КК; чи можуть бути потерпілими від цього злочину власники (орендарі) земельних часток (паїв); як кваліфікувати дії, пов'язані з виходом власника (користувача) земельної ділянки за межі земельної ділянки, яка йому належить; чи охоплюються диспозицією ч. 3 (ч. 4) ст. 197-1 КК випадки будівництва на самовільно зайнятих земельних ділянках малих архітектурних форм або інших тимчасових споруд; чи слід визнавати самовільним зайняттям земельної ділянки порушення прав на землю, що виразились у бездіяльності; чи слід визнавати самовільним зайняття земельної ділянки за наявності підписаного договору оренди земельної ділянки, який не містить всіх істотних умов або необхідних доповнень до нього; чи слід враховувати при обчисленні розміру шкоди, завданої самовільним зайняттям земельної ділянки, витрати, пов'язані із відновленням попереднього стану земельної ділянки, втрачену вигоду та витрати на знесення будівель і споруд, які самочинно збудовані чи будуються на самовільно зайнятих земельних ділянках; чи належить самовільне зайняття земельної ділянки до числа триваючих злочинів; як співвідносяться кримінально каране самовільне зайняття земельної ділянки і злочини, передбачені ст. 189 і ст. 190 КК, тощо. Навіть у коментарі до ст. 197-1 КК я вимушений був зробити застереження про те, що використання в її тексті терміну «земельна ділянка» з «прив'язуванням» останньої до конкретного потерпілого – власника (законного володільця) ставить питання, однозначні відповіді на які не може дати ні доктрина кримінального, ні доктрина земельного права (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 616).

Не менш красномовно демонструє недотримання принципу правової визначеності і такий фрагмент з мого коментарю до ст. 239-1 КК: «Буквальне тлумачення кримінального закону дозволяє визнавати суб'єктом злочину, передбаченого ст. 239-1, того, для кого земельна ділянка, з якої знімається поверхневий шар, є чужою, а логічне тлумачення (урахування місця коментованої заборони в системі Особливої частини КК) – також власника відповідної земельної ділянки і землекористувача. Проте завдяки системному тлумаченню норм адміністративного та кримінального законодавства про відповідальність за порушення земельного законодавства у сфері охорони ґрунтів, історичному тлумаченню КК, з огляду на притаманну посяганням на власність етимологію терміну «заволодіння», а також на правило «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується» слід зробити висновок про те, що за незаконне заволодіння поверхневим шаром (у т. ч. ґрунтовим покривом) земель за чинною редакцією ст. 239-1 можуть відповідати лише ті особи, яким відповідна земельна ділянка не належить на праві власності, або які не є землекористувачами» (Там само. С. 808).

Не викликає сумнівів те, що саме напрацювання кримінально-правової доктрини мають прийти на допомогу законодавцю з тим, що усунути ґрунт для виникнення зазначених і подібних си-

туацій, коли звернення до різних способів і методів тлумачення КК дозволяє дійти різних висновків щодо розв'язання тих чи інших питань його застосування.

Для удосконалення механізму протидії земельним правопорушенням потрібно: 1) забезпечити стабільність і системність державної політики у сфері протидії порушенням земельного законодавства; 2) припинити практику ухвалення законів із мотивів політичної доцільності; 3) враховувати при формуванні законодавства надбання правової доктрини, зокрема шляхом більш активного залучення до експертизи законопроектів науковців, що забезпечить належне теоретичне підґрунтя для прийняття відповідних правових норм (див.: Злочини проти довкілля: кримінально-правова характеристика: практичний посібник / 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. С. 353–354).

Додатково актуалізує тему докторської дисертації А.М. Шульги очікуване скасування мораторію на купівлю-продаж земель сільськогосподарського призначення, запровадження ринку таких земель. Як слушно зазначає здобувач, в Україні на сьогодні існує проблема встановлення та забезпечення справедливого функціонування ринку землі (с. 152). Поки що незрозуміло, яка модель ринку землі та з яким з рівнем втручання держави буде реалізована у нас. Незважаючи на те, що роль закону про кримінальну відповідальність у регулюванні ринку землі, забезпеченні вказаних суспільно значущих трансформацій є похідною, допоміжною (але не другорядною), це не означає, що зацікавлені представники доктрини, яка має виконувати і прогностичну функцію, можуть поводити себе пасивно і не задумуватись над перспективними варіантами кримінально-правового реагування на зловживання, вчинювані на ринку аграрних земель.

Сказане, щоправда, стосується й теперішнього стану справ, бо заявлена тема «Кримінально-правова охорона земельних ресурсів в Україні: теоретико-правовий аспект» не може не зачіпати питання кримінально-правової оцінки неправомірної поведінки, яка набула розповсюдження у межах «тіньового» ринку землі. Адже мораторій на купівлю-продаж земель сільськогосподарського призначення, за інформацією фахівців, зловмисники обходять у різний спосіб: змінюють цільове призначення землі для подальшого продажу; продають корпоративні права підприємств, які укладали договори оренди; оформляють договір оренди на 50 років і більше; створюють фіктивний борг у людини, щоб через суд конфіскувати пай, тощо (див.: Сакаль О. Білий ринок землі: реальність та очікування. URL: <https://www.epravda.com.ua/publications/2019/09/3/651218>).

Зауваження.

1. Злочинами проти земельних ресурсів здобувач пропонує визнавати суспільно небезпечні винні (умисні) діяння (дію або бездіяльність), передбачені відповідними статтями розділу VI і розділу VIII Особливої частини КК, які вчинюються відповідним суб'єктом і посягають на відносини у сфері земельної власності, а також охорони, раціонального використання та відтворення земельних ресурсів (с. 69–70, 390). Вважаю, що наведене визначення, фіксуючи теперішній стан справ, «не працює» на перспективу, не містить достатньої кількості відмітних ознак і суперечить окремим висловлюванням самого дисертанта.

Так, вказівка на умисну форму вини не узгоджується з твердженнями А.М. Шульги про те, що із суб'єктивної сторони забруднення або псування земель (ст. 239 КК) і безгосподарське використання земель (ст. 254 КК) можуть характеризуватись і необережною формою вини (с. 300–301, 309–311), а згадування про розділ VI Особливої частини КК – із пропозицією дисертанта прибрати з цього розділу ч. 1 і ч. 2 ст. 197-1, передбачивши відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки як за різновид незаконного заволодіння земельними ресурсами у новій статті 239-3, розміщеній у розділі VIII Особливої частини КК (с. 401).

Перед тим, як сформулювати авторське визначення поняття злочинів проти земельних ресурсів, дисертант розлого (виділивши 11 пунктів) пояснює необхідність такої дефініції (с. 64). Критично оцінюю ці міркування Андрія Михайловича, бо, на відміну від нього, не впевнений у тому, що наведене визначення, зокрема слугуватиме оптимальному визначенню кола діянь у досліджуваній сфері, сприятиме побудові санкцій і запобіганню злочинів у сфері охорони земельних ресурсів,

впливатиме на криміналізацію і декриміналізацію діянь у цій сфері та є важливим для вдосконалення законодавства і правозастосовної діяльності в окресленій сфері. Сумніваюсь також у тому, що це визначення «знімає протиріччя при здійсненні кваліфікації діянь та відмежуванні злочину від іншого правопорушення» (с. 70), як і в тому, що зосередження всіх кримінально-правових заборон у сфері охорони земельних ресурсів в розділі VIII Особливої частини КК дозволить правозастосувачу правильно обирати норму закону в разі посягання на земельні ресурси (с. 32). До речі, обґрунтування останнього теоретичного положення (всупереч тезі, заявленій у науковій новизні) в роботі відсутнє.

Вимогам дефінування понять (маю на увазі, зокрема наявність лише суттєвих ознак і раціональну (оптимальну) стислість) суперечить вказівка в аналізованому визначенні на такі ознаки, як «суспільна небезпечність», «винність», «діяння», «вчинення суб'єктом злочину».

Зауважу також, що сформульоване А.М. Шульгою визначення злочинів проти земельних ресурсів охоплює не тільки посягання, карані за частинами 1 і 2 ст. 197-1, статтями 239, 239-1, 239-2, 254 КК, а й ті делікти, які лише опосередковано зачіпають сферу земельних відносин і широкий перелік яких наводиться здобувачем (с. 64–65). Адже ці діяння, за висловлюванням самого дисертанта, «частково посягають на відносини у сфері охорони, раціонального використання та відтворення земельних ресурсів...» (с. 64).

На підтвердження своєї думки про те, що авторське визначення поняття «земельних» злочинів потребує доопрацювання, зазначу і таке. Під це визначення підпадає, а отже, має визнаватись «злочином проти земельних ресурсів», скажімо, шахрайство або вимагання, якщо при його вчиненні суб'єкт набуває (прагне набути) права на земельну ділянку, яка відповідно ст. 181 ЦК України має статус нерухомого майна. Погодитись із таким широким розумінням «земельного» злочину складно.

Інакше кажучи, недотримання Андрієм Михайловичем логіко-методологічної процедури визначення понять, виробленої філософією, логікою та методологією науки, призвело до того, що запропоноване ним визначення поняття «злочинів проти земельних ресурсів» не відповідає чи не головному своєму призначенню – чітко не окреслює ті відмітні, істотні ознаки, які дозволяють виокремити такі злочини серед інших груп кримінально караних посягань.

Вважаю, що наукове визначення поняття «земельного» злочину (наразі кримінального правопорушення) має чітко фіксувати, що його предметом можуть бути лише передбачені земельним законодавством об'єкти земельних відносин – землі, земельні ділянки та ґрунти, і, вочевидь, базуватись на класифікації об'єктів кримінального правопорушення «за горизонталлю».

До слова не відповідає дійсності твердження А.М. Шульги про те, що «ні в одній роботі не приділяється належної уваги питанню визначення злочинів проти земельних ресурсів» (див., наприклад: Мовчан Р.О. Поняття злочинів у сфері земельних відносин. Правничий часопис Донецького університету. 2017. № 1/2. С. 73–78).

2. Вимушений констатувати суперечливість і спірність окремих міркувань здобувача щодо шляхів вдосконалення досліджуваних кримінально-правових заборон.

Так, на с. 77 можна прочитати, що при вчиненні незаконного заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель (ст. 239-1 КК) і незаконного заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах (ст. 239-2 КК) передусім порушується право земельної власності, а вже потім увесь комплекс екологічних чинників існування відповідних земельних ресурсів, у зв'язку з чим склади цих злочинів повинні міститись у розділі VI Особливої частини КК «Злочини проти власності». На с. 173 зазначається, що самовільне зайняття земельної ділянки «являє собою протиправне посягання на право власності на земельну ділянку як об'єкт права земельної власності й об'єкт навколишнього природного середовища», а на с. 124 – що його «суспільну небезпеку викликає, по-перше, порушення конституційного права земельної власності...». Ці висловлювання явно не узгоджуються з пропозицією передбачити відповідальність за згадані делікти в новій статті 239-3 КК «Незаконне заволодіння земельними ресурсами» в межах розділу VIII Особливої частини КК «Злочини проти довкілля» (с. 32, 401–402).

Подібна суперечливість характерна для міркувань здобувача щодо місця кримінально-правової заборони, присвяченої безгосподарському використанню земель. На с. 78 його основним

безпосереднім об'єктом названо «відносини у сфері сільськогосподарської діяльності, що є визначальним при віднесенні цієї норми до Розділу VII «Злочини у сфері господарської діяльності». Однак на с. 135 питання про спрямованість вказаного злочину вирішується інакше (його основним безпосереднім об'єктом визнається порядок використання ґрунтового покриву земель сільськогосподарського призначення та його охорони як елемента довкілля, об'єкта господарської діяльності та права земельної власності); звідси і незмінність місця зазначеної заборони в системі Особливої частини КК (с. 401).

Оскільки мова вже зайшла про передбачене ст. 254 КК безгосподарське використання земель, то хотів би зазначити, що не поділяю думку дисертанта про те, що чинна редакція цієї норми є «робочою» і перегляду не потребує (с. 185). Такий висновок є дискусійним або принаймні передчасним, зокрема з огляду на відповідні доктринальні напрацювання, які мали б бути піддані здобувачем критичному аналізу.

Наприклад, стверджується, що більш вдалим для характеристики юридичної природи діянь, які визнаються кримінально караними ст. 254 КК, є використання терміну, вжитого в адміністративному законодавстві, – «порушення правил використання земель». Крім іншого, таке формулювання дозволило б чітко усвідомити той факт, що дія цієї заборони розповсюджується на порушення правил використання земель будь-якої категорії, а не лише земель сільськогосподарського призначення. До різновидів кримінально караного порушення правил використання земельної ділянки, які потребують конкретизації в ст. 254 КК, запропоновано відносити використання земельної ділянки не за цільовим призначенням, невиконання природоохоронного режиму використання земельної ділянки, розміщення, проектування, будівництво, введення в дію об'єктів, які негативно впливають на стан земель, неправильну експлуатацію, знищення або пошкодження протиерозійних гідротехнічних споруд, захисних лісонасаджень, якщо це спричинило тривалу деградацію ґрунтів земельних ділянок (див.: Пенязькова О.О. Кримінально-правова охорона земель в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2018. С. 194–195). Цікаві напрями вдосконалення нормативної підстави кримінальної відповідальності за безгосподарське використання земель свого часу висунула учениця самого Андрія Михайловича Н.Ю. Цвіркун (див.: Цвіркун Н.Ю. Кримінальна відповідальність за безгосподарське використання земель: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2012. 19 с.).

За таких обставин висуненню тези про те, що чинна редакція ст. 254 КК є, так би мовити, майже бездоганною, мала б передувати змістовна полеміка з науковцями, які дотримуються іншої точки зору з цього питання.

Якщо термін «заволодіння» ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель, порушуючи правила формальної логіки, не розкриває дійсної суті діяння, передбаченого ст. 239-1 КК (с. 182), то чому тоді цей «невдалий» термін пропонується використовувати в назві і тексті «правонаступника» вказаної заборони – ст. 239-3 КК «Незаконне заволодіння земельними ресурсами»?

На с. 256 чинна редакція ст. 239 КК піддається критиці на тій підставі, що вона «значно звужує межі своєї дії, закріпивши суб'єктом цього злочину лише осіб, на яких покладено обов'язок не порушувати спеціально встановлених правил». Однак сформульована А.М. Шульгою редакція цієї статті, відрізняючись від її чинної редакції лише термінологічно («землі» замінено на «земельні ресурси», причому частково) (с. 401), проблему суб'єкта кримінально караного забруднення або псування земель не вирішує, бо він і надалі визнаватиметься спеціальним.

3. Продовжуючи аналіз пропозицій *de lege ferenda*, зверну увагу на те, що в положеннях, які висувуються на захист, здобувач вказує на «доцільність криміналізації незаконних дій під час здійснення цивільно-правових правочинів» (с. 32). Водночас текст ст. 239-4 КК «Зловживання на ринку землі», ініційованої (треба так розуміти) задля втілення зазначеного теоретичного положення, сформульований максимально широко, не містить потрібних застережень (і про правочини також), що у випадку законодавчої реалізації цієї ідеї неминуче викличе серйозні труднощі на практиці, зокрема пов'язані з розмежуванням складів відповідних кримінальних правопорушень (у т. ч. передбаченого новою статтею 239-3 КК).

Відшукати в дисертації обґрунтування запропонованої редакції ст. 239-4 КК (включаючи формулювання основного і кваліфікованих складів цього нового злочину, параметри криміноутворюю-

вальних ознак та явно неадекватні санкції) і місцезнаходження цієї заборони в системі Особливої частини КК, як і анонсоване в науковій новизні обґрунтування доцільності криміналізації незаконних дій під час здійснення цивільно-правових правочинів, не вдалося. Закономірно постає питання: така новела вельми абстрактного змісту пов'язана з очікуваним запровадженням ринку земель сільськогосподарського призначення чи наявними прогалинами в теперішній кримінально-правовій охороні земельних відносин? Залишається сподіватись на те, що відповідні пояснення будуть надані дисертантом під час захисту.

4. Не зовсім логічною вважаю ту обставину, що історичний і порівняльно-правовий методи в загальній формі докладно охарактеризовані в підрозділі 1.1 «Методологічні засади дослідження охорони земельних ресурсів України кримінально-правовими засобами» (с. 44–52) в той час, як результати використання цих методів задля досягнення мети дисертаційного дослідження відображено поверхово і фрагментарно.

Так, на с. 47 А.М. Шульга пише: «Історичний підхід до вивчення проблем кримінально-правової охорони земельних ресурсів України дозволяє зробити висновок про те, що у законодавця були підстави криміналізувати такі суспільно небезпечні діяння, як забруднення або псування земель (ст. 239 КК України), незаконне заволодіння ґрунтовим покривом земель (ст. 239-1 КК України), незаконне заволодіння землями водного фонду (ст. 239-2 КК України) та безгосподарське використання земель (ст. 254 КК України). Окремо треба сказати про самовільне зайняття земельної ділянки. Це діяння визнавалося як злочин законодавством про кримінальну відповідальність за всіх часів».

Складно сказати, на чому ґрунтуються ці висловлювання дисертанта навіть попри те, що вітчизняна історія законодавчої регламентації кримінальної відповідальності за посягання на сферу земельних відносин має глибоке коріння. Адже історичних аналогів статті 239-1 та 239-2 чинного КК не мають, а кримінально караним традиційно визнавалося не самовільне зайняття земельної ділянки, а порушення права на землю як різновид майнових посягань.

Порівняльно-правовим методом дослідження здобувач охоплює, зокрема порівняння національного кримінального законодавства і міжнародно-правових актів (с. 24, 51, 392) і водночас пов'язує «міжнародно-правовий чинник» криміналізації з «використанням для порівняння норм кримінального законодавства України й іноземних країн у сфері правової охорони земельних ресурсів» (с. 96, 392). Створюється враження, що автор цих суджень плутає зарубіжне і міжнародне (наднаціональне) законодавство. Цікаво було б також дізнатись в Андрія Михайловича про міжнародно-правові зобов'язання України в частині охорони земель, оскільки в дисертації інформація про дотримання такого принципу криміналізації земельних правопорушень, як міжнародно-правова необхідність і допустимість, відсутня.

Підсумовуючи використання порівняльно-правового методу, дисертант зазначає, що «за результатами вивчення кримінального законодавства інших країн та практики його застосування, зокрема були встановлені основні ознаки злочинів проти земельних ресурсів як кримінально-правової категорії. Вбачається за необхідне, йдучи шляхом виділення у розділах Особливої частини підрозділів, у Розділі VIII «Злочини проти довкілля» КК України виокремити Підрозділ «Злочини проти земельних ресурсів», в якому будуть закріплені законодавчі визначення основних понять, що містяться в його Загальній та Особливій частинах. Це стосується й визначення посягань на земельні ресурси як кримінально-правової категорії. До речі, окремі кодекси країн Європи та світу містять такі розділи і підрозділи» (с. 51–52).

На жаль, здобувач не пише, які саме «основні ознаки злочинів проти земельних ресурсів як кримінально-правової категорії» йому вдалось з'ясувати під час вивчення зарубіжного досвіду та які з цих ознак могли б стати у нагоді в Україні при науковому опрацюванні досліджуваної проблематики. Крім цього, висновок про доцільність виокремлення підрозділу, присвяченого саме і тільки кримінально-правовій охороні земельних ресурсів, із зарубіжного досвіду не впливає, бо, за інформацією фахівців (Р.О. Мовчан) лише кримінальне законодавство Албанії є чи не єдиним на європейському правовому просторі, в межах якого виділений окремий структурний підрозділ, цілком присвячений регламентації відповідальності виключно за злочини у сфері земельних відносин (розд. XI «Злочини, пов'язані з правовим статусом землі» гл. 3 «Злочини, пов'язані з власністю та економічною сферою» КК Албанії).

Інформація про те, що Пенітенціарний закон Естонії містить дві норми, які передбачають відповідальність за порушення права власності на землю та порушення вимог до землекористування або порядку ведення земельного кадастру (с. 96–97), не враховує того, що з прийняттям нової редакції закону про кримінальну відповідальність Естонії вказані діяння опинились поза сферою кримінально-правового регулювання.

Взагалі на конструктив і виваженість за результатами використання порівняльно-правового методу (включаючи уникнення поширеної останнім часом серед здобувачів наукових ступенів вибірковості при запозиченні зарубіжного кримінально-правового досвіду) можна розраховувати лише за умови проведення повноцінного, розгорнутого і заснованого на чіткій класифікації основних кримінально-правових систем компаративістського дослідження з опрацюванням при цьому першоджерел на іноземних мовах.

5. Спонукають вступити в дискусію й окремі висловлювання дисертанта, присвячені кримінально-правовій характеристиці самовільного зайняття земельної ділянки.

Так, А.М. Шульга послідовно наполягає на перенесенні кримінально-правової норми про відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки до розділу VIII Особливої частини КК «Злочини проти довкілля», пояснюючи необхідність такого кроку тим, що найголовнішою є екологічна функція землі, а всі інші походять від неї: «У зв'язку з визначальною природною функцією землі основним безпосереднім об'єктом самовільного зайняття земельної ділянки треба визнавати відносини у сфері забезпечення нормального функціонування земельних ресурсів як об'єкта природи» (с. 126). Задля справедливості відзначу, що подібну позицію озвучують і деякі інші вітчизняні дослідники (наприклад, І.Б. Газдайка-Василишин та О.О. Пенязькова).

Погодитись із згадану пропозицію складно, адже, відстеживши «механізм» заподіяння шкоди правовідносинам, охоронюваним за допомогою ст. 197-1 КК, можна чітко побачити принципovu відмінність у характері антисуспільної спрямованості самовільного зайняття земельної ділянки, з одного боку, та злочинів проти довкілля (у т. ч. «земельних»), з іншого. Справді внаслідок вчинення злочину, передбаченого ст. 197-1 КК, може порушуватись не лише соціальний зв'язок, а й предмет охоронюваних згадану нормою КК відносин. Маються на увазі випадки, коли особа, котра самовільно зайняла земельну ділянку, згодом допускає псування, забруднення, нераціональне використання зайнятих земель, незаконне зняття їхнього поверхневого шару тощо. Водночас, на відміну від земельних злочинів «екологічного» характеру, вчинення кожного з яких супроводжується обов'язковим впливом на предмет відповідних відносин, при вчиненні самовільного зайняття земельної ділянки шкода предмету може і не наставати, тобто є факультативною. Отже, в переважній більшості випадків самовільне зайняття земельної ділянки не призводить до порушення правовідносин, охоронюваних розділом VIII Особливої частини КК, зокрема пов'язаних з охороною, раціональним використанням і відтворенням земельних ресурсів.

Я не поділяю точку зору дисертанта, згідно з якою у випадку самовільного зайняття земельної ділянки, що завдало значної шкоди її законному володільцю або власнику, а згодом безгосподарського використання такої ділянки, що потягло тривале зниження або втрату їх родючості, виведення земель з сільськогосподарського обороту, змивання гумусного шару, порушення структури ґрунту, кримінальна відповідальність має наставати за сукупністю злочинів – відповідно частиною ст. 197-1 і ст. 254 КК (с. 254). У нашій доктрині панує інший (як видається, правильний підхід): за ст. 254 КК не може нести відповідальність особа, яка самовільно зайняла земельну ділянку, оскільки на особу, котра не має прав на земельну ділянку, не може бути покладено обов'язок дотримуватись правил щодо дбайливого та раціонального використання землі. До слова, характеризуючи суб'єкта безгосподарського використання земель (с. 259–260), А.М. Шульга цілком доречно акцентує увагу на тих обов'язках, які чинне земельне законодавство покладає на землевласників і землекористувачів, які стосуються охорони, раціонального використання та відтворення корисних властивостей земель та яких (правил) слід дотримуватись в процесі господарського використання земель.

З урахуванням того, що складовими ідеальної сукупності злочинів спроможні виступати не будь-які кримінально карані діяння, я, на відміну від дисертанта, критично оцінюю судову практику, коли вчинене кваліфікується за сукупністю самовільного зайняття земельної ділянки та службової недбалості (с. 264–266). З приводу подібних правових ситуацій чітко висловлюється

В.О. Навроцький, на думку якого ідеальна сукупність необережного та умисного злочину включається: якщо особа не усвідомлює суспільної небезпеки свого діяння (при необережному посяганні), то вона не може умисно діяти і щодо іншого злочину (див.: Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2006. С. 344).

Захопившись викладом теоретичних положень, які стосуються загальної характеристики елементів складу будь-якого злочину, здобувач не розглянув чимало дискусійних питань кримінально-правової кваліфікації самовільного зайняття земельної ділянки (частково ці питання перераховані при розкритті актуальності теми рецензованої дисертації). Проілюструю сказане всього одним прикладом.

«Таємний спосіб» самовільного зайняття земельної ділянки дисертант вбачає у випадку продовження використання раніше орендованих земельних ділянок після закінчення дії договору оренди (с. 207) і погоджується з позицією судів, які інкримінують у цьому разі ст. 197-1 КК (с. 323).

На мою думку, протиправна бездіяльність особи, якій можуть передувати цілком правомірні вчинки особи, здатна заподіяти власнику (законному користувачеві) земельної ділянки не меншої шкоди, ніж активна поведінка – дії, які згідно зі ст. 197-1 КК мають розцінюватись як самовільне зайняття земельної ділянки. Проте несвоєчасне повернення тимчасово займаної земельної ділянки, раніше наданої на підставі договору у тимчасове (короткострокове або довгострокове) користування (утримування земельної ділянки), є не злочином (ст. 197-1 КК), а адміністративним проступком (ст. 54 КУпАП). Так само не може вважатись самовільним зайняттям земельної ділянки: незвільнення земельної ділянки особою, котра не виконала зобов'язання перед кредитором і тому позбавлена права власності на земельну ділянку; незвільнення земельної ділянки особою, земельну ділянку якої відчужено з мотивів суспільної необхідності чи для суспільних потреб або конфісковано за рішенням суду; несвоєчасне звільнення земельних ділянок, право на використання яких припинилося; порушення строків переоформлення прав на землю тощо. У подібних випадках вчинене може розцінюватись як те чи інше земельне правопорушення – порушення строку повернення тимчасово зайнятих земель, невиконання обов'язків відносно приведення їх у стан, придатний для використання їх за призначенням, тощо, але не як злочин, передбачений ст. 197-1 КК.

На користь викладеного підходу вказує врахування: а) правила конституційного походження «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується»; б) значення слова «займати»; до того ж ні заволодіти земельною ділянкою, ні використовувати її шляхом бездіяльності неможливо; в) нормативного визначення поняття самовільного зайняття земельної ділянки (ст. 1 Закону «Про державний контроль за використанням та охороною земель»).

На переконання дисертанта, кваліфікований склад самовільного зайняття земельної ділянки має виглядати таким чином: «Самовільне зайняття чужої земельної ділянки чи її частини, поєднане з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства», і «ті самі дії, поєднані із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, або з погрозою застосування такого насильства» (с. 209). Викладена пропозиція не є достатньо аргументованою. Крім іншого, вона не враховує існуючу практику застосування ст. 197-1 КК, аналіз якої засвідчує, що протягом останніх 12 років не було зафіксовано жодного випадку реалізації кримінальної відповідальності щодо осіб, які вчиняли самовільне зайняття земельної ділянки, супроводжуване застосуванням насильства.

6. Міркування здобувача щодо особливостей застосування інституту кримінальних проступків у царині земельних правопорушень виглядають незавершеними.

Так, на с. 74 дисертант, звертаючись до законопроекту № 7279-д, який 22 листопада 2018 р. був ухвалений як Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» (далі – Закон від 22 листопада 2018 р.), зазначає, що згідно з цим документом діяння, передбачені частинами першими статей 197-1, 239, 239-1, 239-2 і 254 КК, будуть віднесені до кримінальних проступків. «Це змінює існуючий режим кримінально-правової охорони земельних ресурсів України».

Трохи дивно, що автор докторської дисертації рухається в фарватері «мудрого» українського законодавця і просто констатує віднесення певних деліктів до числа кримінальних проступків, не даючи цьому кроку жодної експертної оцінки, зокрема критичної. І це при тому, що на с. 88 за-явлено: «... нами на підставі загальних характеристик буде зроблений висновок про можливість застосування інституту кримінального проступку у разі протиправного посягання на земельні ресурси». У висновках дисертації такого висновку, на жаль, немає.

Немає у роботі й обґрунтування того, чому некваліфіковане забруднення або псування земель, яке відповідно до ст. 239 КК, викладеної в редакції Закону від 22 листопада 2018 р., віднесене до нетяжких злочинів, дисертант (судячи зі «старої» санкції ч. 1 цієї статті, відтвореної в авторській редакції кримінально-правової заборони (с. 401)) пропонує вважати кримінальним проступком. Якщо згідно з частинами першими статей 197-1, 239-1 і 239-3 КК, викладених в редакції Закону від 22 листопада 2018 р., передбачені цими нормами делікти визнані кримінальними проступками, то на якій підставі некваліфіковане незаконне заволодіння земельними ресурсами (судячи із запропонованої санкції ч. 1 ст. 239-3 КК як «правонаступника» цих норм) має визнаватись злочином (хай і нетяжким)?

Таким чином, дисертант (як і наш законодавець) демонструє довільність при визначенні кримінально-правового статусу земельних деліктів, що не дозволяє вести мову про виважену диференціацію кримінальної відповідальності за їх вчинення. Висловлю припущення, що такої довільності вдалося уникнути, якби здобувач спробував вчення про кримінальні проступки (а про його наявність свідчать серйозні монографічні дослідження і наукові статті вітчизняних науковців) екстраполювати на досліджувані ним земельні правопорушення.

7. Текст дисертації не позбавлений прикрих неточностей і некоректних висловлювань.

Зокрема, тема дисертації навряд чи «узгоджується з положеннями Стратегії державної політики щодо наркотиків на період до 2020 року, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 28.08.2013 р. № 735-р» (с. 26), бо в цьому документі жодного слова не сказано ні про землю (земельні ділянки чи ресурси), ні про довкілля (навколишнє природне середовище) загалом.

Із формулювання завдання «вивчити методологію дослідження проблем кримінально-правової охорони земельних ресурсів України з метою оптимального вирішення питання протидії цьому негативному соціальному явищу» (с. 27) випливає, що кримінально-правова охорона земельних ресурсів є (?) негативним соціальним явищем.

У визначенні об'єкта дослідження (с. 28) слова «засобами кримінально-правового впливу» зайві, бо уявити собі кримінально-правову охорону земельних ресурсів за допомогою інших засобів проблематично.

Не уник дисертант штучного применшення значущості результатів, здобутих його попередниками. Наприклад, твердження про те, що «Майже не вивчені криміналізовані діяння, що посягають на земельні ресурси України, сутність таких правопорушень, генеза кримінального законодавства в цій сфері» (с. 24), спростовується самим дисертантом, який веде предметну дискусію з попередниками; солідний обсяг опрацьованої бібліографії також свідчить про те, що наведене твердження не відповідає дійсності.

Після захисту в минулому році дисертації О.О. Пенязькової «Кримінально-правова охорона земель в Україні» безпідставно стверджувати, що робота А.М. Шульги «є першим в Україні комплексним науковим дослідженням, у якому...» (далі – за текстом) (с. 31).

Чотириступенева структура об'єкта злочинів проти земельних ресурсів України (загальний, родовий, видовий й безпосередній об'єкти) всупереч точці зору здобувача (с. 33) зовсім не пов'язана з тим, що земельні ресурси виконують декілька функцій.

Характеризуючи незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах (ст. 239-2 КК), дисертант пише: «Великий розмір належить до предмета злочину, а не до характеристики наслідку. Таким чином, законодавець прямо не вказує у диспозиції статті на суспільно небезпечні наслідки. Але технічно заволодіння поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду в особливо великих розмірах являє собою фактичне відокремлення цього об'єкта природи від материнської основи, що автоматично погіршує природний стан поверхні земельної ді-

лянки земель водного фонду. Це варто розглядати як реальний суспільно небезпечний наслідок. Тому цей злочин необхідно вважати злочином із матеріальним складом» (с. 168).

Я не поділяю викладену точку зору, спираючись на виважену тезу О.М. Миколенко про різницю між наслідками злочину і суспільно небезпечними наслідками: якщо перше поняття означає шкоду, заподіяну злочином, і характеризує його суспільну небезпеку, то друге поняття – наслідки злочину, що закріплені в диспозиції кримінально-правової норми або впливають з її змісту, входять до складу об'єктивної сторони складу конкретного злочину і впливають на його кваліфікацію (див.: Миколенко О.М. Теоретичні основи дослідження шкоди, заподіяної злочином: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2005. С. 51–85).

Наводячи визначення поняття «самовільне зайняття земельної ділянки», закріплене в ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» (с. 173–174), здобувач не врахував того, що це визначення зазнало принципових змін ще на підставі Закону від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності за порушення вимог земельного законодавства».

Не варто дорікати законодавцю за те, що той у ст. 211 Земельного кодексу України не зазначив, які правопорушення земельного законодавства відносяться до кримінальних правопорушень, а які – до адміністративних (с. 74–75). Бо ж, зокрема, згідно з ч. 2 ст. 1 Кримінального кодексу України саме і тільки цей Кодекс визначає, які суспільно небезпечні діяння є кримінальними правопорушеннями.

У разі засмічення, забруднення або іншого псування ґрунтового покриву земельної ділянки речовинами, що становлять загрозу людині чи довкіллю в цілому і якщо це створило реальну загрозу життю, здоров'ю людей чи іншим елементам навколишнього природного середовища зокрема, дисертант пропонує кваліфікувати вчинене за ст. 254 і відповідною частиною ст. 239 КК (с. 212). Крім того, що пропонується кваліфікація за сукупністю злочинів означатиме порушення принципу недопустимості подвійного інкримінування (ч. 1 ст. 61 Конституції України, ч. 3 ст. 2 КК), наведена точка зору є неприйнятною, оскільки підстави для інкримінування ст. 254 КК у випадках, коли псується ґрунтовий покрив, відсутні.

На с. 317 зазначається таке: «У разі суспільно небезпечних посягань на земельні ресурси, що спричинило наслідки у вигляді загибелі людей, їх масового захворювання або інших тяжких наслідків, масової загибелі об'єктів тваринного чи рослинного світу чи матеріальної шкоди у великому розмірі, які своєю небезпекою та тяжкістю виходять за межі основного складу злочинів, передбачених статтями 197-1, 239, 239-1, 239-2, 254 КК України, їх слід визнавати необережними, і додаткової кваліфікації за статтями 119 та 128 КК України, або інших необережних злочинів проти власності чи довкілля не потребується, адже такі наслідки вже передбачені законодавцем як кваліфікуючі». Однак у статтях 197-1 та 254 КК немає відповідних кваліфікуючих ознак, а тому це правило кваліфікації потребує уточнення.

Відгук на докторську дисертацію Р.С. Орловського «Інститут співучасті в кримінальному праві України»⁵²

Проблематика співучасті у злочині традиційно вважається однією з найбільш складних у кримінальному праві. В доктрині продовжують мати місце значні розбіжності в підходах щодо багатьох аспектів кримінально-правового інституту співучасті у злочині, а недостатньо чітка, неповна або суперечлива регламентація відповідних питань у КК України призводить до неоднаковості і нестабільності слідчо-прокурорської та судової практики, численних помилок при кваліфікації і призначенні покарання тощо.

Не дивлячись на належність кримінально-правової тематики співучасті у злочині до числа активно розроблюваних (достатньо пригадати захищені в 2013 р. докторські дисертації Ю.В. Абакумової та О.О. Кваші – монографічні роботи, щоправда, вельми різної якості), юридичною наукою поки що не сформульовано усталеної позиції з низки злободенних питань, які або безпосередньо стосуються вказаного інституту, або є дотичними до нього.

Маються на увазі, наприклад: зміст групових форм співучасті, описаних у ст. 28 КК України, та їхнє співвідношення між собою; співвідношення співучасті у злочині і співзаподіяння шкоди об'єкту кримінально-правової охорони за відсутності ознак співучасті у злочині *de lege lata* і *de lege ferenda*; потреба в легітимізації таких фігур, як ініціатор, лідер, провокатор, керівник, посередник і замовник злочину; кримінально-правова оцінка: «таємної співучасті»; необережного співзаподіяння; «невдалої співучасті»; посередництва у злочині; провокації злочину; співучасті у злочинах зі спеціальним суб'єктом; поведінки співучасника, який поєднує декілька функцій; діянь співвиконавців; посягань, вчинюваних у складі злочинних організацій; вплив на кримінально-правову кваліфікацію фактичних помилок співучасника щодо обставин вчинюваного злочину та суб'єкта злочину щодо обставин, які кореспондують ознакам співучасті; доцільність виокремлення в Особливій частині КК України особливих форм організаторської діяльності, пособництва і підбурювання; розмежування співучасті у злочині та окремих проявів причетності до злочину; шляхи вдосконалення кримінально-правового інструментарію, за допомогою якого здійснюється протидія такому феномену, як організована злочинність (показовим у цьому сенсі є питання, сформульоване у відгуку С.Д. Шапченка на автореферат докторської дисертації А.А. Вознюка «Теоретичні та практичні проблеми кримінальної відповідальності за створення злочинних об'єднань та участь у них як посягання на громадську безпеку» (2018 р.) та слушно назване автором згаданого відгуку принциповим: взаємодія декількох суб'єктів при створенні злочинного об'єднання та їх участь у ньому повністю охоплюється традиційним змістом співучасті, визначеним у ст. 27 КК України, чи в окремих своїх характеристиках виходить за межі співучасті у злочині?); доцільність використання для криміналізації організованих форм співучасті специфічних прийомів законодавчої техніки і, зокрема, перспективи існування організованої групи та злочинної організації як самостійних форм співучасті у злочині; напрями поліпшення правил призначення покарання співучасникам у злочині.

Зауваження.

1. Окремі висловлювання дисертанта щодо обсягу кримінально-правового інституту співучасті у злочині сприймаються неоднозначно, змушуючи ставити питання, які потребують додаткових пояснень під час захисту.

Так, Р.С. Орловський зазначає, що норми про співучасть у злочині, серед іншого, знайшли своє текстуальне відображення у статтях (положеннях) Особливої частини КК України, які закріплюють відповідні кваліфікуючі ознаки (с. 59–60, 94, 148 та ін.). По-перше, наведена позиція навряд чи узгоджується з іншими твердженнями дисертанта – про те, що: а) ті частини статей Особливої частини КК України, які передбачають вчинення злочину у певній формі співучасті у злочині як кваліфікуючі ознаки, не належать до субінституту форм співучасті (с. 240); б) для спів-

⁵² Захист відбувся у Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого 31 жовтня 2019 р.

відношення вказаного субінституту та інституту кваліфікуючих ознак, які передбачають групові форми співучасті у злочині, характерні субординаційні зв'язки (с. 349). Створюється враження, що згадана нормативна складова інституту співучасті у злочині не охоплюється жодним з його субінститутів, виділених дисертантом.

По-друге, з урахуванням того, що учасниками відповідних груп можуть бути і співвиконавці (чи тільки співвиконавці – це, як відомо, тема окремої розмови), постає питання, чи не суперечить ця безспірна обставина неодноразово проголошуваній тезі дисертанта про те, що першим функціональним завданням (призначенням) досліджуваного інституту є обґрунтування кримінальної відповідальності (криміналізація поведінки) осіб, які не виконують діяння, описане в диспозиції статті Особливої частини КК України (с. 28, 93, 148–149, 396 та ін.). Як на мене, з цим завданням покликана впоратись закріплена в ст. 27 КК України «співучасть з розподілом ролей». Звернення в такому випадку до наступного функціонального завдання (призначення) інституту співучасті у злочині (відображення градації зростання суспільної небезпеки вчинюваного злочину) буде недоречним, бо, судячи з тексту дисертації (особливо чітко це впливає з міркувань на с. 200), вказане завдання здобувач визнає не альтернативним, а похідним від першого (тобто завдання, виконуваного субінститутом видів співучасників).

Дисертант не охоплює інститутом співучасті у злочині кримінально-правові заборони, які передбачають відповідальність за спеціальні різновиди організаторської діяльності, пособництва і підбурювання, на тій підставі, що ці заборони не виконують таке функціональне завдання, як обґрунтування кримінальної відповідальності осіб, які не беруть участі у виконанні об'єктивної сторони складу злочину (с. 12, 153–155, 295, 345–346, 397). Але ж це саме можна сказати про групові форми співучасті у злочині – за умови входження до їхнього складу лише співвиконавців (така ймовірність розвитку подій не виключається й здобувачем).

З огляду на існування такого прояву (різновиду) співучасті у злочині, як співвиконавство, не можу не поставити під сумнів універсальність розуміння співучасті у злочині, наведеного у висновках. Тут функціональне призначення цього інституту Загальної частини кримінального права в черговий раз зводиться до «забезпечення криміналізації діянь осіб, які хоча й не виконують об'єктивну сторону злочину, але мають стійкі об'єктивні зв'язки з учиненим злочином, та вираження об'єктивно вищого рівня суспільної небезпечності злочину, у вчиненні якого беруть участь декілька суб'єктів» (с. 395).

До слова вказівка у наведеному фрагменті на стійкість зв'язків суперечить висловлюванню дисертанта про те, що ознака стійкості додатково з'являється лише в «організованих формах співучасті» (с. 218), а друге виокремлене завдання – тезі здобувача про те, що вчинення злочину групою осіб не завжди призводить до зростання суспільної небезпеки вчиненого злочину, що має враховуватись судом при призначенні покарання (с. 337). Я, до речі, так само вважаю, що суспільна небезпека злочину, вчиненого у співучасті, за однаковості інших умов не завжди є більшою, ніж суспільна небезпека злочину, вчиненого особою індивідуально.

Оскільки об'єктивна сторона вчинюваного злочину його співвиконавцем може бути виконана повністю, потребує уточнення твердження Р.С. Орловського про виконання інститутом співучасті такої спільної функції, як обґрунтування, визначення меж та особливостей «кримінальної відповідальності осіб, які умисно та узгоджено вчиняють певні діяння, що ставлять об'єкт кримінально-правової охорони у небезпеку заподіяння шкоди, але самостійно спричинити таку шкоду не здатні» (с. 57).

Позиція дисертанта щодо заперечення існування «співучасті особливого роду» і, зокрема, виведення за межі аналізованого кримінально-правового інституту випадків створення злочинних організацій та участі в них, хоч і видається дискусійною (особисто мені більше імпонує думка про універсальність визначення, наведеного в ст. 26 КК України, і про те, що за своєю природою відповідні злочинні об'єднання є специфічними формами співучасті, які, крім ознак, передбачених ст. 28 КК України, характеризуються додатковими ознаками), загалом відзначається послідовністю (с. 13–14, 239–240, 301, 303–304, 325 та ін.). Водночас окремі висловлювання дисертанта засвідчують, що Руслан Семенович все ж коливається при вирішенні питання, чи повинен феномен організованої злочинності відображатись в кримінально-правовому інституті співучасті. Адже здобувач неодноразово проголошує, що протидія організованій злочинності

має відбуватись із застосуванням норм, зокрема, інституту співучасті у злочині (с. 265, 378, 393, 399). Чого вартує і таке твердження: «Участь у такого роду об'єднаннях завжди є співучастю у формі співвиконавства, оскільки передбачає спільне й умисне виконання об'єктивної сторони кожним із учасників...» (с. 347).

2. Міркування дисертанта з приводу розв'язання проблеми співучасті у злочинах зі спеціальним суб'єктом виглядають, по-перше, не зовсім послідовними і, по-друге, незавершеними.

Спочатку Р.С. Орловський пише, що норма стосовно врегулювання вказаного різновиду співучасті ще не «визріла» (с. 264) і що розроблення такої норми є перспективним напрямом удосконалення кримінально-правового інституту співучасті у злочині (с. 313). Виходить, що здобувач не сумнівається в необхідності законодавчого врегулювання позначеної проблеми. Далі, однак, зазначається інше: відсутність у КК України окремого припису про правила кваліфікації співучасті у злочинах зі спеціальним суб'єктом є швидше перевагою, ніж вадою (зокрема, з огляду на те, що можливість співвиконавства у злочинах зі спеціальним суб'єктом впливає з існуючих положень кримінального закону) (с. 388–389); жодних змін у вказаній частині чинний КК України не потребує (с. 394).

Теза про те, що відповідна кримінально-правова норма ще не «визріла», фактично спростовується самим здобувачем, бо Р.С. Орловський дослідив релевантний зарубіжний досвід (причому досвід естонського законодавця у частині унормування випадків фактичного виконання об'єктивної сторони злочину спільними зусиллями спеціального та загального суб'єктів визнається прийнятним – с. 369), а також проаналізував доктринальні пропозиції, спрямовані на розв'язання розглядуваної кримінально-правової проблеми (с. 387–388).

До слова, критикуючи окремих вчених, які (за прикладом законодавців деяких пострадянських держав) пропонують обмежитись законодавчою вказівкою на співучасть з розподілом ролей у злочинах зі спеціальним суб'єктом і виключають тут можливість співвиконавства, дисертант пише: «Підтримати таку ідею складно, оскільки вона призводить до змішування співучасників, стирання меж між їх ролями та застосування юридичних фікцій, які не є виправданими» (с. 372–373). Не зовсім зрозуміло, в чому саме у випадку законодавчої реалізації згаданої пропозиції полягатиме «змішування ролей» і виникнення «невиправданої юридичної фікції». На мою думку, пропонований підхід не виходить за межі традиційного коментування ч. 3 ст. 401 КК України, присвяченої співучасті у військових злочинах (див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 2-ге вид., переробл. та допов. / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2002. С. 771; 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., доп. Харків: Право, 2013. Т. 2: Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. 2013. С. 919; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 1260).

Навряд чи схвально можна оцінити ту обставину, що при висвітленні питання про співучасть у злочинах зі спеціальним суб'єктом і, зокрема, про співвиконавство в цьому разі дисертант не звернувся до матеріалів судової практики. Так, на практиці досить гостро постає питання про кваліфікацію дій особи, котра, не будучи службовою, разом із службовою особою взяла участь у виконанні об'єктивної сторони передбаченого ст. 191 КК України заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем. Навіть зі звернень до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді з проханням надати висновки щодо кримінально-правової оцінки таких ситуацій впливає, що відповідна судова практика не характеризується однаковістю і стабільністю. Не менш суперечливою є судова практика в частині кваліфікації посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди (один із теоретичних підходів, який підтримується частиною правозастосувачів, полягає в оцінці дій посередника як співвиконавства у вчиненні певних корупційних злочинів).

Таким чином, практика потребує чітких законодавчих орієнтирів і хто, як не дисертант, який глибоко (щоправда, лише в теоретичному аспекті) дослідив проблему співучасті у злочинах зі спеціальним суб'єктом, мав би сформулювати виважені і кваліфіковані рекомендації для парламентаріїв.

3. Певна незавершеність притаманна і деяким іншим міркуванням здобувача, зокрема, щодо:

а) охоплення поняттям «опосередкованого виконавця злочину» того, хто вчиняє злочин шляхом використання особи, котра діє з необережності.

Зазначивши, що це положення має знайти відображення в уточненій ч. 1 ст. 18 КК України (с. 379–380), дисертант не втілює цю слушну ідею в авторській редакції вказаної норми (с. 401–402).

На мою думку, такий варіант вдосконалення КК зумовлений, серед іншого, потребою давати належну кримінально-правову оцінку поведінці фактичних управлінців суб'єктів господарювання в тих випадках, коли допущені фіктивними керівниками порушення регулятивного законодавства містять ознаки необережного злочину – службової недбалості. Річ у тім, що основною причиною звернення до послуг оспіваного ще І. Льфом та Є. Петровим «зіц-голови Фунта» є прагнення створити умови для того, щоб так звані фактичні адміністратори (управлінці) змогли уникнути юридичної відповідальності за свою злочинну поведінку. В такій ситуації для досягнення поставленої мети завідомо використовується особа, яка за скоєне на підставі ст. 367 КК України кримінальній відповідальності підлягає (хоч і не за умисний злочин), тобто це не опосередковане вчинення злочину, описане в ч. 2 ст. 27 КК України. З іншого боку, фактичні управлінці не можуть притягуватись до відповідальності і за співучасть, оскільки вона можлива тільки в умисних злочинах. З'ясована лазівка нерідко дозволяє фактичним керівникам суб'єктів господарювання уникати відповідальності за ініційоване та організоване ними злочинне порушення приписів чинного законодавства (наприклад, податкового);

б) відображення в тексті кримінального закону феномену «невдалої співучасті».

Якщо остання справді не є проявом співучасті у злочині, в чому переконаний дисертант (с. 317, 322, 356 та ін.), то, вочевидь, від некоректного законодавчого формулювання «підшукування співучасників», вжитого в ч. 1 ст. 14 КК України, варто відмовитись. Принаймні таку пропозицію висунула І.М. Карпенко (див.: Карпенко І.М. Особливі ситуації співучасті у злочині за кримінальним правом України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2015. С. 4, 13, 15);

в) кримінально-правової оцінки «таємної співучасті».

Як послідовний прибічник пануючого в юридичній літературі підходу, згідно з яким співучасть у злочині можлива тільки за наявності двостороннього психічного зв'язку між співучасниками (с. 142–146, 356 та ін.), дисертант мав би потурбуватись про те, щоб у законодавчому порядку внести ясність з цього за давнього питання кримінально-правової кваліфікації. Адже: а) навряд чи прийнятною можна вважати ситуацію, коли з посиланням на одну і ту ж законодавчу дефініцію поняття співучасті у злочині (ст. 26 КК України) об'ґрунтовуються діаметрально протилежні погляди з питання про можливість «таємної співучасті»; б) сам здобувач заявляє про необхідність законодавчого розв'язання проблеми розуміння інтелектуального та вольового моментів вини співучасників (с. 140);

г) долі кримінально-правових заборон, які передбачають відповідальність за спеціальні різновиди організаторської діяльності, пособництва і підбурювання.

Дисертант констатує, що виокремлення діянь співучасників у самостійні склади злочинів у багатьох випадках (статті 110², 258¹, 258⁴, 258⁵, 332 КК України), не відповідаючи системному підходу до криміналізації діянь співучасників, призводить до безпідставного послаблення кримінальної відповідальності і нічого не додає до вже існуючих механізмів протидії злочинності, а іноді навіть ускладнює цей процес (с. 154–155, 344, 346). То чи не варто у зв'язку з тим, що спроби законодавця диференціювати кримінальну відповідальність у вказаний спосіб виявились невдалими, позбавляти від відповідних (треба так розуміти – зайвих) заборон?;

ґ) розв'язання проблеми «фактичної співучасті», тобто кримінально-правового реагування на феномен спільного вчинення злочину його суб'єктом та особою, яка не має всіх ознак суб'єкта того чи іншого злочину (неосудність, недосягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, тощо).

Дисертант, переймаючись збереженням системності кримінального права, єдності та взаємоузгодженості його основних інститутів, виступає проти доктринальних пропозицій (праці

О.О. Кваші, А.А. Вознюка та ін.), спрямованих на вирішення згаданої проблеми. Стверджується, що запровадження категорії «групове вчинення злочину» поза інститутом співучасті у злочині в кримінальний закон призведе до неточностей, дискусій і проблем у правозастосуванні (с. 112–113, 292).

На мою думку, підвищена суспільна небезпека випадків «фактичної співучасті» у насильницьких злочинах, яка передусім і ставить на порядок денний питання про «прирівнювання» кримінальної відповідальності за вчинене у таких випадках до кримінальної відповідальності за групові форми співучасті у злочині, зумовлена тим, що посягання декількох осіб незалежно від їхнього кримінально-правового статусу дозволяє швидше і легше подолати опір потерпілого, придушити його волю і приховати сліди скоєного, а також завдати людині більшої шкоди. Це означає, що в законодавчому положенні, присвяченому розв'язанню проблеми «фактичної співучасті», мова повинна йти про поведінку, аналогічну не співучасті з розподілом ролей, а поведінку, яка означає виконання об'єктивної сторони кримінально караного діяння та є аналогічною співвиконавству.

У будь-якому разі вимушений констатувати, що позиція здобувача не є конструктивною, оскільки, зосередившись на критиці попередників, власного варіанту вирішення вказаної злободенної проблеми Р.С. Орловський не пропонує.

4. У підрозділі 4.1 дисертант розглядає «норми міжнародного права про співучасть у злочині». Аналіз цього питання має дещо поверховий характер, а відповідні судження дисертанта частково видаються суперечливими і недостатньо переконливими.

1) Передусім складається враження, що у дисертанта немає чіткої та послідовної позиції стосовно того, що собою становлять норми міжнародного права про співучасть у злочині та що є їхніми джерелами. На с. 360–361 Р.С. Орловський дає зрозуміти, що під міжнародним правом у цій частині підрозділу 4.1 ним розуміється міжнародне кримінальне право, джерелами якого є міжнародні договори та практика міжнародних кримінальних трибуналів, однак у подальшому (починаючи зі с. 361–362) дослідник без жодних застережень звертається, наприклад, до положень Нюрнберзьких принципів, сформульованих Комісією міжнародного права ООН, і статутів міжнародних кримінальних трибуналів для колишньої Югославії та Руанди, затверджених Радою Безпеки ООН.

Ця поверховість дисертанта до питань загального характеру відбивається на його подальших судженнях і висновках щодо співучасті у злочинах за міжнародним кримінальним правом. Наприклад, на с. 365 розглядається суть так званої третьої (розширеної) форми спільного вчинення злочину в практиці Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії. При цьому декілька попередніх сторінок автор присвятив аналізу ч. 3 ст. 25 Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Проблема полягає в тому, що підходи Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії не були сприйняті ні в тексті ч. 3 ст. 25 Римського статуту, ні в практиці Міжнародного кримінального суду. Таким чином, немає підстав говорити про те, що міжнародне кримінальне право з цього питання від самого початку свого виникнення завжди ґрунтувалося на одних і тих самих уявленнях про співучасть у злочині та її прояви.

2) Дисертант інколи некоректно інтерпретує положення актів міжнародного права.

Зокрема, на с. 362 зазначається, що ч. 3 ст. 25 Римського статуту Міжнародного кримінального суду «виконує функції, які у національному кримінальному законодавстві притаманні субінституту видів співучасників, та встановлює коло осіб, які через наявні у них об'єктивні зв'язки зі злочиним підлягають відповідальності за його вчинення». Це не відповідає дійсності, оскільки вказана норма має за мету вичерпно визначити всі так звані режими відповідальності (*modes of responsibility*), які можуть зумовлювати відповідальність особи за діяння, переслідування яких належить до юрисдикції Міжнародного кримінального суду. Зокрема, в пункті а) цього положення, серед іншого, йдеться й про «вчинення злочину індивідуально (одноособово)», а в пункті f) – про замах на злочин. Очевидно, що в першому випадку взагалі не мається на увазі спільне вчинення злочину декількома особами, а в другому – акцент робиться на зовсім іншій обставині.

На с. 363 дисертант проводить паралель між підбурюванням за кримінальним правом України та прямим і публічним підбурюванням до геноциду, хоч Міжнародний трибунал для Руанди визнав, що цей особливий режим відповідальності за геноцид має місце незалежно від того, чи

спричинило пряме та публічне підбурювання реальний акт геноциду. Це істотно різнить зазначений режим від того, про що йдеться в ч. 4 ст. 27 КК України, згідно з якою підбурювання до злочину повинно бути «результативним».

На тій же с. 363 можна прочитати таке: «Серйозність злочинів, які підлягають переслідуванню за міжнародним кримінальним правом, зумовлює акцесорність відповідальності співучасників. Для притягнення їх до відповідальності мало виконання такими особами своїх ролей, необхідним є те, щоб злочин було фактично вчинено або як мінімум мав місце замах на його вчинення. Такий підхід є виправданим з точки зору міжнародного кримінального права, де переслідування співучасників, які виконали свої ролі, проте вчинення діяння виконавцем так і не розпочалось, не видається доцільним, оскільки такого роду діяльність не досягає масштабності, необхідної для поширення юрисдикції міжнародного співтовариства на конкретний злочин. Утім випадки безнаслідкової співучасті мають залишатися предметом кримінального переслідування у національному законодавстві, і, уявляється, що саме таким є розуміння шляхів протидії ним і в міжнародному кримінальному праві».

Не зовсім зрозуміло, що дає підстави автору стверджувати, що з точки зору міжнародного кримінального права є недоцільним переслідування «співучасників, які виконали свої ролі, проте вчинення діяння виконавцем так і не розпочалось», а «випадки безнаслідкової співучасті мають залишатися предметом кримінального переслідування у національному законодавстві». Міжнародне кримінальне право має хоч і нетривалу, але непросту історію. За кожним положенням цієї галузі міжнародного права стоїть узгодження воль держав. Відповідно, судження про недоцільність переслідування певних діянь з погляду міжнародного кримінального права або доцільність переслідування таких діянь на національному рівні мали б ґрунтуватися на відповідних джерелах (підготовчих матеріалах міжнародних договорів, практиці міжнародних трибуналів тощо), що підтверджували б існування міжнародного консенсусу з того чи іншого питання.

3) Підрозділ, в якому розглядається питання про норми міжнародного права про співучасть у злочині має назву «Врахування норм міжнародного права та зарубіжного досвіду у правовому регулюванні співучасті у злочині як перспективні напрями розвитку кримінального права». Тим самим автор поклав на себе зобов'язання осмислити міжнародно-правові норми про співучасть у злочині у, так би мовити, українському контексті. На жаль, Руслан Семенович виконує цю місію не зовсім вдало.

Зокрема, дисертант не бере до уваги ту обставину, що положення актів міжнародного права зазвичай стосуються лише окремих видів злочинів. Так, положення ч. 3 ст. 25 Римського статуту стосуються лише тих видів злочинів, які уповноважений переслідувати Міжнародний кримінальний суд (геноцид, злочини проти людяності, військові злочини та агресія). Відповідно, автор мав би зіставляти ч. 3 ст. 25 Римського статуту, наприклад, зі ст. 27 КК України не абстрактно, а в контексті тих положень Особливої частини нашого КК, що, на думку автора, віддзеркалюють чотири зазначені міжнародні злочини. Протилежний підхід видається неприйнятним, оскільки ч. 3 ст. 25 Римського статуту не має на увазі випадки спільного вчинення, наприклад, ухилення від сплати податків чи незаконного полювання;

На с. 367 дисертант констатує, що ознаки організованої злочинної групи, передбачені Конвенцією ООН проти транснаціональної організованої злочинності, «повною мірою відбиті» у чинному кримінальному законодавстві України, хоч згідно зі ст. 1 цієї Конвенції зазначена група може створюватись для вчинення одного злочину в той час, як ч. 3 ст. 28 КК України передбачає, що організована група створюється щонайменше для вчинення двох злочинів.

5. Текст дисертації, на жаль, не позбавлений і деяких інших неточних, некоректних або недоцільно переконливих висловлювань.

Так, на с. 112 стверджується, що «ніяке суб'єктивне уявлення про суб'єктність іншого учасника спільно вчинюваного злочину ... не має жодного значення для вирішення питання про наявність співучасті». Варто уточнити, що фактична помилка того, хто разом з іншою особою бере участь у вчиненні злочину, щодо юридично значущих обставин (ознак), які характеризують таку іншу особу як суб'єкта злочину, може впливати на кримінально-правову кваліфікацію скоєного (у тому числі як «замаху на співучасть»). Це на високому теоретичному рівні довели А.В. Айдинян

і К.П. Задоя (див.: Айдинян А.В., Задоя К.П. Фактичні помилки співучасника щодо обставин вчиненого злочину та суб'єкта злочину щодо обставин, які кореспондують з ознаками співучасті: вплив на кримінально-правову кваліфікацію. *Право і суспільство*. 2015. № 1. С. 124–130).

Дисертант виступає проти правила жорсткої акцесорності, закріпленого в ч. 2 чинної редакції ст. 29 КК України, пропонуючи натомість таке формулювання: «Виконавець (співвиконавець), організатор, підбурювач та пособник підлягають кримінальній відповідальності за відповідною частиною статті 27 і тією статтею (частиною статті) Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає спільно вчинений злочин» (с. 14, 255, 303, 403). Проте чи буде наведене правило більш вдалим порівняно з існуючим у тому сенсі, що допускати можливість різної кваліфікації діянь співучасників, наприклад, того ж дітовбивства? Злочин, передбачений якою статтею КК України (ст. 117 або ст. 115), можна буде в цьому випадку визнати «спільно вчиненим»?

У сучасних умовах, з'ясовуючи, з якого віку особа може добровільно вступати в статеві зносини, треба передусім орієнтуватись не на ст. 155, як це робить здобувач (с. 66), а на ст. 152 і ст. 153 КК України (докладніше див.: Дудоров О.О., Задоя К.П. «Вік сексуальної згоди» у міжнародному праві, кримінально-правовій доктрині та Кримінальному кодексі України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2019. Вип. 1. С. 75–94).

Дисертант називає непереконливим врахування при призначенні покарання суміщення співучасником декількох ролей при вчиненні одного злочину і висловлює сумнів в існуванні правової підстави для такого врахування (с. 256, 302). На мою думку, роль відповідної підстави наразі цілком спроможна відігравати ч. 5 ст. 68 КК України: призначаючи покарання співучаснику, суд у порядку врахування характеру участі особи у вчиненні злочину повинен, серед іншого, звертати увагу на те, чи не виконував один і той же співучасник декілька ролей, передбачених частинами 2–5 ст. 27 КК України.

Виступаючи проти пропозиції Т.Г. Цибуліна вдосконалити ст. 68 КК України, дисертант зазначає, що ініційоване згаданим дослідником запровадження істотності сприяння вчиненню злочину як оцінної ознаки не сприятиме обмеженню суддівського розсуду (с. 288). Водночас при викладенні в авторській редакції ч. 2 ст. 53 КК України здобувач не уникає використання не менш оцінної конструкції – роль співучасника злочину в його вчиненні є незначною (с. 291, 306, 405).

На с. 373 таким, що «заслужує на увагу», названий відповідний законодавчий досвід ФРН, Швейцарії та Естонії, хоч із питання кримінально-правової оцінки «невдалої співучасті» дисертант, як вже зазначалось, дотримується принципово іншої позиції.

Однією з перспектив вдосконалення досліджуваного кримінально-правого інституту здобувач називає «перегляд і очищення інституційних норм про співучасть у злочині від нормативних приписів, які лише помилково відносяться до вказаного інституту або ж таких, які вже виходять за межі вказаного інституту» (с. 374). Постає питання, чи узгоджується з позначеною перспективою висловлювання дисертанта про те, що текстуальне розміщення приписів про причетність до злочину у розділі VI Особливої частини КК України не викликає заперечень, бо це відповідає вимозі практичної зручності (с. 60).

Шкода, що для Руслана Семеновича залишились непоміченими такі новітні вітчизняні джерела з проблематики причетності до злочину, як: Абакіна-Пілявська Л.М. *Інститут причетності до злочину в кримінальному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08*. Одеса, 2014. 20 с.; Беніцький А.С. *Причетність до злочину: проблеми кримінальної відповідальності: монографія*. Луганськ: СПД Резников В.С., 2014. 552 с.; Гнетнев М.К. *Кримінальна відповідальність за сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності: монографія*. Луганськ: ТОВ «Віртуальна реальність», 2009. 310 с.; Солдатенко А.А. *Відмежування причетності до злочину від співучасті*. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 4. С. 273–277; Старук Ю.О. *Кримінальна відповідальність за використання майна, здобутого від незаконного обігу наркотиків: монографія*. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. 320 с.; Дудоров О.О., Тертиченко Т.М. *Протидія відмиванню «брудного» майна: європейські стандарти та Кримінальний кодекс України: монографія*. Київ: Ваіте, 2015. 391 с.

Відгук на дисертацію І.М. Федулової
«Кримінальна відповідальність за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації»⁵³

Протягом останніх десяти років правотворчість у частині оновлення законодавства України про кримінальну відповідальність за господарські та прирівняні до них злочини не може не вражати своєю інтенсивністю. При цьому навіть поверховий аналіз нормативних новел дає підстави констатувати, що нетипово високі кількісні показники законодавчої активності далеко не завжди позитивно відображаються на якості Кримінального кодексу України (далі – КК). На сьогодні «реформований» розділ VII його Особливої частини «Злочини у сфері господарської діяльності» є еkleктичним, безсистемним набором заборон різної якості, який навряд чи піддається розумній реконструкції. І такий стан речей є, на жаль, закономірним у тому сенсі, що звичними для кримінально-правової політики у сфері охорони господарської діяльності в Україні є: постійна зміна і суперечливість її (політики) векторів; внесення законодавчих змін без належного теоретичного обґрунтування; нерідко відсутність у новелах практичного сенсу, а так само ефекту, на який розраховували суб'єкти законодавчої ініціативи і парламентарії. Водночас не викликає сумнівів, що саме напрацювання правничої науки покликані стати надійним фундаментом для якісного законотворення в частині визначення нормативних підстав кримінально-правового реагування на вчинення господарських і фінансових деліктів.

З урахуванням того, що суспільна небезпека кримінально караних проявів «рейдерства» здебільшого визначається посяганням не на власність та інші речові права, а на встановлений порядок здійснення господарської діяльності її суб'єктами, своє місце у згаданій моделі повинні знайти й «анти-рейдерські» заборони – навіть при тому, що існуючі законодавчі формулювання відзначаються казуїстичністю і громіздкістю, перевантажені бланкетними ознаками, нерідко позбавлені правової визначеності, а практика їх застосування є вкрай обмеженою. Адже, будучи складним протиправним явищем (феноменом), «рейдерство» пов'язане з низкою реальних загроз економічній безпеці країни, серед яких традиційно виокремлюють погіршення інвестиційного клімату, зниження рівня податкових надходжень, зростання рівня корумпованості і безробіття, монополізацію окремих сегментів ринку, втрату конкурентоспроможності, зниження виробництва, дискредитацію органів державної та місцевої влади, правоохоронних органів і судів, деформацію правової ідеології суспільства тощо.

У Пояснювальній записці до законопроекту, ухваленого як Закон України від 3 жовтня 2019 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту права власності» (а цей Закон фахівці, хоч і з деякими застереженнями, загалом оцінюють позитивно – як ефективний засіб захисту бізнесу від протиправних посягань на нього), слушно констатується, що протягом декількох останніх років набула особливої гостроти проблема незахищеності власників нерухомості та корпоративних прав від злочинних дій, унаслідок яких відповідне майно протиправно переходить під контроль інших осіб. Кількість і масштаб «рейдерських» захоплень зумовлюють серйозну соціальну напругу в суспільстві, змушують підприємців відволікати значні ресурси для захисту своїх інтересів. В таких умовах складно говорити про сприятливий інвестиційний клімат.

Закономірно постає питання, яким має бути місце кримінального закону у системі правових заходів протидії «рейдерству» і, зокрема, чи не варто тут обмежитись іншими (некримінально-правовими) важелями впливу на кшталт наведення порядку в сфері здійснення реєстраційної діяльності, що, власне кажучи, і передбачає згаданий Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту права власності».

Актуальність обраної здобувачкою теми зумовлена появою в КК низки заборон, які мають чітко виражений «анти-рейдерський» потенціал, необхідністю доктринального осмислення цих законодавчих новел на предмет їх відповідності виробленим доктриною чинникам криміналізації, належністю багатьох аспектів кримінально-правової характеристики відповідних злочинів до числа дискусійних.

⁵³ Захист відбувся у Львівському державному університеті внутрішніх справ 19 грудня 2019 р.

Вельми показовою у цьому сенсі є, наприклад, та обставина, що попередники пані Інни з питання про долю кримінально-правової заборони, присвяченої протиправному заволодінню майном підприємства, установи, організації, зайняли діаметрально протилежні позиції. Якщо С. Титаренко висунув пропозицію «позбутись» ст. 206-2 КК як норми, що, на його думку, через недоречну казуїстику (у вигляді штучного дублювання ознак шахрайства та використання підроблених документів) є проявом «надмірної криміналізації», яка до того ж не відображає господарсько-правову специфіку певної протиправної поведінки (див.: Титаренко С.С. Кримінальна відповідальність за протиправне захоплення суб'єктів господарювання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Запоріжжя, 2018. С. 23, 217), то Н. Грищенко обмежилась тим, що запропонувала перенести досліджувану заборону в майже незмінному вигляді до розділу VI Особливої частини КК «Злочини проти власності», змінивши, щоправда, її назву на «Рейдерство» (див.: Грищенко Н.М. Кримінальна відповідальність за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Дніпро, 2019. С. 22, 189).

ЗМІ та інші джерела рясніють повідомленнями про численні «рейдерські» атаки на суб'єктів господарювання. При цьому практика застосування статей КК, які мають «анти-рейдерську» спрямованість, як вже зазначалось, є вкрай обмеженою (так, кількість осіб, засуджених за ст. 206-2 КК, у 2015 р. становила 1 особу, в 2016 р. – 0 осіб, у 2017 р. – 2 особи, в 2018 р. – 2 особи), явно сигналізуючи про те, що сподівання ініціаторів відповідних законодавчих новел здебільшого не виправдались. Природно, що така невідповідність, яка демонструє недостатню ефективність «анти-рейдерських» статей КК, потребує пояснень і, головне, висунення науково обґрунтованих пропозицій щодо поліпшення стану правозастосовної практики.

Зауваження.

1. Включення в 2013 р. у КК ст. 206-2 здобувачка називає або криміналізацією (с. 19, 21, 38, 184 та ін.), або встановленням кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації (с. 38, 50, 71 та ін.). Зважаючи на те, що можливі прояви суспільно небезпечної поведінки, зазначені в ст. 206-2 КК, на момент доповнення КК цією статтею охоплювались положеннями інших кримінально-правових норм (передусім статей 190, 191, 357 і 358 КК), юридично коректніше у розглядуваній ситуації говорити про диференціацію кримінальної відповідальності.

Можна також дискутувати із дисертанткою, переконаною в соціальній обумовленості вказаного законодавчого рішення, з питання, чи став втілений за допомогою ст. 206-2 КК варіант диференціації кримінальної відповідальності виправданим у сенсі досягнення основної мети, яку декларували автори відповідної законодавчої ініціативи (недопущення використання схем і методів протиправного поглинання та захоплення підприємств, що створює реальну загрозу національним і економічним інтересам України та вимагає формування ефективної системи протидії цим негативним проявам). З огляду на наведені дані судової статистики та інші обставини, зокрема висвітлені в рецензованій дисертації, позначена мета, вочевидь, поки що залишається недосяжною.

2. Формулюючи положення наукової новизни (рубрика «вперше»), дисертантка, серед іншого, стверджує, що нею спростовано оприлюднену в юридичній літературі позицію, згідно з якою ст. 206-2 КК є дублюючою (спеціальною) нормою щодо ст. 190 КК «Шахрайство» (с. 23). Аргументується таке спростування тим, що каране за ст. 206-2 КК протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації не передбачає притаманну шахрайству обов'язкову участь потерпілого (як сторони відповідного правочину) у добровільній передачі майна винному. Звідси, на думку пані Інни, випливає, що об'єктивні сторони складів злочинів, передбачених ст. 206-2 і ст. 190 КК, відрізняються за способом вчинення цих посягань. Специфічність обману у складі досліджуваного злочину вбачається у використанні при вчиненні правочинів підроблених або викрадених документів, печаток, штампів підприємства, установи, організації (с. 67, 98–99, 149–151, 180, 187). При цьому визнається, що в оману може бути введено не лише сторону правочину (потерпілого), а й іншу особу, уповноважену на прийняття рішення, що призводить до юридичної зміни права власності на майно (зокрема, державного реєстратора) (с. 123, 143, 150).

Повністю погодитись із наведеними міркуваннями складно, не дивлячись на традиційне визнання особливості шахрайства (ст. 190 КК) тієї обставини, що власник (володілець) майна або особа, якій воно ввірене чи під охороною якої перебуває, уявлення про істину та воля якого сфальсифіковані обманом чи зловживанням довірою, бере безпосередню участь у передачі майна (права на нього). Усталені міркування про специфічну роль потерпілого в передачі винному майна (права на нього) при вчиненні шахрайства, як відомо, ґрунтуються на тому, що обману чи зловживання довірою поза спілкуванням між людьми бути не може. Проте до адресатів обману при вчиненні шахрайства належать не лише власники майна («прирівняні» до них особи), а й інші суб'єкти, уповноважені на вчинення юридично значущих дій стосовно чужого майна. Введення таких осіб в оману дає підстави вести мову про опосередковане вчинення шахрайства. Ст. 190 КК не вимагає, щоб особа, яка вводиться в оману при шахрайстві, і той, кому внаслідок вчинення цього злочину заподіюється майнова шкода, збігались. У законодавчому визначенні шахрайства нічого не говориться про поведінку потерпілого («прирівняної» особи). Якщо в оману з метою заволодіння чужим майном вводиться, наприклад, суддя, нотаріус чи згаданий здобувачкою державний реєстратор, то і в цьому випадку є підстави говорити про наявність обману як інформаційного (інтелектуального) впливу однієї людини на свідомість і волю іншої.

Врешті-решт така доктринальна позиція знайшла відображення в судовій практиці у вигляді чіткої правової позиції: в одній зі справ різновидом обману як способу вчинення шахрайства Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (постанова від 24 листопада 2016 р. у справі № 5-250кс(15)16) визнала подання безпідставного (завідомо неправдивого) позову, констатувавши існування випадків опосередкованого вчинення шахрайства. Виходить, що винна в шахрайстві особа може заволодіти чужим майном (правом на майно) і без безпосередньої участі в цьому потерпілого.

Навівши вказані та інші подібні аргументи, мій учень Сергій Титаренко зробив висновок про те, що він не може підтримати позицію І. Федулової, яка наголошує на нібито існуючій відмінності у способах вчинення злочинів, передбачених ст. 190 і ст. 206-2 КК; відтак позиція пані Інни не поколивала його ставлення до ст. 206-2 КК як прояву «надмірної криміналізації», а до злочину, описаного в цій статті, – як різновиду шахрайства.

До слова ту обставину, що здобувачка критично не осмислила положення присвячених кримінально-правовим аспектам «рейдерства» наукових кваліфікаційних робіт С. Титаренка і Н. Грищенко, пославшись лише на їхні окремі статі (у списку використаних джерел це №№ 36, 37, 170, 171), не вступила із згаданими дослідниками в змістовну полеміку, я вважаю істотною вадою в опрацьованні дисертанткою джерельної бази. Із вказаної причини некоректним вважаю і твердження І. Федулової про те, що «нині відсутні сучасні належні наукові розроблення кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації» (с. 22).

Повертаючись до ролі обману у вчиненні досліджуваного злочину і специфіки способу протиправного заволодіння майном суб'єкта господарювання або корпоративними правами його учасника, хотів би поставити для обговорення таке питання: чи завжди заволодіння цими благами, якщо воно відбувається за відсутності участі потерпілого (сторони правочину) і набуває вигляду вчинення правочину з використанням підроблених або викрадених документів, може розцінюватись як опосередковане шахрайство? Адже, наприклад, так званий чорний реєстратор може бути в курсі злочинної оборудки, усвідомлюючи ту обставину, що документи, які надані йому зловмисниками та на підставі яких він здійснюватиме певні реєстраційні дії, сфальсифіковані. То чи не має рацію дисертантка в тому сенсі, що виключення ст. 206-2 із КК все ж призведе до прогалин у кримінально-правовій охороні правомірної господарської діяльності? Очевидно, що протиправне заволодіння майном юридичної особи або корпоративними правами її співвласника, яке стало результатом неправомірного внесення змін до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських утворень або Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, якщо внесенню таких змін не передувало вчинення правочину з використанням підробленого або викраденого документа, печатки, штампу, не утворює складу злочину, передбаченого чинною редакцією ст. 206-2 КК. Відповідно, чи буде (за відсутності досліджуваної заборони) належним (адекватним) кримінально-правовим реагуванням на таку змодельовану ситуацію, умовно кажучи, «безобманного» заволодіння майном суб'єкта госпо-

дарювання або корпоративними правами його учасника застосування, наприклад, ст. 205-1 КК «Підроблення документів, які подаються для державної реєстрації юридичної особи та фізичних осіб – підприємців», ст. 356 КК «Самоправство» та (або) ст. 365-2 КК «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги»?

Тут також вимушений зробити зауваження стосовно опрацювання джерельної бази: поза увагою здобувачки, на жаль, залишилась наукова кваліфікаційна робота І.В. Пилипенка (див.: Пилипенко І.В. Кримінальна відповідальність за самоправство: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2018. 280 с.), в якій, зокрема висвітлюються кримінально-правові аспекти «рейдерства» і розглядається співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 206-2 і ст. 356 КК.

3. Дисертантка висловлюється за запровадження в межах вдосконаленої ст. 206-2 КК відповідальності за «встановлення протиправного контролю над суб'єктом господарювання», мотивуючи доцільність такого кроку тим, що це дасть змогу притягувати до кримінальної відповідальності винних осіб ще до настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді вилучення певного майна (прав на нього) (с. 23, 24, 55, 91, 189). Наведена пропозиція спонукає висловити такі застереження.

По-перше, «встановлення протиправного контролю над суб'єктом господарювання» пані Інна пропонує розглядати як результат вчинення правочину з використанням підроблених або викрадених документів, печаток, штампів суб'єкта господарювання. Водночас за КК Казахстану (а досвід саме цієї країни, треба так розуміти, надихнув авторку на ініціювання розглядуваної новели – с. 63, 185) злочинне встановлення контролю над юридичною особою визнається наслідком певних «управлінських» зловживань (умисне спотворення результатів голосування, перешкоджання вільній реалізації права при прийнятті рішення вищим органом шляхом внесення до протоколів зборів, засідання, до витягів із них завідомо неправдивих відомостей, складання завідомо неправдивого підрахунку голосів, блокування або обмеження фактичного доступу акціонера, учасника, члена органу управління або члена виконавчого органу до голосування, неповідомлення відомостей про проведення зборів, засідання тощо; див. – с. 54). Тобто певний (вочевидь, позитивний) зарубіжний досвід або, як висловлюється І. Федулова, «якісне положення щодо кримінально-правової охорони суб'єктів господарювання від рейдерських захоплень» із змістовної точки зору не запозичується.

По-друге, здобувачка не враховує того, що «встановлення протиправного контролю над суб'єктом господарювання» охоплюється (принаймні частково) диспозицією ст. 206 КК «Протидія законній господарській діяльності». Вказане неврахування стало наслідком того, що, здійснивши порівняльний аналіз складів злочинів, передбачених ст. 206 і ст. 206-2 КК (с. 157–158), І. Федулова чомусь не помітила «анти-рейдерську» складову кримінально-правової заборони, присвяченої протидії законній господарській діяльності. З приводу цієї складової у коментарі до ст. 206 КК слушно зазначається, що нею охоплюється незаконне захоплення відповідного об'єкта, тобто «встановлення контролю над ним за відсутності до цього законних підстав» (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 673). Об'єктивну сторону протидії законній господарській діяльності у формі захоплення цілісного майнового комплексу або його частини утворює «протиправне встановлення фактичного контролю над хоча б одним об'єктом у поєднанні з незаконним припиненням або обмеженням діяльності на ньому та обмеження доступу до нього» (див.: Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2016. Т. 17: Кримінальне право / редкол.: В. Я. Тацій (голова), В. І. Борисов (заст. голови) та ін.; Нац. акад. прав. Наук України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2017. С. 848).

Відтак за ст. 206 КК, яка, на відміну від ст. 206-2 КК, не містить казуїстичної вказівки на спосіб захоплення (заволодіння), можуть кваліфікуватись, наприклад, випадки встановлення контролю над тим чи іншим об'єктом, що поєднується з використанням підробленого рішення суду, рішення суду, яке не набрало законної сили, або рішення суду, яким насправді не передбачається вчинення певних дій. До речі, В.Б. Дацюк, вельми скептично налаштований щодо дієвості ст. 206-2 КК, аргументує свою точку зору головним чином тим, що «рейдерські» захоплення в Україні нерідко відбуваються на підставі певного рішення суду; як наслідок, дії «рейдерів» на момент захоплення

трактуються як правомірні, оскільки попередньо легалізовані судом (див.: Дацюк В.Б. Сучасний стан кримінально-правового забезпечення охорони корпоративних відносин в Україні. Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності: тези II Всеукраїнської науково-практичної конференції (Хмельницький, 2 березня 2018 р.). Хмельницький: Вид-во НАДПСУ, 2018. С. 137).

У контексті розгляду питання про доцільність (недоцільність) запровадження кримінальної відповідальності за «встановлення протиправного контролю над суб'єктом господарювання» в порядку вдосконалення ст. 206-2 КК цікаво було б почути думку здобувачки про альтернативний доктринальний підхід. Останній полягає в тому, щоб злочином (згідно з поліпшеною ст. 206 КК) визнавати протидію законній господарській діяльності, вчинювану, зокрема шляхом захоплення цілісного майнового комплексу чи його частини, незаконного припинення або обмеження діяльності на цих об'єктах (обмеження доступу до них), або заволодіння корпоративними правами учасника (члена) суб'єкта господарювання (див.: Титаренко С.С. Кримінальна відповідальність за протиправне захоплення суб'єктів господарювання: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Запоріжжя, 2018. С. 219–220).

4. Складно погодитись із пропозицією І. Федулової змінити назву ст. 206-2 КК на «Рейдерство» (с. 63, 73, 185, 189).

По-перше, ця назва та інші висловлювання авторки (с. 29, 32) здатні створити хибне враження про те, що «рейдерство» (насправді складне і багатоаспектне явище) в кримінально-правовому сенсі уособлює лише одна заборона (розміщена в ст. 206-2 КК), що не відповідає дійсності. Бо насправді до «рейдерських» за своєю спрямованістю кримінально караних посягань варто віднести і злочини, передбачені статтями 205-1 і 206 КК. Крім того, є підстави виділити групу злочинів, додатковим факультативним об'єктом яких виступають правовідносини у сфері захисту суб'єктів господарювання від протиправного захоплення (це щонайменше злочини, передбачені статтями 189, 190, 197-1, 219, 355, 356, 357, 358, 365-2, 375 КК).

Із зазначених міркувань вважаю невдалим формулювання мети дисертаційного дослідження (с. 20): лише на основі розроблення проблем кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємств, установ, організацій вдосконалити механізм кримінально-правової протидії «рейдерству» неможливо.

По-друге, використання терміну «рейдерство» безпосередньо в тексті КК видається небажаним, оскільки це слово є жаргонізмом іноземного походження, за допомогою якого нерідко позначаються випадки недружнього, однак правомірного поглинання (встановлення контролю) одних суб'єктів господарювання іншими. Показово, що сама дисертантка інколи оперує зворотом «біле рейдерство», позначаючи ним некримінальні ситуації, пов'язані з використанням прогалин у цивільному і господарському законодавстві (с. 47, 89).

5. Констатувавши належність складу досліджуваного злочину (за законодавчою конструкцією) до матеріальних, дисертантка позначає його суспільно небезпечний наслідок як матеріальну шкоду у вигляді вилучення майна з його правомірного володіння (с. 4, 95, 141, 186).

Таке твердження не повною мірою узгоджується з визначенням основного безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 206-2 КК, в якому пані Інна, як вже зазначалось, слушно виокремлює і таку складову, як охоронювані кримінальним законом відносини «у сфері реалізації їхніми учасниками своїх прав, пов'язаних із участю у зазначених суб'єктах господарювання в межах частки у статутному капіталі». Річ у тім, що вказані відносини, уособлюючи реалізацію корпоративних прав, стосуються не лише майна. Це впливає із законодавчого визначення корпоративних прав, під якими розуміються права особи, частка якої визначається в статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) певної організації та активів в разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом і статутними документами (ст. 167 Господарського кодексу України).

Через неохоплення відносин, пов'язаних із реалізацією корпоративних прав, і закріплення регулятивним законодавством такої ознаки юридичної особи, як відокремленість її майна, вважаю не виправдано звуженим розуміння здобувачкою об'єкта свого дослідження (суспільні відносини,

що виникають у сфері кримінально-правової охорони майна суб'єктів господарювання) (с. 20)). До того ж таке розуміння об'єкта певним чином дисонує з обстоюваним у роботі (с. 23, 45, 71, 73 та ін.) переконанням її авторки в тому, що основне призначення ст. 206-2 КК слід пов'язувати з кримінально-правовою охороною порядку здійснення господарської діяльності, а не відносин власності. Як варіант об'єкт свого дисертаційного дослідження пані Інна могла б спробувати визначати через відносини, які складаються у зв'язку з кримінально-правовим забезпеченням протидії «рейдерству».

6. Критично оцінюю висловлювання дисертантки про кваліфікований склад досліджуваного злочину (ч. 2 ст. 206-2 КК) і, зокрема шляхи вдосконалення його законодавчого описання.

Так, відсутність у згаданій нормі конкретизації кола осіб, які є адресатами фізичного або психічного насильства або майно яких знищується чи пошкоджується, І. Федулова називає одним із факторів, через які чинна редакція ст. 206-2 КК «не забезпечує належної кримінально-правової охорони господарської діяльності всіх суб'єктів, які можуть її здійснювати...» (с. 23).

На мою думку, навпаки, відсутність такої конкретизації якраз і «працює» на всебічний захист правомірної господарської діяльності юридичних осіб у частині закріпленого правового режиму майна, належного їм на різних законних підставах, а також корпоративних прав фізичних або юридичних осіб. Адже адресатом відповідного фізичного і психічного насильства може бути і власник (учасник) юридичної особи, і службова особа або інший працівник підприємства, установи, організації, і державний реєстратор, і стороння особа (подібне широке тлумачення ч. 2 ст. 206-2 КК, до речі, обстоє і здобувачка – с. 59). Це саме стосуються і належності майна, яке знищується (пошкоджується) і належність якого законодавець вирішив не конкретизувати.

Я погоджуюсь з тим, що уточнення кола осіб, застосування фізичного і психічного насильства щодо яких або знищення (пошкодження) майна яких буде утворювати склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 206-2 КК, спростить застосування цієї норми (с. 63). Водночас, на відміну від пані Інни, сумніваюсь у тому, що таке спрощення дорівнюватиме поліпшенню кримінально-правової охорони належної господарської діяльності відповідних суб'єктів.

Дисертантка вважає, що у вдосконаленій ч. 2 ст. 206-2 КК мають фігурувати особи, які уповноважені на прийняття рішень, що стосуються володіння і розпорядження майном (с. 134, 144, 187), та які в авторській редакції досліджуваної кримінально-правової заборони позначені як учасник суб'єкта господарювання та особа, яка відповідно до статуту уповноважена на управління суб'єктом господарювання (с. 189). На перший погляд, все логічно. Не зрозуміло, однак, чому, наприклад, пошкодження або знищення майна самого суб'єкта господарювання не слід визнавати кваліфікуючою ознакою злочину, передбаченого ст. 206-2 КК, як і те, чому застосування відповідного фізичного або психічного насильства, скажімо, до державного реєстратора чи особи, яка є близькою керівнику суб'єкта господарювання, не повинно посилювати кримінальну відповідальність за аналізований прояв «рейдерства».

За чинною редакцією ст. 206-2 КК погроза вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, а також застосування насильства, що не є небезпечним для життя і здоров'я, має поєднуватись із діями, які утворюють основний склад злочину, тобто із заволодінням майном або корпоративними правами шляхом вчинення правочинів із використанням підроблених чи викрадених документів, штампів, печаток. «Важко уявити на практиці обставини вчинення такого правопорушення, а ще важче довести вказане у межах кримінального процесу» (с. 59). Проте якщо законодавче виокремлення вказаних кваліфікуючих ознак не узгоджується зі змістом діяння, описаного в ч. 1 ст. 206-2 КК (здебільшого це своєрідне шахрайство), то чому в цьому разі вказівку на такі кваліфікуючі ознаки просто не виключити з ч. 2 ст. 206-2 КК?

**Відгук на докторську дисертацію О.В. Коротюк
«Кримінально-правова охорона об'єктів права
інтелектуальної власності»⁵⁴**

Однією з найбільш актуальних проблем розвитку нашої держави на сучасному етапі є охорона інтелектуальної власності. Це зумовлено обраною стратегією побудови цивілізованих ринкових відносин, забезпечення соціальної орієнтації економіки та інноваційного соціально-економічного розвитку, що має спиратись передусім на активізацію власного потенціалу. Як зазначається в документах ВОІВ, XXI сторіччя є століттям економіки, заснованої на знаннях, в якій інтелектуальна власність виступає основною рушійною силою. Інтелектуальна власність забезпечує інноваційний шлях розвитку економіки. На сьогодні вона є одним із наймогутніших стимуляторів прогресу у всіх сферах суспільного життя.

Водночас у Концепції реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні, схваленій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 червня 2016 р. № 402-р, констатується, що вказана державна система засвідчила низьку ефективність у розв'язанні ключових завдань і нездатність забезпечити розвиток сфери інтелектуальної власності як важливого елементу національної інноваційної системи та базису інноваційної економіки держави. При цьому політику у сфері інтелектуальної власності у згаданому документі названо однією з ключових передумов розвитку інноваційної економіки та зростання ВВП, а однією з цілей глави 9 «Інтелектуальна власність» Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікованої Україною 16 вересня 2014 р., визнається досягнення належного та ефективного рівня охорони і захисту прав інтелектуальної власності.

Хоч проблематика кримінально-правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності належить у вітчизняній доктрині до числа активно досліджуваних, науковці не дійшли згоди як із багатьох питань кримінально-правової характеристики злочинних порушень права інтелектуальної власності, так і напрямів удосконалення кримінального законодавства в цій частині, включаючи шляхи його узгодження з положеннями регулятивного законодавства. Висловлюються протилежні судження з приводу місцезнаходження кримінально-правових заборон, покликаних охороняти об'єкти права інтелектуальної власності, у системі Особливої частини КК України, перспектив його статей 176, 177, 229, 231 і 232, способів підвищення ефективності цих заборон, а так само оптимізації співвідношення кримінально-правової і цивільно-правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності. Зокрема, дискусійним як в юридичній літературі, так і в судовій практиці (навіть на рівні Верховного Суду) є питання, яким чином має визначатись матеріальна шкода з точки зору інкримінування статей 176, 177 і 229 КК України. Також на порядку денному гостро стоїть проблема вдосконалення санкцій перерахованих статей КК України, позаяк відображене в них поблажливе ставлення законодавця до караності кримінальних правопорушень проти об'єктів права інтелектуальної діяльності явно не відповідає потребам інформаційного суспільства.

Яскравим свідченням непрофесійності вітчизняного законодавця у досліджуваній сфері може вважатись включення до диспозиції ч. 1 ст. 176 КК України (на підставі Закону від 23 березня 2017 р. «Про державну підтримку кінематографії в Україні») казуїстичної вказівки на камкординг, кардшейрінг і фінансування умисного порушення авторського права і суміжних прав. До розширення меж кримінально караної поведінки і, тим більше, до поліпшення кримінально-правової охорони відповідних об'єктів права інтелектуальної власності ці законодавчі зміни не призвели, викликавши (судячи зі звернень до членів НКР при Верховному Суді) лише чергові труднощі для правозастосувачів.

Все зазначене відбувається на фоні масового наповнення споживчого ринку контрафактною продукцією і поширеної оцінки названих кримінально-правових норм як недостатньо ефективних (щоб не сказати – «мертвих»: кримінологи, досліджуючи проблему латентності, стверджують,

⁵⁴ Захист відбувся у Дніпропетровському державному університеті внутрішніх справ 30 липня 2020 р.

що в Україні наразі реєструється лише один із десяти вчинених злочинів у сфері інтелектуальної власності). У спеціальних звітах, розроблюваних Офісом торгового представника США, Україна визнана «пріоритетною зарубіжною країною», в якій відбувається значне поширення піратства та іншого порушення права інтелектуальної власності. Констатується невиконання Україною міжнародних зобов'язань, масове використання органами державної влади неліцензійного програмного забезпечення, а також відкритий продаж контрафактних товарів у торговельних мережах.

Водночас майже ніхто не сумнівається в суспільній небезпеці злочинів проти об'єктів права інтелектуальної власності. Адже в результаті вчинення вказаних посягань: порушуються права на результати творчої, інтелектуальної діяльності і засоби індивідуалізації учасників господарського обороту; підриваються засади добросовісної конкуренції; правовласники об'єктів інтелектуальної власності не одержують належні їм кошти та, як наслідок, зменшується стимул для подальшої творчої діяльності, знижується інвестиційна активність; правовласник, витративши певні фінансові ресурси на створення інтелектуального продукту, не отримує очікуваного прибутку від його комерційного використання; порушуються права держави, яка недоотримує податкові внески від законного використання об'єктів інтелектуальної власності, тощо.

Наприклад, за деякими оцінками, в Інтернеті існує близько 80 тис. web-сайтів, які транслюють музику у форматі MP3. Діяльність подібних сайтів завдає шкоди світовій музичній індустрії в розмірі близько 1 млрд. доларів США щороку. Взагалі негативні наслідки злочинності у сфері інтелектуальної власності характеризуються різноманітністю, у зв'язку з чим у кримінологічній науці (О.В. Новіков) їх поділяють на чотири великі взаємопов'язані між собою блоки: соціально-економічні; науково-технічні; міжнародно-політичні; наслідки для широкого кола споживачів.

Зауваження.

1. Щодо об'єктивної сторони складів кримінально караних посягань на об'єкти права інтелектуальної власності гостро стоїть проблема, яку Ю.В. Баулін вдало позначив як проблему «золотої середини»: з одного боку, необхідно ясно і зрозуміло визначити ознаки і межі кримінально караної поведінки, а з іншого – не допустити прогалини у визначенні певного виду суспільно небезпечної поведінки як злочину (наразі – кримінального правопорушення). Ознайомлення із запропонованими О.В. Коротюк редакціями статей 176, 177, 229, 229-1 КК України зайвий раз демонструє складність знаходження такої «золотої середини». Із цих редакцій випливає, що дисертантка сповідує усталений підхід, який втілений у чинних редакціях досліджуваних нею кримінально-правових заборон і в межах якого спочатку зазначається невичерпний перелік конкретизованих різновидів кримінально караної поведінки, а далі використовуються узагальнені конструкції «інше умисне порушення авторського права і суміжних прав», «інше умисне порушення права на ці об'єкти». Моє ставлення до таких конструкцій є негативним.

Ознайомлення з юридичною літературою, включаючи науково-практичні коментарі КК України, показує, що різні автори наповнюють зазначені законодавчі звороти неоднаковим змістом, що, не виглядаючи дивним, негативним чином позначається на правозастосуванні, єдності, сталості і передбачуваності судової практики. Наприклад, якщо я в коментарі до ст. 229 КК України пишу, що використання імітуючих позначень товарів і послуг охоплюється чинною редакцією цієї кримінально-правової норми, то інші дослідники (зокрема, О.М. Броневицька) висловлюються за те, щоб доповнити диспозицію ч. 1 ст. 229 КК України вказівкою на використання імітуючих позначень, вбачаючи у цьому разі (треба так розуміти) прогалину.

Використання згаданих законодавчих конструкцій, хоч і є зрозумілим (через проблематичність навести вичерпний перелік кримінально караних діянь), має своїм наслідком невизначеність складів злочинів, ускладнює розмежування кримінально протиправної поведінки і поведінки, яка нею не є. Такий стан речей, по-перше, суперечить принципу законності як одному з основних принципів юридичної відповідальності, по-друге, не узгоджується зі ст. 57 Конституції України, відповідно до якої кожному гарантується право знати свої обов'язки, по-третє, ускладнює виконання КК України такого завдання, як запобігання кримінальним правопорушенням, адже потенційний делінквент не має чіткої інформації про суть кримінально караної поведінки. Мабуть, про закони, подібні до статей 176, 177, 229 КК України, Чезаре Беккарія писав таке:

якщо тлумачення законів зло, то їх темнота, яка змушує займатись тлумаченням, зло не менше; громадянин, нездатний оцінити ступінь своєї свободи, потрапляє в залежність від купки утаємничених, а незрозумілий народу текст закону перетворює кодекс із книги, що поважається усіма, в книгу, доступну лише для вузького кола осіб.

Дисертантка усвідомлює цю проблему і намагається її вирішити, зокрема, пропонуючи у примітках статей 176, 177, 229 КК України закріпити визначення поняття незаконного використання відповідних об'єктів права інтелектуальної власності. Постає, однак, питання, чи є сенс у включенні до статей КК України цих громіздких, складних для сприйняття і таких, що значною мірою відтворюють положення регулятивного законодавства, формулювань (кримінальний закон – не його коментар), й особливо якщо і далі використовуватиметься узагальнена (абстрактна) конструкція «інше умисне порушення права...».

Далі. Незрозуміло, чому не наводиться визначення поняття незаконного використання раціоналізаторської пропозиції, яке (якби здобувачка була послідовною) мало фігурувати у примітці авторської редакції нової заборони – ст. 229-1 КК України. Не можна не сказати і про змістовні вади згаданих дефініцій. Наприклад, сумніваюсь у тому, що поняттям незаконного використання об'єкта права інтелектуальної власності варто охоплювати зберігання певних предметів; останнє може розцінюватись хіба що як готування до незаконного використання такого об'єкта.

Таким чином, міркування і пропозиції О.В. Коротюк у частині законодавчого описання кримінально караних посягань на об'єкти права інтелектуальної власності є традиційними, нагадуючи погляди інших вітчизняних вчених (П.С. Берзін, Л.М. Демидова, В.Б. Харченко та ін.). На моє переконання, *de lege ferenda*, відмовившись від звороту «інше умисне порушення права...», варто спробувати з урахуванням вивчення положень регулятивного законодавства, правозастосовної практики (і не лише матеріалів кримінальних проваджень), зарубіжного досвіду та із залученням фахівців у галузі інтелектуальної власності виокремити ті найбільш суспільно небезпечні і розповсюджені різновиди порушення права інтелектуальної власності, які насправді потребують кримінально-правового реагування. Якщо цього не зробити, а матеріальну шкоду у певних (до речі, довільних) розмірах продовжувати вважати фактично єдиною і достатньою криміноутворювальною ознакою, то і надалі лунатимуть пропозиції декриміналізувати злочини проти права інтелектуальної власності на тій підставі, що у чинному (некримінальному) законодавстві вистачає правових важелів впливу на порушників відповідного законодавства, і сенсу у застосуванні саме кримінальної відповідальності щодо цих правопорушників немає (тим більше, що таке застосування є на сьогодні яскравим прикладом вибіркового правосуддя). Та обставина, що регулятивне законодавство наголошує на незаконності будь-якого посягання на об'єкт права інтелектуальної власності, у жодному разі не означає того, що кожне таке посягання має тягнути за законом кримінальну відповідальність.

2. Ознайомлення із наведеними у дисертації конкретними пропозиціями, спрямованими на поліпшення КК України, дозволяє висловити і деякі інші (так би мовити, менш глобальні) зауваження і застереження.

Зокрема, наведені у роботі аргументи на користь криміналізації розголошення до офіційної публікації змісту поданої заявки щодо винаходу, корисної моделі, промислового зразка, компонування напівпровідникових виробів, сорту рослин, породи тварин вважаю слушними, однак пропонуване законодавче втілення цієї ідеї спонукає зазначити таке:

1) назва ст. 177 КК України «Порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, компонування напівпровідникових виробів, сорт рослин, породи тварин», у диспозиції частини 2 якої авторка вважає за доцільне описати зазначене діяння, наголошує на тому, що йдеться про порушення прав на вже існуючий, а не на створюваний (у сенсі поки що не зареєстрований і, відповідно, такий, що не дістав правової охорони) об'єкт права інтелектуальної власності. Принаймні таку логіку міркувань обстоює здобувачка, критикуючи чинну редакцію ст. 177 КК України. Інакше кажучи, спостерігається неузгодженість між назвою проєктованої статті КК і змістом її диспозиції;

2) авторка не пояснює: а) чому розголошення до офіційної публікації змісту поданої заявки щодо винаходу, корисної моделі, промислового зразка, компонування напівпровідникових výro-

бів, сорту рослин, породи тварин має конструюватись (на відміну від інших порушень, караних за ст. 177 КК України) як злочин із формальним складом; б) що виступає причиною запропонованої диференціації кримінальної відповідальності за вказане розголошення (як, до речі, і за примус до співавторства або до відмови від авторства) порівняно з іншими порушеннями прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, компонування напівпровідникових виробів, сорт рослин або породи тварин.

На відміну від дисертантки, я не вбачаю потреби у доповненні ч. 1 ст. 176 КК України окремою вказівкою на незаконне розповсюдження відповідних об'єктів права інтелектуальної власності у мережі Інтернет. Адже це положення наразі однозначно впливає з норм регулятивного законодавства (а саме із наведеного у ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права» визначення піратства у сфері авторського права і (або) суміжних прав, різновидом якого визнається Інтернет-піратство) і є безспірними для коментаторів чинного кримінального закону.

Пропозиція виокремити в межах ст. 194 КК України «Умисне знищення або пошкодження майна» самостійну частину, присвячену умисному знищенню або пошкодженню об'єктів права інтелектуальної власності, мною сприймається критично:

1) такий крок суперечитиме родовому об'єкту кримінальних правопорушень проти власності. Правовідносини інтелектуальної власності не входять як складова до більш широкого за своїм змістом родового об'єкта (правовідносини власності), адже в ЦК України праву власності та іншим речовим правам і праву інтелектуальної власності присвячено окремі книги – Книгу третю і Книгу четверту, відповідно. Та обставина, що право інтелектуальної власності та право власності на речі є різними та самостійними інститутами цивільного законодавства України, регламентуючи суспільні відносини, що не є ні тотожними, ні навіть однорідними за своїм змістом і суттю, відображена й у чинному КК України. Пропозиція ж дисертантки навряд чи виправдано ламає цей усталений підхід. До того ж запропоноване авторкою формулювання не бере до уваги те, що відповідно до ч. 1 ст. 419 ЦК України право інтелектуальної власності та право власності на річ не залежать одне від одного. Тому, наприклад, фізичне знищення картини як предмету живопису не означає зникнення як такого об'єкта права інтелектуальної власності на цей художній твір;

2) за наявності підстав знищення матеріального носія того чи іншого об'єкта права інтелектуальної власності може кваліфікуватись за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 176 (177) і 194 КК України (можливість такої кримінально-правової оцінки скоєного, до речі, не заперечується і здобувачкою);

3) формулювання проєктованої ч. 2 ст. 194 КК України «Умисне знищення або непоправне пошкодження предметів живопису, скульптури, архітектури, а так само знищення інших об'єктів права інтелектуальної власності» не містить ознаки протиправності зазначеної поведінки, яка (ознака) в інших частинах ст. 194 КК України «компенсується» вказівкою на те, що майно, яке знищується або пошкоджується винним, має бути для нього чужим. Необхідність чіткішого законодавчого описання згаданої поведінки обумовлена, серед іншого, тим, що: перехід права на об'єкт права інтелектуальної власності не означає переходу права власності на річ; перехід права власності на річ не означає переходу права на об'єкт права інтелектуальної власності (частини 2 і 3 ст. 419 ЦК України).

Наполягаючи на збереженні такої особливо кваліфікуючої ознаки злочинів, передбачених статтями 176, 177 і 229 КК України, як вчинення злочину службовою особою з використанням службового становища, О.В. Коротюк не помічає і, відповідно, не спростовує висловлену в юридичній літературі (В.Б. Харченко) думку про те, що від зазначеної ознаки як не виправданої слід відмовитись через відсутність на теперішній час відповідної судової практики і можливість кваліфікації вчиненого у такій ситуації за сукупністю злочинів (зокрема, як того чи іншого злочину у сфері службової діяльності).

Подібне (незрозуміле для мене) ігнорування здобутків попередників вимушений констатувати і при оцінці наведеної здобувачкою редакції ст. 232-1 КК України «Незаконне отримання і незаконне використання інсайдерської інформації». Пропонуючи сформулювати відповідні склади цього кримінального правопорушення як матеріальні, О.В. Коротюк не бере до уваги напрацювання науковців, які привертають увагу до того, що інсайдерські операції з цінними паперами (з

огляду на множинність чинників на фондовому ринку) вирізняються тим, що при їхньому здійсненні складно (фактично неможливо) встановити причинний зв'язок між поведінкою інсайдера і шкодою, заподіяною у певний проміжок часу конкретному інвестору або емітенту (В.В. Саєнко, О.О. Кашкаров та ін.). Переконливі аргументи на користь конструювання основного складу злочину «Незаконне використання інсайдерської інформації» як формального та одночасного виключення з КУАП ст. 163-9 «Незаконне використання інсайдерської інформації» навів у своїй докторській дисертації Р.А. Волинець, який, серед іншого, відзначив, що законодавство ЄС не вимагає, щоб кримінально-правова заборона, присвячена незаконному використанню інсайдерської інформації, обов'язково передбачала настання суспільно небезпечних наслідків.

3. Продовжуючи свою думку про прогалини, пов'язані з опрацюванням джерельної бази, яка безпосередньо стосується обраної теми, назву щонайменше три дисертації, не проаналізовані (судячи як з основного змісту роботи, так і списку використаних джерел) здобувачкою: Гулкевич В.Д. Кримінально-правова охорона авторського права і суміжних прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2008; Дімітров М.М. Кримінальна відповідальність за незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2016; Филь Р.С. Кримінально-правова охорона прав на об'єкти промислової власності в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2018.

О.В. Коротюк є прибічницею позиції, згідно з якою криміналізація посягань на об'єкти права інтелектуальної власності є обґрунтованою і такою, що відповідає інтересам суспільства і держави. Утім, у сучасній кримінально-правовій доктрині безспірність такої панівної позиції інколи ставиться під сумнів. Так, в одній зі своїх праць (також, на жаль, не опрацьованій здобувачкою) В.Б. Харченко полемічно заявляє, що допоки не буде створено економічної передумови дотримання прав на об'єкти інтелектуальної власності, а ринок таких об'єктів не буде врегульовано насамперед за допомогою економічної складової, досягнути істотних зрушень у питаннях протидії відповідним порушенням і пов'язаним з ним криміногенним процесам навряд чи вдасться. Оскільки переважна більшість кримінальних справ щодо порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності стосується результатів творчої діяльності і засобів індивідуалізації, володільцями прав на які є іноземні громадяни, фірми і ТНК (здебільшого США і РФ), то виходить, що Україна за власний кошт (утримання правоохоронних і судових органів, фінансування їхньої діяльності) забезпечує надприбутки іноземців. Стверджується також, що якщо понад 90% дорослого населення України вчиняє діяння, що мають ознаки злочинів у сфері інтелектуальної діяльності, то це свідчить про хибність законодавчого підходу в частині визначення відповідних кримінально-правових заборон. Останні розцінюються як продукт невиправданої правотворчості, що не має належного соціального, юридичного і морального підґрунтя (див.: Харченко В.Б. Кримінально-правова політика боротьби зі злочинами у сфері інтелектуальної власності. У кн.: Політика у сфері боротьби зі злочинністю України: теоретичні та прикладні проблеми: монографія / за ред. проф. П.Л. Фріса та проф. В.Б. Харченка. Івано-Франківськ-Харків, 2016. С. 162–178). Фактично в унісон сказаному, хоч і менш категорично висловлюється М.В. Карчевський, який у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію І.М. Романюка «Кримінально-правова характеристика злочинів, що посягають на інтелектуальну власність в Україні» (Львів, 2018) зазначає, що для національного розвитку і стабільності існують очевидні небезпеки глобалізації правового захисту інтелектуальної власності; деякі з них межують з порушенням національного кримінально-правового суверенітету. Багато експертів вважає, що сучасна система прав інтелектуальної власності суперечить інтересам країн, що розвиваються.

Під час захисту було б цікаво почути оцінку пані Оксани таких «альтернативних» підходів, дотичних до фундаментальної проблеми соціальної обумовленості кримінально-правових заборон, присвячених посяганням на об'єкти права інтелектуальної власності.

Висвітлюючи проблему кримінально-правової охорони особистих немайнових прав інтелектуальної власності і даючи ствердну відповідь на питання про охоплення чинними редакціями статей 176 і 177 КК України посягань на зазначені права, О.В. Коротюк не спростовує чи не основний аргумент дослідників, які дотримуються іншої точки зору з цього питання: усі частини ст. 176 і ст. 177 КК передбачають настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді матеріаль-

ної шкоди в певних розмірах. Більше того: сформульовані дисертанткою редакції цих кримінально-правових заборон (за винятком згаданої вище ч. 3 ст. 177 КК України – формальний склад злочину) у вказаній частині не відрізняються від їхніх чинних редакцій, а отже, підґрунтя для позначеної дискусії не усувають.

Здобувачка, на жаль, залишила поза своєю увагою і, відповідно, не піддала оцінці доктринальні пропозиції щодо: а) визнання і надалі кримінально караним порушенням авторського права або суміжних прав умисного порушення саме і тільки майнового права на твір науки, літератури і мистецтва, комп'ютерну програму, базу даних, виконання, фонограму, відеограму або програму (передачу) мовлення (В.Д. Гулкевич); б) доповнення КК України статтею про відповідальність за порушення особистих немайнових прав інтелектуальної власності (А.С. Нерсисян); в) диференціації кримінально-правової охорони особистих немайнових та (або) майнових прав інтелектуальної власності на літературний, художній та інший твір (авторське право), з одного боку, та особистих немайнових та (або) майнових прав інтелектуальної власності на виконання, фонограму, відеограму та програму (передачу) організації мовлення (суміжні права), з іншого (В.Б. Харченко, В.О. Навроцький).

Міркування дисертантки щодо криміналізації плагіату носять поверховий і фрагментарний характер, а пропозиція щодо окремого згадування плагіату у вдосконаленій редакції ст. 176 КК України не є конструктивною у тому сенсі, що нічого не змінює порівняно з існуючою ситуацією (через «прив'язування» караності цієї аморальної поведінки до заподіяння майнової шкоди). Проте тут, мабуть, і не варто щось змінювати. Бо марно сподіватись на те, що застосування до плагіатора кримінального закону стане ефективнішим заходом, ніж адміністративно- та цивільно-правова охорона права на авторство. З урахуванням того, що для однієї людини «крадіжка» в неї результату її творчості – трагедія всього життя, а для іншої – хіба що дрібна неприємність, з якою краще примиритись, вважаю виправданим як збереження існуючого пріоритету цивільно-правових заходів у протидії плагіату, так і віднесення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК України, до правопорушень, кримінальне провадження щодо яких здійснюється у формі приватного обвинувачення (докладніше див. Дудоров О.О., Дудорова К.Б. Плагіат – злочин або аморальний вчинок? Морально-етичні засади реформування кримінального законодавства України: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Дніпропетровськ, 10 квітня 2015 р.); упорядник к.ю.н., доц. В.В. Шаблюстий. Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2015. С. 11–21). До слова і це джерело здобувачка не опрацювала.

4. Досліджуючи проблематику суспільно небезпечних наслідків як ознаки складів злочинів, що посягають на об'єкти права інтелектуальної власності, О.В. Коротюк, як і чимало інших вітчизняних теоретиків, до складу цих наслідків включає й упущену вигоду. Вадою відповідних міркувань здобувачки вважаю те, що вона не згадала про існування іншої доктринальної позиції, послідовним прибічником якої виступає В.О. Навроцький та яка виходить, зокрема, з того, обвинувачення не може ґрунтуватись на припущеннях. Спростування такої позиції було б доречним і дозволило б поліпшити якість рецензованої праці.

Тим більше, що це питання вже постало в практиці Верховного Суду. Так, постановою колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 20 січня 2020 р. у справі № 570/2835/16-к відповідне кримінальне провадження з метою забезпечення єдності судової практики було передано на розгляд вказаної палати. У цій справі сторона захисту, серед іншого, стверджувала про неправомірність встановлення розміру завданих збитків на підставі висновку експертизи об'єктів інтелектуальної власності, при складанні якого експерт встановив, що збитком, який завданий кримінальним правопорушенням, є неотриманий прибуток від продажу програми, ціна якої визначена на підставі прайс-листа підприємства. У постанові від 13 листопада 2018 р. у справі № 449/613/15-к Верховний Суд колегією суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду висловив позицію, згідно з якою матеріальні збитки, які визначають наявність складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК України, не можуть визначатись на підставі розрахунку неотриманого прибутку, а мають встановлюватись на підставі *прямої дійсної шкоди*, завданої інкримінованими діями винної особи. За таких обставин колегія суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду визнала за потрібне відступити від згаданої правової позиції та визначити, що саме можна вважати матеріальною шкодою з погляду

інкримінування ст. 176 КК України і чи можна розраховувати таку шкоду лише на підставі неотриманого прибутку.

Дисертантка робить висновок про недоречність конструювання складів аналізованих нею злочинів як злочинів із формальним складом, вважаючи конкретні, визначені у статтях 176, 177, 229 КК України та їхніх примітках розміри заподіяної матеріальної шкоди вдалим критерієм оцінки законодавцем суспільної небезпеки посягань на об'єкти права інтелектуальної власності. На мій погляд, цей аспект кримінально-правової характеристики досліджуваних деліктів потребував ретельнішого опрацювання.

Річ у тім, що, незважаючи на чіткість і, на перший погляд, зрозумілість закріпленого критерію розмежування кримінально караних та адміністративно караних порушень законодавства про інтелектуальну власність, вести в цьому разі мову про дотримання процесуальної здійсненності кримінального переслідування як одного з принципів криміналізації не доводиться. Адже, як вже зазначалось, питання, яким чином має визначатись матеріальна шкода з погляду кваліфікації за статтями 176, 177, 229 КК України, в юридичній літературі і судовій практиці належить до числа дискусійних. Показовим у зв'язку з цим є висловлювання Л.М. Демидової про наближеність, а не точне встановлення майнової шкоди, заподіяваної злочинними порушеннями прав інтелектуальної власності. На практиці проблематично реалізувати обстоюваний у т. ч. дисертанткою підхід, згідно з яким розмір матеріальної шкоди має визначатись як упущена (втрачена) вигода (наприклад, це сума винагороди, яку суб'єкт авторського права чи суміжних прав на відповідні об'єкти отримав би, якби зазначені у диспозиції ст. 176 КК України дії було вчинено з дотриманням законодавства про інтелектуальну власність). Тому і не дивно, що у правозастосуванні склались інші підходи щодо встановлення розміру матеріальної шкоди, заподіяної порушенням авторського або суміжних прав.

Одним із розповсюджених підходів є з'ясування заподіяної шкоди шляхом підрахування кількості вилучених примірників відповідної (незаконної) продукції, помноженої на ринкову вартість одного примірника оригінальної (ліцензійної) продукції. При цьому вважається, що шкода від розповсюдження тієї чи іншої кількості контрафактних примірників полягає у витісненні з ринку аналогічної кількості примірників легальної продукції, в результаті чого її правовласник (або різні правовласники) втрачає (втрачають) можливість одержати відповідні доходи законним шляхом. Інакше кажучи, застосовується такий собі принцип «один до одного». Постає, однак, питання, чи став би споживач придбавати контрафактну продукцію за ціною оригінальної (ліцензійної) продукції. Крім того, наскільки обґрунтовано застосовувати наведений підхід, якщо незаконно відтворені об'єкти авторського права чи суміжних прав поки що не реалізовані, а лише транспортуються чи зберігаються (хай навіть і з метою продажу)?

За таких обставин цілком зрозуміло, що в юридичній літературі (наприклад, В.Д. Гулкевич) ставиться питання про перетворення складів злочинів проти інтелектуальної власності із матеріальних у формальні і про заміну заподіяної матеріальної шкоди іншою (менш проблемною з погляду її встановлення) криміноутворювальною ознакою. На користь такої пропозиції вказують, як видається, положення міжнародно-правових документів. Так, у ст. 61 розділу 5 «Кримінальні процедури» Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угоди TRIPS) зазначається, що держави-члени СОТ повинні забезпечити застосування кримінальних процедур та штрафів принаймні у випадках умисного порушення авторських прав у *комерційних масштабах*. Ст. 10 Конвенції РЄ про кіберзлочинність від 23 листопада 2001 р. зобов'язує держави-учасниці вживати такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності за порушення авторських прав і суміжних прав у випадку, коли такі дії вчинені свідомо, у *комерційних розмірах* і за допомогою комп'ютерних систем.

У разі сприйняття викладеної пропозиції законодавцем на практиці за наявності підстав могла б застосовуватись конструкція незакінченого злочину, якщо відповідні предмети поки що не були розповсюджені, а мало місце тільки їх транспортування чи зберігання. До того ж у вказаний спосіб вдасться усунути проблему встановлення матеріальної шкоди у разі вчинення незаконних дій щодо двох і більше об'єктів, право інтелектуальної власності на які належать декільком окремим особам, за відсутності ознак продовжуваного злочину.

Якщо суспільна небезпека суміжного щодо кримінально караних посягань на право інтелектуальної власності незаконного обігу дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва (ст. 203-1 КК України) пов'язується, як стверджує дисертантка, з обсягом (вартістю) незаконно виготовленої продукції, обладнання або сировини, то чому подібний підхід не може бути втілений, скажімо, у вдосконаленій редакції ст. 176 КК України?

Виступаючи проти перетворення складів злочинів проти інтелектуальної власності із матеріальних у формальні, О.В. Коротюк невдало посилається на російського дослідника Р.О. Долотова, який веде мову про вартісні критерії злочинів, оцінюючи законодавство своєї країни. Хотів би привернути увагу здобувачки до того, що згаданий вчений констатує таке: здійснена в 2003 р. трансформація у формальні кваліфікованих складів незаконного використання об'єктів авторського права чи суміжних прав передусім була зумовлена потребою полегшити застосування ст. 146 КК РФ на практиці (див.: Долотов Р.О. Механізм уголовно-правового регулирования в сфере преступных посягательств на объекты интеллектуальной собственности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Саратов, 2009. С. 58).

Ведучи мову про суспільно небезпечні наслідки як ознаку об'єктивної сторони складів досліджуваних злочинів, не можу не сказати (вкотре) про притаманну чинному КК України проблему довільності кількісних показників, що характеризують суспільно небезпечні наслідки та предмети кримінальних правопорушень. На жаль, і ця фундаментальна проблема залишилась поза увагою О.В. Коротюк, яка (треба так розуміти) вважає оптимальними кількісні параметри суспільно небезпечних наслідків як ознак складів злочинів, передбачених статтями 176, 177 і 229 КК України (при тому, що ці параметри явно взяті законодавцем «зі стелі»).

5. Незважаючи на свою оригінальність (незвичність), сповідуваний О.В. Коротюк поділ досліджуваних нею деліктів на злочини, що посягають на об'єкти права інтелектуальної власності, які є результатами інтелектуальної, творчої діяльності, та на злочини, що посягають на об'єкти права інтелектуальної власності, які є інформаційними ресурсами, із змістовної точки зору мною сприймається та, як видається, не суперечить главі 15 ЦК України, яка поділяє нематеріальні блага на результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформацію та особисті немайнові права (статті 199, 200 і 201, відповідно).

Щоправда: а) і така класифікація злочинів, які є сферою наукових інтересів здобувачки, є умовною, адже авторка услід за іншими дослідниками розглядає інформацію як змістовну характеристику поняття «об'єкт права інтелектуальної власності» (тим самим визнаючи, що інформаційна складова притаманна й об'єктам права інтелектуальної власності, які є не «інформаційними ресурсами», а результатами інтелектуальної, творчої діяльності); б) висуненню авторської класифікації кримінально караних порушень законодавства про інтелектуальну власність мав би передувати критичний аналіз інших подібних доктринальних класифікацій (праці П.П. Андрушка, А.С. Нерсесяна, В.Б. Харченка, О.В. Новікова та ін.) із з'ясуванням їхніх (класифікацій) вад і поясненням переваг свого теоретичного підходу.

Також мені складно погодитись з О.В. Коротюк у частині віднесення банківської таємниці та інсайдерської інформації до об'єктів права інтелектуальної власності, а отже, до предметів кримінально караних порушень законодавства про інтелектуальну власність. Фактично в основу цієї сумнівної тези покладено єдиний аргумент: відомості, які складають банківську таємницю та інсайдерську інформацію, можуть містити відомості, які є предметом комерційної таємниці. Вважаю, що ситуація із «кримінально-правовим статусом» банківської таємниці та інсайдерської інформації є подібною до описуваного О.В. Коротюк стану речей з об'єктами археологічної та культурної спадщини, які слушно визнаються здобувачкою окремими об'єктами кримінально-правової охорони, які за своїми ознаками є відмінними від об'єктів права інтелектуальної власності.

У розвиток цієї думки зазначу, що ст. 232-1 КК, яка встановлює відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації, покликана охороняти не права інтелектуальної власності, а фондовий ринок. Визнає цю обставину й О.В. Коротюк, погоджуючись із тим, що видовим об'єктом злочинів, передбачених статтями 232-1, 232-2 КК України, є саме фондовий ринок. Справді неправомірне використання інсайдерської інформації, будучи недобросовісною практикою ведення бізнесу на фондовому ринку і порушуючи механізм котирування, дезорга-

нізує стабільність фондового ринку, веде до його розбалансованості, утворення штучних цін, виникнення економічної диспропорції та отримання необґрунтованого прибутку, призводить до скорочення інвестицій у цінні папери. Незаконна інсайдерська діяльність спроможна заподіяти істотну шкоду емітентам та інвесторам (наприклад, внаслідок падіння курсу цінних паперів, зриву укладання договору або придбання контрольного пакету акцій за завищеною ціною). Крім цього, критичний погляд на інсайдерські зловживання незалежно від «національності» кримінального законодавства, в якому розташовано відповідні заборони, спонукає інтерпретувати інсайдерську діяльність як специфічну форму шахрайства в сфері економіки.

Відтак розкриття дискусійних аспектів кримінально-правової характеристики незаконного використання інсайдерської інформації, у тому числі в аспекті визначення перспектив заборони, присвяченої цьому посягання на фондовий ринок і різновиду шахрайства в економічній сфері, передбачало принципово інший, ніж втілений у докторській дисертації О.В. Коротюк вектор наукового пошуку і потребувало набагато глибшого занурення у проблематику інсайдерських зловживань та кримінально-правового реагування на них, включаючи опрацювання праць О.Ю. Вітка, О.О. Кашкарова, Д.В. Каменського, І.А. Клепицького, О.Я. Кондри, В.В. Саєнка, Ю.Г. Старовойтової та ін.

Сказане повною мірою стосується й кримінально-правової охорони встановленого порядку поводження з банківською таємницею. Адже кримінально карані діяння щодо банківської таємниці як засобу захисту особи клієнта підривають довіру до національної банківської системи, посягають на інформаційний аспект приватності і при цьому (на відміну від діянь з комерційною таємницею як об'єктом права інтелектуальної власності) зазвичай не є проявами недобросовісної конкуренції.

Усього один штрих на підтвердження моєї тези про необхідність більш сумлінного пошуку, а далі більш прискіпливого аналізу здобутків попередників в частині кримінально-правової характеристики незаконних дій з інсайдерською інформацією. В юридичній літературі на підставі аналізу співвідношення складів злочинів, передбачених статтями 232 і 232-1 КК України (відповідно, «Розголошення комерційної або банківської таємниці» і «Незаконне використання інсайдерської інформації») доведено, що інсайдерська інформація має специфічний статус, який визначений законодавством про фондовий ринок та який відмінний від правового режиму комерційної і банківської таємниці як різновидів інформації з обмеженим доступом, а порядок її обігу як компонент фондового ринку охороняється окремою кримінально-правовою заборonoю (див.: Дудоров О.О., Каменський Д.В. Інсайдерська інформація і кримінальний закон: від американських реалій до європейських перспектив. Юридичний науковий електронний журнал. 2019. № 3. С. 185–201).

**Відгук на докторську дисертацію А.М. Клочко
«Теоретико-прикладні засади протидії злочинам у сфері банківської
діяльності в Україні»⁵⁵**

В Україні відбувається реформування правоохоронних органів, покликаних протидіяти економічним деліктам, зокрема продовжується опрацювання законодавчої бази, необхідної для створення Бюро економічної безпеки (раніше Бюро фінансових розслідувань) як, треба так розуміти, немілітаризованого правонаступника Департаменту захисту економіки Національної поліції та податкової міліції. За всієї значущості організаційних і процесуальних чинників, включаючи питання підслідності, і розуміння тієї обставини, що ефективність законотворчості вимірюється передусім правозастосуванням, первинним (за логікою речей) має бути матеріальний кримінальний закон. Адже саме він, визначаючи, які акти поведінки в економічній сфері заборонено, та які кримінально-правові наслідки повинні наставати у випадку порушення відповідних заборон, буде спрямовувати професійну діяльність оновлених правоохоронних органів, слугуватиме інструментом у руках правозастосувачів.

На сьогодні неодноразово «реформований» розділ VII Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності» є еkleктичним, розбалансованим набором недостатньо якісних заборон, який навряд чи здатен виконувати своє основне призначення – забезпечувати ефективну кримінально-правову охорону господарської та приватної до неї діяльності.

Зазначене вище повною мірою стосується і деліктів у банківській сфері. Складно не погодитись із тим, що забезпечення фінансової стабільності держави та її банківського сектору має надзвичайно важливе суспільне значення. Нестабільність фінансової системи веде до зменшення надходжень до державного бюджету, виникнення значних непередбачуваних витрат на порятунок фінансової системи, що обмежує державу в її можливостях забезпечувати належним чином конституційні права і свободи. Від платоспроможної роботи банків, страхових організацій, кредитних спілок та інших надавачів фінансових послуг залежить нормальне функціонування економічних відносин, позаяк виведення з ринку відповідних суб'єктів руйнує його загальну стабільність, призводить до втрат суб'єктів господарювання і вкладників. Запровадження банківського регулювання, яке б забезпечувало належний баланс між правами й інтересами власників банку, його кредиторів, клієнтів і вкладників, гарантувало б стабільність банківського сектору і належний захист прав та інтересів вкладників і клієнтів банку, є конституційним обов'язком держави. Вона повинна не тільки запровадити законодавство, що найбільш повною мірою забезпечує дотримання конституційних прав і свобод, а й вживати необхідних заходів для того, щоб воно реально діяло, а не залишалось на папері (див.: Водяніков О. Банківський законопроект, Конституція і справа Northern Rock Bank. URL: https://lb.ua/blog/oleksandr_vodennikov/454687_bankivskiy_zakonoproekt.html).

У 2014–2015 рр. вітчизняна економіка, як відомо, зіштовхнулася із небаченими до цього викликами. Анексія Криму, війна на Донбасі, перманентно нестабільна політична ситуація всередині країни, аномальні коливання курсу національної валюти, «галопуюча» інфляція, зниження внутрішнього споживчого попиту, несприятлива зовнішньоекономічна кон'юнктура – кожен із цих чинників негативно вплинув на стан фінансово-економічної ситуації в Україні. Одним із найбільш вразливих до цих процесів виявився банківський сектор, кризові явища в якому посилились через відсутність належного регулювання та ефективного нагляду з боку НБУ і структурні дисбаланси, накопичені протягом останнього десятиліття. Іншим чинником кризи вітчизняної банківської системи, за свідченням фахівців, стала побудована в Україні олігархічна модель, в якій значна частина банків використовувалась різними олігархічними групами як інструмент фінансування діяльності відповідних бізнес-груп за рахунок депозитів фізичних осіб без належного нагляду за діяльністю банків з боку держави.

⁵⁵ Захист відбувся в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України 23 вересня 2020 р.

Ефективність заходів впливу держави на процеси підтримання ліквідності банків, неспроможності банків і подолання кризових явищ у банківській сфері багато у чому залежить не лише від кваліфікації управлінців, а й від досконалості правових засобів державної підтримки банківського сектору у найскладніших умовах його функціонування. Ліквідація близько сотні банків протягом 2014–2017 рр. в Україні наочно продемонструвала ту обставину, що заходи впливу на банківську систему (рефінансування, обов'язкове страхування депозитів, встановлення нормативів тощо) нічого не варті без забезпечення правовими засобами доброчесності у банківській практиці. У цьому контексті не може не поставати питання про роль і місце кримінального закону у мінімізації негативних проявів і зловживань у банківській сфері.

Так, доповнення КК України статтю 218-1 «Доведення банку до неплатоспроможності» поставило перед наукою низку питань, починаючи із доцільності самого факту виокремлення подібної кримінально-правової заборони, визначення її місця в системі вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність і завершуючи конструюванням відповідної статті КК та її ефективністю. Аналіз згаданої заборони дозволив наочно продемонструвати ту обставину, наскільки неякісно останнім часом оновлюється КК України: у ситуації з включенням до нього ст. 218-1 слід констатувати відсутність всіх підвалин успішної законотворчості у вигляді наукового знання, правової культури і законодавчої техніки. Як виявилось, ця кримінально-правова заборона поповнила когорту «мертвих» норм, що не в останню чергу пояснюється недосконалістю її чинної редакції і гарно ілюструється даними офіційної статистики.

Актуальності обраній темі додає і суперечливість судової практики в частині скасування рішень НБУ та Фонду гарантування вкладів фізичних осіб про визнання банків неплатоспроможними, запровадження тимчасових адміністрацій, відкликання банківських ліцензій та ліквідації банків. Вказана проблема перейшла в практичну площину, коли стосовно таких «банків» господарські суди почали порушувати провадження у справах про банкрутство за Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», тобто за загальною процедурою для юридичних осіб, а не за спеціальною банківською процедурою згідно із законами України «Про банки і банківську діяльність» і «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

Зауваження.

1. Під кримінальними правопорушеннями у сфері банківської діяльності у дисертації запропоновано розуміти «систему умисних злочинів, метою яких є заволодіння грошовими коштами банківських установ або споживачів банківських послуг у процесі здійснення банківських операцій чи з їх використанням, які вчиняються керівниками або іншими службовими особами банку, пов'язаними з банком особами, особами, відповідальними за проведення банківських операцій, іншими працівниками банківських установ, а також особами, які не мають відношення до сфери банківської діяльності» (с. 13, 100, 195 та ін.). Наведене визначення та пов'язані з ним висловлювання пані Альони спонукають вступити в дискусію.

По-перше, із закріпленого в ст. 12 чинного КК України поділу кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки випливає, що різниця між двома вказаними видами кримінальних правопорушень вже не може не братись до уваги (зокрема, і при формулюванні кримінально-правових понять). З огляду на те, що двочленна класифікація кримінальних правопорушень врешті-решт стала в Україні правовою реальністю, критично оцінюю ту обставину, що при визначенні оптимального, на її переконання, кола кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності здобувачка не обґрунтувала положення про те, які з цих правопорушень мають визнаватись кримінальними проступками, а які – злочинами.

По-друге, однією з істотних ознак кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності А.М. Ключко вважає обумовленість специфікою банківської діяльності (с. 113, 342). Постає питання, чи узгоджується з цією думкою теза про належність до числа суб'єктів відповідних посягань осіб, «які не мають відношення до сфери банківської діяльності». До слова фактично відкритий перелік цих суб'єктів, наведений в аналізованому визначенні, суперечить такій вимозі дефінування понять, як раціональна (оптимальна) стислість.

По-третє, навряд чи виправдано обмежувати коло кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності лише умисними деліктами, бо у зазначеній сфері цілком можуть мати місце і випадки службової недбалості службових осіб банківських установ. Так, у судовій практиці траплялись випадки засудження службових осіб банків, необережна поведінка призвела до неплатоспроможності банків, за ст. 367 КК України.

По-четверте, мета «заволодіння грошовими коштами банківських установ або споживачів банківських послуг» як ще одна виокремлена дисертанткою обов'язкова (істотна) ознака злочинів у сфері банківської діяльності явно не притаманна усім тим деліктам, які в рецензованій праці запропоновано відносити до згаданих злочинів (с. 86, 114, 195–196, 393–394, 400 та ін.). Наприклад, яким чином, незаконне збирання відомостей, що містять комерційну таємницю, або розголошення комерційної таємниці пов'язані із заволодінням вказаними грошовими коштами?

Незважаючи на умовність класифікації злочинів у сфері господарської діяльності, складно погодитись із віднесенням до злочинів у сфері банківської діяльності деліктів, передбачених статтями 219, 222, 231 та 232 КК України (лише частково погоджуюсь із віднесенням до згаданої групи злочинів посягань, передбачених статтями 200 і 209 КК України). Видається, що беззастережно включивши ці діяння до розглядуваної групи деліктів, пані Альона не враховувала запропоноване нею ж визначення поняття кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності. Наприклад, складно зрозуміти, на якій підставі такі діяння, як доведення до банкрутства, скажімо, хімічного підприємства (ст. 219 КК України), або надання завідомо неправдивої інформації органу місцевого самоврядування з метою одержання субсидії (ст. 222 КК України) можуть бути визнані злочинами у сфері банківської діяльності.

Недотримання логіко-методологічної процедури визначення понять, виробленої філософією, логікою та методологією науки, призвело до того, що запропоноване у дисертації визначення поняття кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності не відповідає чи не головному своєму призначенню – чітко не окреслює ті відмітні, істотні ознаки, які дозволяють виокремити такі делікти серед інших груп кримінально-протиправних посягань. Між тим, необхідність виокремлення саме таких істотних ознак неодноразово декларувалась авторкою (с. 34–35, 97). Таким чином, наукове визначення поняття кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності потребує доопрацювання: воно має по-можливості чітко фіксувати певний об'єкт кримінально-правової охорони і, вочевидь, базуватись на класифікації об'єктів кримінального правопорушення «за горизонталлю».

2. Однією з ключових ідей дисертаційного дослідження А.М. Ключко є пропозиція виокремити в Особливій частині КК України самостійний розділ «Кримінальні правопорушення у сфері банківської діяльності» (с. 186, 394, 400 та ін.). Вище я спробував показати, що запропонована здобувачкою змістовна наповнюваність групи кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності не є безспірною або принаймні такою, що змушує робити серйозні застереження. І вже ця прагматична обставина дозволяє поставити під сумнів перспективність і практичну реалізованість згаданої ідеї здобувачки.

На думку дисертантки, створення самостійного інституту кримінально-правової охорони сфери банківської діяльності в Україні у формі розділу Особливої частини КК дозволить більш точно відобразити особливості видового об'єкта суспільно небезпечних діянь цієї групи, сприяти з'ясуванню їх специфіки та ступеня суспільної небезпеки, правильній кваліфікації та індивідуалізації покарання (с. 270). Я натомість зовсім не впевнений у тому, що виділення в окремий розділ КК України норм про кримінальні правопорушення у сфері банківської діяльності (як і будь-яких інших кримінальних правопорушень) допоможе змінити на краще ситуацію із застосуванням відповідних заборон.

Крім іншого, сприйняття пропозиції А.М. Ключко, яка фактично зводиться до необхідності виділення окремої групи кримінальних правопорушень за їхнім видовим об'єктом, свідчитиме про необхідність зміни структури всієї системи Особливої частини КК України, яка нині побудована за критерієм саме родового, а не видового об'єкта злочину.

Отже, ідея виділення кримінальних правопорушень у сфері банківської діяльності, представляючи, поза всяким сумнівом, значний науковий інтерес, навряд чи бути рекомендована як про-

позиція *de lege ferenda*. Тому не випадково, що, спираючись на зазначені вище і деякі інші аргументи, мій учень Є.М. Васілін наполягав на недоцільності законодавчого виокремлення групи злочинів у сфері банківської діяльності і водночас висловився за уточнення назви розділу VII Особливої частини КК України (викладення її у такій редакції: «Злочини проти господарської та фінансової діяльності») (див.: Васілін Є.М. Доведення банку до неплатоспроможності: соціальна обумовленість криміналізації, аналіз складу злочину: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Сєверо-донецьк, 2018. С. 24).

Теза про принципову відмінність суспільних відносин у сфері банківської діяльності від господарських відносин, яка обстоюється дисертанткою та яку, серед іншого, покладено в основу ідеї виокремлення в Особливій частині КК України розділу, присвяченого кримінальним правопорушенням у сфері банківської діяльності, спростовується виробленою сучасною господарсько-правовою доктриною концепцією виокремлення права неспроможності банків у самостійну підгалузь господарського права, рівну до підгалузевому рівню права звичайного банкрутства (див.: Возняковська К.А. Господарсько-правове регулювання відносин неспроможності банків: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.04. Одеса, 2019. С. 5).

3. Чи не основною в системі кримінально-правових засобів забезпечення належного функціонування банківської сфери є, на моє переконання, кримінально-правова заборона, присвячена доведенню банку до неплатоспроможності. На жаль, дисертантка у своєму модельному розділі «Кримінальні правопорушення у сфері банківської діяльності», який мав би стати квінтесенцією проведеного дослідження, відтворює чинну редакції цієї заборони з усіма її вадами – при тому, що в основному тексті дисертації висловлюється низка слушних міркувань щодо напрямів удосконалення статті КК України «Доведення банку до неплатоспроможності».

Так, справедливо наголошуючи на необхідності максимального законодавчого уточнення суб'єктного складу злочинів у сфері банківської діяльності в Україні, включаючи доведення банку до неплатоспроможності, і виступаючи проти «легалізованого свавілля» НБУ при визначенні кола «пов'язаних з банком осіб» (с. 171, 200), здобувачка у примітці проєктованої нею статті КК України «Доведення банку до неплатоспроможності» висловлюється за збереження існуючого стану речей: «Термін «пов'язана з банком особа» вживається у значенні, визначеному Законом України «Про банки і банківську діяльність» (с. 516). Тим самим консервується наявна аномальна для кримінального права ситуація, коли НБУ завдяки своєму праву визначати на власний розсуд коло осіб, пов'язаних з банком, фактично наділяється законодавцем наданими лише йому повноваженнями (п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України) змінювати обсяг криміналізації поведінки особи. І це вже на кажучи про пов'язану з дотриманням вимог законодавчої техніки пропозицію (Є.М. Васілін, О.О. Дудоров, Р.О. Мовчан) видалити передбачену в ч. 2 примітки ст. 218-1 КК України відсилку до конкретного нормативно-правового акту (Закону «Про банки і банківську діяльність») з огляду на те, що така форма бланкетного способу викладення нормативного матеріалу може бути виправданою лише за умови стабільності, нехарактерної для вітчизняного (у цьому разі передусім банківського) законодавства.

Неодноразово погоджуючись із висловленими в юридичній літературі думками про доцільність конструювання складу злочину, передбаченого ст. 218-1 КК України, як формального і нормативного врахування тієї обставини, що шкода кредиторам, заподіяна в результаті доведення банку до неплатоспроможності, може бути сумарною (с. 145, 152, 153, 340 та ін.), дисертантка при формулюванні авторської редакції відповідної кримінально-правової заборони не бере до уваги ці теоретичні здобутки.

Підтримана А.М. Клочко пропозиція щодо встановлення кримінальної відповідальності за необережне доведення до банкрутства (с. 164, 340) трансформувалась у доволі спірну ідею доповнення КК України статтею «Службова недбалість у сфері банківської діяльності» (с. 521), яка (за винятком вказівки на спеціального суб'єкта – службову особу банку) механічно відтворює текст загальної кримінально-правової норми (ст. 367 КК України «Службова недбалість»). При цьому проігноровано те, що проблему криміналізації необережного доведення банку до неплатоспроможності як окремого господарського злочину в юридичній літературі вже всебічно розглянуто з отриманням аргументованих відповідей на низку взаємопов'язаних питань, а саме: чи потрібна окрема кримінально-правова норма про необережне доведення банку до неплатоспроможності;

якою має бути назва відповідної статті; який спосіб повинен бути використаний при конструюванні відповідної кримінально-правової заборони – абстрактний чи казуальний; відповідний склад злочину має бути сконструйований як формальний або матеріальний; які суб'єкти мають нести відповідальність за відповідні діяння (див.: Васілін Є.М. Зазначена праця. С. 189–206).

До слова згадана непослідовність характерна і для деяких інших пропозицій *de lege ferenda*, наведених у дисертації. Наприклад, критикуючи законодавця за невизначеність звороту «інша службова особа банку», вжитого в тексті ст. 220-1 КК України «Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності» (с. 31, 193), А.М. Клочко у змодельованій нею відповідній забороні відтворює це недосконале, на її думку, формулювання. Останнє, до речі, фігурує і в пропонованих до включення до КК України нормах про відповідальність за зловживання повноваженнями у сфері банківської діяльності і службову недбалість у сфері банківської діяльності (статтях 233-8 і 233-9, відповідно) (с. 520, 521).

Поділяючи точку зору, згідно з якою умисне порушення вимог законодавства про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення (ст. 209-1 КК України) має описуватись у вдосконаленому кримінальному законі як формальний склад злочину з уникненням при цьому оціночної ознаки «істотна шкода охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб» (с. 184), здобувачка не втілює цю конструктивну ідею в авторській редакції зазначеної кримінально-правової заборони (с. 523–524).

Заявивши, що побудова санкцій кримінально-правових норм про відповідальність за злочини у сфері банківської діяльності у дисертації не досліджуватиметься і будуть запропоновані лише доктринальні варіанти диспозицій відповідних норм (с. 340), здобувачка у розробленому нею модельному розділі «Кримінальні правопорушення у сфері банківської діяльності» (с. 515–524) все ж формулює і власні редакції санкцій. Оптимальність останніх, звичайно, не може не викликати запитань, бо справді питання пеналізації банківських злочинів у рецензованій праці не досліджувались.

Повертаючись до проблеми вдосконалення закону про кримінальну відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності, відзначу, що пані Аліна не помічає і, відповідно, не спростовує висловлений в юридичній літературі (Є.М. Васілін) і відмінний від обстоюваного нею підхід, згідно з яким оптимальною моделлю законодавчого забезпечення кримінально-правової протидії випадкам доведення банків до неплатоспроможності є встановлення відповідальності за це діяння в рамках загальної норми про доведення до банкрутства (ст. 219 КК України) з наступним виділенням у рамках останньої кваліфікуючої ознаки, яка б враховувала специфіку доведення до неплатоспроможності банків та інших, «прирівняних» до них суб'єктів господарювання (містоутворювальних, особливо небезпечних суб'єктів підприємницької діяльності, страховиків тощо). Сподіваюсь, що під час захисту А.М. Клочко дасть фахову оцінку наведеному підходу.

4. Дискусійними видаються висловлювання дисертантки щодо необхідності доповнення КК України окремою статтею «Шахрайство у сфері кредитування», в якій йтиметься про «викрадення грошових коштів позичальником у спосіб подання банку або іншому кредитору завідомо неправдивих і (або) недостовірних відомостей» (с. 363, 519).

Так, мені складно погодитись із здобувачкою у тому, що: розміщення ст. 190 «Шахрайство» у розділі Особливої частини КК України «Злочини проти власності», а ст. 222 «Шахрайство з фінансовими ресурсами» – у розділі «Злочини у сфері господарської діяльності» унеможливорює кримінальну відповідальність за «відносно поширені діяння, пов'язані зі спробами незаконно отримати кредит» (с. 70); за своїми об'єктивними та суб'єктивними ознаками шахрайство у сфері кредитування істотно відрізняється від складів злочинів «шахрайство» і «шахрайство з фінансовими ресурсами» (с. 344). Якихось переконливих аргументів на користь цих, на мій погляд, вельми спірних тверджень пані Альона у своїй роботі не наводить.

На с. 360 можна прочитати таке: «З об'єктивної сторони діяння незаконного одержання кредиту є подібним до шахрайства, проте при шахрайстві обман стосується різних обставин (щодо особи винного або предмета шахрайства), а при шахрайстві у сфері кредитування обман відбу-

вається способом надання банку завідомо неправдивих (або не повних) відомостей щодо потенційного позичальника».

Хочеться запитати у здобувачки: яким чином ця різниця може перешкодити інкримінуванню ст. 190 КК України, якщо у скоєному встановлені всі ознаки передбаченого нею складу (наразі кримінального правопорушення)? Адже ст. 190 КК України є, так би мовити, універсальною нормою, охоплюючи випадки побутового, професійного та економічного шахрайства. Цікаво, що далі жодних таких перешкод не вбачає і сама здобувачка, бо пише, що положеннями цієї статті КК України охоплюються не лише випадки привласнення кредитних ресурсів банківських установ, а й будь-які інші випадки привласнення коштів, отриманих обманним шляхом (с. 362).

Вважаю також за недоречне услід за дисертанткою вести мову про «криміналізацію шахрайства у сфері кредитування як злочину, вчинюваного у сфері банківської діяльності» (с. 155), оскільки поява нових кримінально-правових заборон не завжди означає криміналізацію у сенсі збільшення (розширення) обсягу поведінки, яка визнається кримінально-протиправною. Вочевидь, у цьому разі авторка мала б наголошувати на доцільності диференціації кримінальної відповідальності за «кредитне» шахрайство як різновид шахрайства, наводячи вагомі аргументи на користь підходу, реалізованого законодавцем деяких зарубіжних країн, коли той, рухаючись шляхом конструювання казуїстичних кримінально-правових заборон, виокремлює різновиди шахрайства у певних сферах. До слова таке ж безпідставне використання терміну «криміналізація» спостерігається і тоді, коли авторка веде мову про доцільність доповнення КК України статтею «Службова недбалість у сфері банківської діяльності» (с. 15, 382, 387 та ін.).

У тому, що «неправомірні дії в сфері банківської діяльності щодо кредитування» кваліфікуються у різний спосіб, здобувачка вбачає «очевидну суперечність, оскільки такі кваліфікації складають конкуренцію кримінально-правових норм, передбачених ст. 190 та 222 КК, якщо мова йде про злочин, вчинений відносно кредитних ресурсів банків» (с. 361).

Натомість я таку конкуренцію кримінально-правових норм вважаю виправданою: і в юридичній літературі, і в судовій практиці усталеним є заснований на чинному кримінальному законі підхід, згідно з яким при відмежуванні шахрайства як кримінального правопорушення проти власності від шахрайства з фінансовими ресурсами як кримінального правопорушення у сфері господарської діяльності слід насамперед враховувати спрямованість умислу винної особи та момент його виникнення. До речі, авторські формулювання ст. 233-5 «Шахрайство з фінансовими ресурсами» і ст. 233-7 «Шахрайство у сфері кредитування» (с. 517–519) згадану конкуренцію кримінально-правових норм не усувають, виходячи (треба так розуміти) з того, що її варто зберегти і надалі.

Щодо традиційного відтворення здобувачкою у тексті кримінально-правової заборони, присвяченої шахрайству з фінансовими ресурсами, словосполучення «у разі відсутності ознак злочину проти власності», то хотів би зауважити, що свого часу автором цих рядків вказане словосполучення пропонувалось замінити іншим зворотом – «без мети обернення їх на свою користь чи користь третіх осіб». Я виходив з того, що використання такого звороту чіткіше вказуватиме на те, що на момент вчинення шахрайства з фінансовими ресурсами у винного був відсутній умисел безоплатно і назавжди отримати субсидію, субвенцію, дотацію або кредит, які він одержує шляхом введення в оману відповідних адресатів, а отже, буде однозначно закріплено, за якою ознакою цей господарський злочин слід відмежовувати від суміжних складів злочинів (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України: Злочини проти власності / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 157–158).

Бажано, щоб під час захисту А.М. Ключко висловила своє ставлення до зазначеної доктринальної пропозиції, як і до пропозиції (О.О. Дудоров, В.Р. Мойсик та ін.) виключити зі статті КК України про відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами згадування про пільгу щодо податків. Річ у тім, що втілена у чинних редакціях ст. 212 і ст. 222 КК України диференціація кримінальної відповідальності за пов'язані з використанням податкових пільг зловживання платників податків (їхніх службових осіб) є невиправданою. Ця невиправданість, на яку пані Альона не зважає та яка зумовлена, серед іншого, економічно некоректним визнанням пільги щодо податків різновидом фінансових ресурсів, полягає у закріпленій у зазначених статтях КК України неузгодженості параметрів суспільно небезпечних наслідків у вигляді несплачених податків,

різниці у санкціях та у відсутності уніфікованої термінології для позначення предмета фактично однакових за суспільною небезпекою та юридичною природою кримінально-протиправних порушень податкового законодавства.

5. Серед інших на захист висувається положення про помилковість декриміналізації суспільно небезпечного діяння, передбаченого ст. 202 КК України «Порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг», на тій підставі, що така декриміналізація «відбулася без запровадження альтернативних заходів протидії відповідним правопорушенням, що створило прогалину у законодавстві України у частині захисту банківської діяльності в Україні» (с. 13). Із посиланням на автореферат кандидатської дисертації Є.Ф. Бобонича (джерело під номером 27) вказується на існування в «кримінальному законодавстві окремих держав Західної Європи, США, країн Балтії та СНД» відповідальності за порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг. Стверджується також, що в умовах кризи в банківській сфері згадана кримінально-правова заборона могла б відіграти суспільно-корисну роль (с. 49–50). З приводу наведених міркувань дисертантки хотів би зауважити таке.

Якщо декриміналізація діяння, забороненого виключеною у 2011 р. ст. 202 КК України, була помилковою, і наразі має місце прогалина в кримінально-правовому регулюванні певних суспільних відносин, то чому в розробленому А.М. Ключко модельному розділі VII-1 Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення у сфері банківської діяльності» відсутній аналог такої заборони (щонайменше в тій частині, яка стосується сфери банківської діяльності) на кшталт ст. 174 КК КНР, яка карає, зокрема, за самовільне створення банку чи іншої фінансової структури (с. 78)? Отже, критика здобувачки на адресу вітчизняного законодавця (на мій погляд, у цьому разі частково виправдана) не виглядає конструктивною.

За наявності ст. 166-8 КУпАП «Порушення порядку зайняття діяльністю з надання фінансових послуг», яка передбачає відповідальність у тому числі за здійснення банківської діяльності, банківських операцій або іншої діяльності з надання фінансових послуг без набуття статусу фінансової установи чи без належного спеціального дозволу (ліцензії), точніше вести мову не про відсутність альтернативних заходів протидії відповідним правопорушенням, як це робить дисертантка, а про недостатність (неефективність тощо) таких альтернативних заходів.

Висловлю сумнів і в коректності розміщення аналізованого теоретичного положення в рубриці наукової новизни «вперше». Річ у тім, що в юридичній літературі ще в 2012 р. констатувалась нелогічність вилучення з КК України норм про відповідальність за порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг (ст. 202) і зайняття забороненими видами господарської діяльності (ст. 203), які є загальними щодо інших норм, залишених у структурі розділу VII Особливої частини КК України (статті 203-1, 203-2, 204, 213). Зокрема, зазначалось, що суспільна небезпека незаконних операцій з металобрухтом на порядок є нижчою від суспільної небезпеки, наприклад, діяльності з надання фінансових послуг чи професійної діяльності на ринку цінних паперів без отримання спеціального дозволу чи набуття статусу фінансової установи (див.: Кримінальне право України (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т. 1. Луганськ: вид-во «Елтон – 2», 2012. С. 447).

У 2017 р. автор цих рядків разом із Р.О. Мовчаном і В.Б. Дацюком у контексті наявної та перспективної кримінально-правової оцінки зловживань, пов'язаних із створенням фінансових пірамід, писав про неправильність декриміналізації діянь, раніше передбачених статтями 202, 218, 220, 221, 223 КК України, шляхом механічного переведення описаних у них діянь у статус адміністративних проступків. Відзначалось, зокрема, те, що сама по собі відсутність практики застосування певної кримінально-правової норми не є підставою для декриміналізації описаного в ній діяння, адже в такому випадку законодавець нехтує ознакою латентності, характерною для значної частини злочинів у сфері господарської діяльності. Ми висловились за рекриміналізацію порушення порядку зайняття діяльністю з надання фінансових послуг, зазначаючи при цьому, що законодавцю варто надати перевагу використанню узагальненого формулювання, узгодженого з понятійним апаратом регулятивного законодавства, наприклад, такого: надання фінансових послуг без набуття статусу фінансової установи та/або спеціального дозволу, одержання якого передбачено законодавством (див.: Мовчан Р.О., Дудоров О.О., Дацюк В.Б. Кримінально-право-

ва протидія створенню фінансових пірамід в Україні: сучасний стан і перспективи вдосконалення. Юридичний електронний науковий журнал. 2017. № 2. С. 108–127).

Вимушений привернути увагу і до того, що аргументація здобувачки на користь обстоюваної нею тези про помилковість декриміналізації порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг носить фрагментарний та однобічний характер. Питання про роль відповідної кримінально-правової заборони в системі засобів із детінізації національної економіки насправді є набагато складнішим, ніж це впливає з міркувань пані Альони. Так, не є секретом, що для значної частини працездатного населення України тіньова економіка є сферою докладання зусиль і, відповідно, джерелом матеріального благополуччя. У кримінологічній літературі з цього приводу можна навіть прочитати про появу в нашому суспільстві верстви «вимушених підприємців» і про те, що незареєстрований сектор ринку, охоплюючи виробництво, торгівлю і сферу послуг, виконує функцію соціального амортизатора.

Тому і не дивно, що необхідність існування кримінальної відповідальності за порушення порядку зайняття господарською діяльністю та діяльністю з надання фінансових послуг або принаймні за окремі різновиди цього господарського злочину (за наявності в КК України ст. 202) не була очевидною для частини вітчизняних дослідників, переконаних у тому, що на правопорушення, які супроводжуються не заподіянням шкоди правохоронюваним інтересам, а отриманням доходу, варто було реагувати за допомогою не кримінально-правових, а адміністративно-правових, господарсько-правових та (чи) фінансово-правових засобів. Наприклад, особисто для мене була сумнівною позиція нашого законодавця, який у ст. 202 КК України надавав однакового кваліфікуючого значення факту відсутності державної реєстрації суб'єкта підприємництва, факту відсутності ліцензії на певний вид господарської діяльності і факту порушення ліцензійних умов (стосуються кваліфікаційних вимог до працівників суб'єктів господарювання, їхньої матеріально-технічної бази тощо).

І нарешті про відповідний зарубіжний досвід. Цікаво, що Є.Ф. Бобонич, на кваліфікаційну працю якого посилається А.М. Ключко, насправді встановив, що в кримінальному законодавстві багатьох держав (причому як представниць романо-германської правової системи, так й інших) аналоги ст. 202 КК України відсутні (див.: 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: 12.00.08. Київ, 2009. С. 23). У відгуку офіційного опонента на вказану дисертацію я свого часу зауважив, що її автор цей красномовний факт жодним чином не пояснив. Однак це варто було зробити в аспекті висвітлення проблеми соціальної обумовленості досліджуваної кримінально-правової заборони і визначення її перспектив у системі засобів захисту належного функціонування ринкової економіки.

6. Вкажу і на деякі інші прогалини, пов'язані з опрацюванням джерельної бази, що стосується обраної теми.

Так, поза увагою А.М. Ключко залишились щонайменше дві роботи монографічного рівня, безпосередньо присвячені кримінально-правовим аспектам банківської злочинності. Маю на увазі кандидатські дисертації Н.В. Шаргородської та Ю.В. Ключик. До речі, у першій із згаданих кваліфікаційних робіт містяться співзвучні викладеним у дисертації А.М. Ключко положення, фахова оцінка яких була б у цьому разі вельми доречною, а саме: визначено банківську систему як окремих видовой об'єкт кримінально-правової охорони; обґрунтовано необхідність виділення серед злочинів у сфері господарської діяльності окремої класифікаційної групи – злочинів у банківській системі; сформульовано поняття таких злочинів та їхні ознаки.

При визначенні перспектив кримінально-правових норм про відповідальність за порушення порядку поведінки з банківською таємницею бажано було звернутись до «наскрізної» дисертації Т.Ю. Вислоцької. До речі, виступаючи за виокремлення кримінально-протиправних дій із банківською таємницею від подібних дій із комерційною таємницею, А.М. Ключко не згадала того, що свого часу подібну ідею висунув та обґрунтував В.Б. Харченко. Цей науковець писав: «Комерційна таємниця є відокремленим видом конфіденційної інформації, що віднесена до об'єктів права інтелектуальної власності, і як такий об'єкт виступає предметом злочину у сфері інтелектуальної власності, що виключає її кримінально-правовий захист однією нормою із банківською таємницею, яка не є і не може бути об'єктом наведених відносин» (див.: Харченко В.Б.

Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні. Харків: ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2011. С. 423).

Здобувачка посилається на «Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України» (за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 3-тє вид., перероб. та допов. Київ: Атіка, 2003. 1056 с.) (номер 372 у списку використаних джерел), однак у контексті розкриття обраної теми варто було критично оцінити відповідні положення чергового перевидання цієї книги. Адже саме у ньому наведені коментарі автора цих рядків до нових кримінально-правових заборон, безпосередньо присвячених злочинам у сфері банківської діяльності, зокрема до: ст. 218-1 «Доведення банку до неплатоспроможності»; ст. 220-1 «Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності»; ст. 220-2 «Фальсифікація фінансових документів та звітності фінансової організації, приховування неплатоспроможності фінансової установи або підстав для відкликання (анулювання) ліцензії фінансової установи».

Оскільки авторка в аспекті висвітлення шляхів протидії злочинам у сфері банківської діяльності торкається і проблематики застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, зазначу, що в Україні, крім праці, належної перу В.К. Грищука та О.Ф. Пасеці (номер 74 у списку використаних джерел), видано ще декілька монографічних робіт із цієї проблематики (див.: Михайлов О.О. Юридична особа як суб'єкт злочину: іноземний досвід та перспективи його застосування в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2008. 16 с.; Куц В.М., Сотніченко В.С. Юридична особа як об'єкт застосування кримінально-правових заходів : моногр. Київ: Національна академія прокуратури України, 2017. 250 с.; Провоторов О.П. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичної особи як інститут кримінального права України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2019. 19 с.), відсутність звернення до яких змушує вкотре вести мову про недостатню увагу пані Альони до здобутків попередників.

Аналізуючи шахрайство з використанням електронних засобів платежу або платіжних пристроїв (с. 344–350), здобувачка не звертається до коментаря до ст. 190 КК України (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України: Злочини проти власності / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 146–151), в якому на достатньо фаховому, як на мене, рівні розкриваються особливості кримінально-правової характеристики шахрайства, вчиненого шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки.

Замість заявленого у назві підрозділу 1.1 з'ясування стану дослідження в науці проблеми кримінально-правової охорони сфери банківської діяльності в Україні у цій структурній частині дисертації розкриваються особливості методології проведеного дослідження.

**Відгук на докторську дисертацію О.В. Ус
«Кваліфікація в кримінальному праві України»⁵⁶**

Кримінально-правова кваліфікація традиційно вважається одним із найбільш відповідальних етапів (проявів, різновидів) застосування кримінально-правових норм, інструментарієм, який «оживляє» кримінальний закон і трансформує нормативне у правозастосовне. За всієї очевидності, по-перше, тієї обставини, що нюанси і тонкощі кримінально-правової кваліфікації значною мірою втрачають сенс, якщо за вчинене кримінальне правопорушення не призначається справедливе покарання або воно не виконується (виконується неналежним чином), і, по-друге, неприпустимості (штучності) розриву між кваліфікацією кримінально значущої поведінки і визначенням її кримінально-правових наслідків, ні в кого не викликає сумнівів те, що саме правильна, виважена кримінально-правова кваліфікація, займаючи у застосуванні закону України про кримінальну відповідальність чільне (наріжне) місце, створює належне підґрунтя для обрання справедливої, адекватної міри кримінально-правового впливу, пов'язана із забезпеченням конституційних прав і свобод людини і громадянина, є умовою належного застосування норм кримінального процесуального та кримінально-виконавчого законодавства, сприяє реалізації завдань кримінально-правової політики держави, має важливе кримінологічне і криміналістичне значення.

Не дивлячись на належність наукового вчення про кримінально-правову кваліфікацію до числа активно досліджуваних у вітчизняній юридичній літературі (праці П.П. Андрушка, Ю.В. Бауліна, Ф.Г. Бурчака, Л.П. Брич, К.П. Задой, Ю.І. Іваніної, М.Й. Коржанського, В.В. Кузнецова, О.К. Маріна, Т.М. Марітчака, В.О. Навроцького, М.І. Панова, О.П. Рябчинської, А.В. Савченка, С.А. Тарарухіна, С.Д. Шапченка та ін.), чимало аспектів цього вчення продовжують залишатись дискусійними – починаючи від поняття й обсягу поняття кримінально-правової кваліфікації, її співвідношення з іншими (порівнюваними) кримінально-правовими явищами, об'єкта і предмета кваліфікації злочинів, що має кримінально-правовий і кримінально-процесуальний характер, розмежування передумов, підстав та етапів кримінально-правової кваліфікації, співвідношення між колізією правових норм та їх конкуренцією, методологічних засад кримінально-правової кваліфікації і завершуючи колом і змістом її принципів і правил, а також доречністю законодавчого відображення (закріплення) останніх.

Так, у Книзі 2 «Злочин» розміщеного для публічного обговорення проекту Загальної частини нового КК України виокремлюється розділ 2.8 «Кримінально-правова кваліфікація», ознайомлення з яким спонукало автора цих рядків та Є.О. Письменського, залучених до рецензування згаданого документа, висловити низку застережень як змістовного, так і технічного характеру.

На те, що вчення про кримінально-правову кваліфікацію (незважаючи на позначену наукову активність) не може вважатись розробленим остаточно, вказують і самокритичні висловлювання одного з його вітчизняних фундаторів – В.О. Навроцького про: недоведеність існування окремої, самостійної наукової теорії (теорії кримінально-правової кваліфікації) і потреби у ній; невизначеність її структури і місця в системі юридичної науки; нерідке ігнорування правозастосувачами відповідних теоретичних здобутків; недостатнє висвітлення колізій між матеріально-процесуальними і процесуальними аспектами кримінально-правової кваліфікації тощо (див.: Навроцький В.О. Суперечності, прогалини та дискусійні положення сучасної теорії кримінально-правової кваліфікації. Теорія кримінально-правової кваліфікації як феномен кримінально-правової доктрини: тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції, 16 січня 2016 р., м. Львів. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2016. С. 120–129).

Актуальності обраній темі додають: по-перше, поступова зміна концепту джерельного монізму кримінального права України на джерельний плюралізм і пов'язане з цим зростання ролі у застосуванні кримінально-правових норм правових позицій Верховного Суду та ЄСПЛ; по-друге, потреба осмислення кримінально-правового значення конституційного положення про керування суддею при здійсненні правосуддя верховенством права; по-третє, розповсюдженість кваліфікаційних помилок, що актуалізує пошук відповідних запобіжників і підтверджується як осо-

⁵⁶ Захист відбувся у Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого 29 жовтня 2020 р.

бистими спостереженнями офіційного опонента, так і зверненням до даних судової статистики. Так, протягом 2019 р. через неправильне застосування закону про кримінальну відповідальність в апеляційному порядку скасовано вироки стосовно 1,1 тис. (у 2018 р. – також щодо 1,1 тис.) осіб; їхня частка від кількості осіб, щодо яких вироки в апеляційному порядку скасовано, становила 24,9 % (у 2018 р. – 24,2 %). Зі зміною правової кваліфікації кримінального правопорушення і застосуванням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність про менш тяжке кримінальне правопорушення змінено вироки стосовно 163 (у 2018 р. – 121) осіб, або 5,3 % (у 2018 р. – 3,9 %) від загальної кількості осіб, щодо яких змінено вирок. Протягом 2019 р. збільшилась як кількість, так і частка осіб, стосовно яких у касаційному порядку скасовано судові рішення через неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність. Так, судові рішення скасовано стосовно 135 (у 2018 – 85) осіб, або 9 % (у 2018 – 7,5 %) серед загальної кількості тих, щодо яких скасовано судові рішення (див.: Аналіз стану здійснення правосуддя у кримінальних провадженнях та справах про адміністративні правопорушення у 2019 році. Опрацьовано статистичні дані Державної судової адміністрації України, Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства юстиції України, Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Київ: Верховний Суд, 2019. С. 19–20, 25–26).

Зауваження.

1. Не всі міркування авторки з приводу суті кримінально-правового впливу та його співвідношення із кваліфікацією у кримінальному праві можуть бути підтримані.

Так, пропонуване визначення поняття кримінально-правового впливу (с. 12, 393) навряд чи може розраховувати на універсальність, оскільки не охоплює реакцію держави, зокрема, на поведінку того, хто не порушив кримінально-правову заборону, а вчинив діяння за наявності обставини, що виключає його кримінальну протиправність. У цьому сенсі пригадується віднесення Н.А. Орловською до об'єктів кримінально-правового впливу (не на загальносоціальному, а на спеціальному рівні): будь-яких порушень кримінально-правових заборон, а не лише вчинення злочинів; вчинення дій, які дозволяє кримінальний закон (наприклад, необхідна оборона); вчинення позитивних дій на посткримінальній стадії; виконання правозастосувачами зобов'язальних приписів (див.: Орловська Н. Актуальні питання меж кримінально-правового впливу. Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2014. Вип. 59. С. 322).

З іншого боку, викликає заперечення теза пані Ольги про визнання кваліфікації «структурним елементом» кримінально-правового впливу (с. 12, 77, 79, 87, 88, 110). Правильність цієї тези спростовується, як видається, висловлюваннями самої дисертантки про те, що: суттю кваліфікації у кримінальному праві є кримінально-правова оцінка кримінального юридичного факту з метою забезпечення кримінально-правового впливу на того, хто вчинив кримінально значиме діяння (с. 94, 394); вирішенню питання про застосування заходів кримінально-правового впливу передують «прийняття рішення та видання акта кваліфікації» (с. 86); кримінально-правовий вплив можливий «виключно на підставі юридичної оцінки виявленого юридичного факту – кваліфікації» (с. 101); застосування заходів кримінально-правового впливу є результатом кваліфікації (с. 55); помилку у кваліфікації кримінального правопорушення слід відрізнити від помилки у застосуванні заходів кримінально-правового впливу (с. 245); кримінально-правова кваліфікація поведінки як негативної є підставою для скасування або унеможливлення застосування відповідних заохочувальних кримінально-правових норм та інститутів (с. 377).

Визнавши кримінально-правову кваліфікацію складовою кримінально-правового впливу, здобувачка не лише штучно розширила поняття останнього, а й фактично проігнорувала здобутки вітчизняних вчених (Н.А. Орловська, О.В. Козаченко, М.І. Хавронюк, А.М. Ященко та ін.), які у тому числі на рівні докторських дисертацій плідно розробляли концепцію багатокількісності заходів кримінально-правового характеру (впливу).

Твердження авторки про те, що реакція держави на вчинення кримінально значимого діяння включає в себе (поряд із забезпечувальним) відновлювальний елемент у вигляді застосування заходів кримінально-правового впливу (с. 77–78, 79, 86, 87 та ін.), не враховує того, що кримінально-правова кваліфікація того чи іншого вчинку людини може і не супроводжуватись за-

стосуванням заходів кримінально-правового впливу (наприклад, має місце малозначне діяння або суспільно небезпечне діяння неосудної особи або особи, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність, яке (діяння) може і не тягнути застосування примусових заходів, відповідно, медичного або виховного характеру).

2. Окремі висловлювання дисертантки видаються суперечливими або недостатньо обґрунтованими, у зв'язку з чим її позиція щодо певних аспектів вчення про кримінально-правову кваліфікацію потребує уточнення та (або) додаткової аргументації під час захисту.

Зокрема, з авторського визначення поняття кваліфікації у кримінальному праві та інших міркувань здобувачки (с. 11, 26, 38, 77, 201, 394) недвозначно випливає, що відповідну оціночно-пізнавальну діяльність вправі здійснювати лише правоохоронні органи та суд. Водночас пані Ольга не відкидає існування й неофіційної кримінально-правової кваліфікації, поділяючи останню на доктринальну (наукову), процесуальну і побутову (с. 105, 202–203, 395), – при тому, що така оцінка має місце явно не в «межах кримінально-правових відносин забезпечувального характеру».

На одних сторінках дисертації (зокрема, с. 11, 43–56, 84, 100, 392) юридичною підставою кваліфікації у кримінальному праві називається «кримінально-правове регулювання» у той час, як на інших (наприклад, с. 162, 208, 211, 329, 398) – склад кримінального значимого діяння (зокрема, «традиційний» склад кримінального правопорушення) і навіть «встановлення у вчиненому суб'єкті складу кримінального правопорушення, передбаченого цим Кодексом» (с. 401).

Якщо спочатку (с. 72–73, 77, 87) виникнення кримінально-правових відносин авторка пов'язується не лише з настанням, а й *виявленням* «кримінального юридичного факту» (цікаво, до речі, як із цією тезою узгоджується закріплений у ст. 49 КК України підхід, згідно з яким строки давності починають спливати з дня вчинення особою кримінального правопорушення), то згодом (с. 368, 388) – із днем *вчинення* кримінального правопорушення (про його виявлення вже не йдеться). Із визначення поняття кримінально-правового впливу (с. 12, 393) також випливає, що моментом виникнення (складання) кримінально-правових відносин між державою та особою є момент порушення нею кримінально-правової заборони.

За своєю назвою зміст розділу 4 мав би охоплювати і положення розділу 3. Адже в юридичній науці поняття кримінально-правової кваліфікації зазвичай розуміється максимально широко, фактично ототожнюючись із кваліфікацією у кримінальному праві, яка, своєю чергою, утворює предмет дисертаційного дослідження. Зрозуміло, що це особлива авторська позиція, але чи варто її було класти в основу побудови структури дисертації і, тим більше, пропонувати закріпити в тексті КК України?

Не зовсім зрозумілим є класифікаційний критерій, за яким правила кваліфікації кримінальних правопорушень здобувачка поділяє на *загальні* (кримінальні правопорушення з альтернативними, оціночними, бланкетними ознаками, основними кваліфікуючими або привілейованими ознаками, з матеріальним та формальним складом; залежно від форми вини складу кримінального правопорушення, видів умислу, його спрямованості та його трансформації; при конкуренції мотивів і цілей; при конкуренції кримінально-правових норм тощо) та *спеціальні* (незакінчене кримінальне правопорушення, кримінальне правопорушення, вчинене у співучасті, множинність тощо) (с. 330, 397).

3. Зауваження викликають й окремі формулювання наукової новизни.

Так, включення в рубрику «уперше» (с. 10) положення про те, що кваліфікація у кримінальному праві як родове поняття охоплює три групи кримінально-правових оцінок (кримінального правопорушення; діяння, що не є кримінально протиправним, але має кримінально-правове значення; посткримінальної поведінки) не узгоджується ні з висловлюваннями самої дисертантки про відповідний доробок В.О. Навроцького («... дослідив питання кваліфікації діянь, вчинених за обставин, що усувають їх злочинність; кваліфікації посткримінальної поведінки; кваліфікації діянь, вчинених за відсутності ознак складу злочину» (с. 97–98)), ні з усталеними в юридичній літературі України положеннями про те, що кваліфікація злочинів є основним, але не єдиним різновидом кримінально-правової кваліфікації, й охопленням ширшим поняттям останньої, зокрема, кваліфікації малозначного діяння, поведінки неосудної особи та особи, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність, кваліфікації поведінки як незлочинної за наявності

обставин, що виключають злочинність діяння (див.: Кваліфікація злочинів: навч. посіб. / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Київ: Істина, 2010. С. 14; Шапченко С.Д. Кваліфікація злочинів як соціально-правове явище: основні юридичні аспекти. Альманах кримінального права: збірник статей / відп. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. 2009. Вип 1. С. 418; Іваніна Ю.В. Підстави кримінально-правової кваліфікації: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Запоріжжя, 2018. С. 23, 186).

Так само складно визнати новаторським (а отже, викликає сумнів доречність включення у рубрику наукової новизни «уперше») положення про те, що «кваліфікація в кримінальному праві становить базовий самостійний, системний, складний, багаторівневий інструментарій правозастосування і являє собою систему алгоритмів та правил, які структурно об'єднані між собою та покликані забезпечити правильну кримінально-правову оцінку вчиненого» (с. 10).

Авторка у науковій новизні стверджує і про те, що вона «на основі використання системного, функціонального та психологічного підходів до наукового пізнання здійснила комплексне дослідження кваліфікації в кримінальному праві як основного фундаментального етапу застосування кримінального законодавства; обґрунтувала, що кваліфікація є складною, багатоаспектною, логіко-емпіричною, функціональною, пізнавальною діяльністю, яка характеризується як динамікою, так і статикою, і становить відповідну процедуру, що визначається як багатозначністю самого терміна «кваліфікація», так і різноманітністю її проявів...» (с. 10).

По-перше, вказівка на здійснення дослідження у змісті наукової новизни виглядає щонайменше некоректно. Бо наукова новизна, як відомо, – це не про те, що здійснено, а про те, що вдалось здобути в результаті відповідного процесу. По-друге, а вдалось встановити, що кваліфікація – це етап застосування законодавства, вид діяльності, який водночас характеризується як динамікою, так і статикою. Як видається, у цьому разі невиправдано змішуються два різні правові поняття кваліфікації, які свого часу обґрунтовано розмежував В.О. Навроцький: кримінально-правова кваліфікація як діяльність (динаміка) і кримінально-правова кваліфікація як результат цієї діяльності (статика).

4. Вимушений констатувати і деякі вади в частині опрацювання джерельної бази, яка стосується обраної теми.

Так, з огляду на те, що у 2018 р. у м. Запоріжжі (Класичний приватний університет) Ю.В. Іваніною було захищено кандидатську дисертацію «Підстави кримінально-правової кваліфікації», твердження здобувачки про те, що «в Україні наявне лише одне монографічне дослідження, присвячене проблемам кваліфікації» (с. 25), не відповідає дійсності. З авторкою згаданої наукової кваліфікаційної роботи пані Ольга мала б провести предметну дискусію.

Так само (бо дисертантка займає інші позиції з низки важливих питань, які стосуються характеристики кримінально-правової кваліфікації) очікував (як виявилось, дарма), що вона оцінить і спростує підходи своїх наукових опонентів. Йдеться, зокрема, про точки зору: Ю.В. Бауліна, який не відносить до кримінально-правової кваліфікації кваліфікацію діяння як незлочинного (малозначного, за наявності обставини, що виключає злочинність діяння, тощо) – навіть при тому, що така кваліфікація здійснюється із застосуванням статей закону України про кримінальну відповідальність (див.: Правова система України: історія, стан та перспективи: У 5 т. Т. 5: Кримінально-правові науки. Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / за заг. ред. В. В. Сташиса. Харків: Право, 2008. С. 414, 417); П.П. Андрушка і С.Д. Шапченка, які, розрізняючи кваліфікацію, що має кримінально-правовий і кримінально-процесуальний характер (значення), переконані в тому, що кваліфікацію кримінального правопорушення як етап застосування кримінально-правових норм здійснює саме і лише суд (див.: Андрушко П.П. Кваліфікація злочинів: поняття та види. Вісник прокуратури. 2003. № 12. С. 48–55; Андрушко П.П. Зміна кримінально-правової кваліфікації (правової кваліфікації кримінального правопорушення) у кримінальному провадженні. Вісник Верховного Суду України. 2013. № 1. С. 31; Шапченко С.Д. Кваліфікація злочинів як соціально-правове явище: основні юридичні аспекти. Альманах кримінального права: збірник статей / відп. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. 2009. Вип 1. С. 421–422; Шапченко С.Д. Окремі проблеми кваліфікації злочинів у науці кримінального права. Теорія кримінально-правової кваліфікації як феномен кримінально-правової доктрини: тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції, 16 січня 2016 р., м. Львів. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2016. С. 187–188).

Висвітлюючи проблему кваліфікації малозначного діяння (с. 344–350), здобувачка не помічає ні значущу в аспекті забезпечення однаковості правозастосування постанову Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 24 грудня 2015 р. (справа № 5-221к15), в якій сформульовано сприйнятий згодом у низці рішень ККС у складі Верховного Суду правовий висновок про застосування ч. 2 ст. 11 КК України, ні монографічну працю М.Р. Рудковської, в якій проблема малозначності у кримінальному праві розглядається на високому теоретичному рівні (див.: Рудковська М.Р. Суспільна небезпека як ознака поняття злочину: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2017. 187 с.).

При розгляді питання про вплив фактичної помилки на кваліфікацію кримінального правопорушення (с. 246–252, 334–336) дисертантка залишила поза своєю увагою наукову кваліфікаційну роботу А.В. Айдинян, в якій, серед іншого, сформульовані авторські правозастосовні орієнтири щодо найбільш розповсюджених на практиці проблемних ситуацій, які включають фактичну помилку. Йдеться про помилки стосовно: віку особи, потерпілої від зґвалтування, насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом і втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність; перебування потерпілої від вбивства в стані вагітності; розвитку причинного зв'язку при заподіянні особі смерті; наявності обставин, що пом'якшують або обтяжують покарання (див.: Айдинян А.В. Фактична помилка у кримінальному праві: основні теоретичні та практичні аспекти: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2016. 321 с.). Цілком очевидно і те, що формулюванню здобувачкою проєкту статті КК України «Кваліфікація кримінального правопорушення, вчиненого за наявності помилки суб'єкта кримінального правопорушення» (с. 402–405) повинні були передувати фаховий аналіз і, вочевидь, часткове спростування розробленої А.В. Айдинян наукової моделі регулювання фактичної помилки, яка включає в себе: 1) загальні положення щодо фактичної помилки; 2) конкретні положення щодо фактичної помилки, які стосуються окремих ситуацій; 3) узгодження різних нормативних положень між собою.

5. Дисертантка є послідовною прибічницею ідеї законодавчої регламентації системи правил кваліфікації у межах самостійного розділу Загальної частини КК України. Серед іншого, наголошується на тому, що правила кваліфікації на законодавчому рівні мають бути сформульовані таким чином, щоб забезпечувати правильну кримінально-правову оцінку навіть за наявності у кримінально-правовому регулюванні техніко-юридичних вад (с. 4, 7, 150, 157, 161, 171, 174, 397). Як вже зазначалось, подібна ідея знайшла втілення у наданому для публічного обговорення проєкті Загальної частини нового КК України. З приводу цієї ідеї та її змістовного наповнення, запропонованого у дисертації (с. 400–410), хотів би поставити для обговорення такі питання.

Чи доречно кримінальний закон перетворювати значною мірою у коментар до нього або підручник із кримінального права? Зокрема, у чому сенс насичення відповідного нормативного матеріалу, так би мовити, зайвою інформацією, його перевантаження? Хіба хтось сумнівається, наприклад, у тому, що «Кваліфікація кримінального правопорушення здійснюється за елементами (їх ознаками) складу кримінального правопорушення» або в тому, що «Результат кваліфікації кримінального правопорушення підлягає процесуальному закріпленню у порядку та формі, передбачених законом» (с. 410)?

Якщо у відповідних законодавчих настановах (щодо кваліфікації незакінченого кримінального правопорушення, кримінального правопорушення, вчиненого за наявності помилки або у співучасті, повторності, сукупності або рецидиву кримінальних правопорушень, діяння, вчиненого за наявності обставини, що виключає його кримінальну протиправність, тощо) насправді є потреба, то чи не варто розміщувати ці настанови (передусім з погляду зручності правозастосування і задля недопущення неузгодженостей, зокрема термінологічних), відповідно, у розділах III, V, VI, VII і VIII Загальної частини чинного КК України?

Якщо регламентацію кримінально-правових відносин пов'язувати із досягненням передусім такого соціального результату, як *забезпечення справедливості*, як на цьому неодноразово і цілком слушно акцентує увагу здобувачка, то чи не слід обмежитись законодавчим закріпленням не правил (вони мають залишатись рухливими), а принципів кримінально-правової кваліфікації, узгоджених із принципами кримінального закону, текстуально відображеними у КК України? У цьому сенсі показовим є висловлювання В.О. Навроцького про необхідність визначення по-новому значення кримінально-правової кваліфікації під кутом зору верховенства права, існування

«неправових» законів та інших нормативно-правових актів, розширення меж диспозитивності у правозастосуванні тощо. На перший план виходять досягнення справедливості та забезпечення прав людини, а не формальне виконання вимог закону. І тут теорія кваліфікації з її категорично сформульованими правилами стає на заваді вільному, здійсненому на догоду абстрактно сформульованим нормам про права людини і часом неоднозначній практиці ЄСПЛ, застосуванню кримінального закону (див.: Навроцький В.О. Суперечності, прогалини та дискусійні положення сучасної теорії кримінально-правової кваліфікації. Теорія кримінально-правової кваліфікації як феномен кримінально-правової доктрини: тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції, 16 січня 2016 р., м. Львів. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2016. С. 123–124).

Проілюструю небезпідставність наведених вище міркувань за допомогою звернення до конкретної правозастосовної ситуації. Готуючи у відповідь на звернення одного із суддів Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду науковий висновок щодо кваліфікації дій медичного працівника (лікаря-анестезіолога), який через неналежне виконання своїх професійних обов'язків спричинив смерть двом пацієнтам, один з яких був неповнолітнім, я разом із членом Науково-консультативної ради при Верховному Суді Є.О. Письменським констатував існування проблеми, яка полягає в тому, що законодавець при конструюванні кримінально-правової заборони, присвяченої неналежному виконанню професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст. 140 КК України), помилково відмовився від диференціації кримінальної відповідальності за настання тяжких наслідків залежно від кількості потерпілих.

Водночас ми вирішили, що з'ясовану нормативну ваду можна і варто долати шляхом здійснення інтерпретації кримінального закону, яка ґрунтується на застосуванні принципу верховенства права (ст. 129 Конституції України). У зв'язку з цим нами були запропоновані два варіанти кримінально-правової оцінки вчиненого, кожен з яких дозволяє щонайменше запобігти порушенню конституційного принципу *non bis in idem*. Зокрема, діяння засудженого, на нашу думку, можна було кваліфікувати за ч. 2 ст. 119 КК України, яка передбачає відповідальність за вбивство двох або більше осіб, вчинене через необережність. Хоча при цьому порушуватимуться усталені доктринальні правила кримінально-правової кваліфікації злочинів при конкуренції загальної та спеціальної норм, такий підхід ми визнали більш правильним саме з позиції забезпечення принципів верховенства права і справедливості, адже санкція ч. 2 ст. 140 є невинуватою навіть за санкцію ч. 1 ст. 119 КК України. Фактично включивши до КК України ст. 140, законодавець безпідставно створив привілейований склад злочину, не взявши до уваги те, що до медичних працівників, на професійність і порядність розраховують ті, хто звертається за медичною допомогою, повинні висуватись підвищені вимоги стосовно захисту життя і здоров'я та, як наслідок, на них має покладатись суворіша кримінальна відповідальність за вчинення професійних злочинів проти життя і здоров'я людини. Насамкінець ми написали, що розглянута ситуація є зайвим аргументом на користь недоцільності законодавчого закріплення, здавалося б, безспірних постулатів у вигляді розроблених наукою правил кримінально-правової кваліфікації (при тому, що її принципи вкупі з принципами кримінального закону, вочевидь, мали б знаходити відбиття в оновленому КК України).

Повертаючись до наведеної у рецензованій дисертації моделі розділу Загальної частини КК України «Кваліфікація», відзначу, що деякі пропозиції *de lege ferenda* викликають заперечення. Зокрема, авторкою пропонується законодавчо закріпити таке правило: «Якщо вчинене суб'єктом кримінальне правопорушення містить декілька кваліфікуючих ознак, що передбачені різними частинами статті Особливої частини цього Кодексу, кваліфікація здійснюється за частиною статті, що передбачає більш тяжке кримінальне правопорушення, а саме за частиною статті Особливої частини цього Кодексу з більшим порядковим номером» (с. 402). Проте наразі більший порядковий номер частини статті КК України не завжди свідчить про наявність більш тяжкого кримінального правопорушення.

Відгук на докторську дисертацію І.В. Берднік «Кримінально-правова охорона водних ресурсів»⁵⁷

У нормах Конституції України закріплено засадничі положення про те, що: кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля (ст. 50); забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України є обов'язком держави (ст. 16). Незважаючи на наявність цих конституційних імперативів, ситуацію, що склалась наразі у сфері охорони довкілля в Україні, є підстави визнати критичною.

Серед іншого, в Україні, яка, як відомо, належить до однієї з найменш водозабезпечених країн Європи, спостерігається незадовільний стан водних ресурсів – за всієї значущості води для життєдіяльності людини, суспільства і довкілля (вода – основа земного життя) і необхідності дбайливого ставлення до різноманітних водних об'єктів. З цього приводу у преамбулі Водного кодексу України зазначається, що усі води (водні об'єкти) на території України є національним надбанням Українського народу, однією з природних основ його економічного розвитку і соціального добробуту. Водні ресурси забезпечують існування людей, тваринного і рослинного світу, є обмеженими та уразливими природними об'єктами. У Водній стратегії України до 2025 р. серед основних водних проблем виділяють: природний дефіцит водних ресурсів, їхній нерівномірний розподіл по території та в часі; виснаження водних ресурсів внаслідок великого обсягу водозабору для господарських потреб; значний обсяг забруднюючих речовин, що надходять у річки; надмірне регулювання річкового стоку, що спричиняє додаткові втрати води на випаровування, уповільнення водообміну та, як наслідок, погіршення якості води і деградацію русел (див.: Водна стратегія України на період до 2025 року (наукові основи) / за наук. ред. М.І. Ромащенко, М.А. Хвесика, Ю.О. Михайлова. Київ, 2015. 46 с.).

В Основних засадах (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2030 року, затверджених Законом України від 28 лютого 2019 р., констатується, що внаслідок токсичного, мікробіологічного та біогенного забруднення відбувається погіршення екологічного стану річкових басейнів, а також прибережних вод і територіальних вод Чорного і Азовського морів. Особливо відзначається незадовільний стан причорноморських лиманів, більшість з яких належать до природно-заповідного фонду та є унікальними рекреаційними ресурсами. Підземні води України в багатьох регіонах за своєю якістю не відповідають установленим вимогам до джерел водопостачання, що пов'язано передусім з антропогенним забрудненням, а інтенсивне їх використання призводить до виснаження горизонтів підземних вод. Основними джерелами забруднення вод є скиди з промислових об'єктів, неналежний стан інфраструктури водовідведення та очисних споруд, недотримання норм водоохоронних зон, змив і дренажування токсичних речовин із земель сільськогосподарського призначення. Фахівці конкретизують, що до головних чинників забруднення підземних вод в Україні належать: комунальні стоки; стоки тваринницьких комплексів; мінеральні добрива; продукти сільськогосподарської хімії; свинець; марганець; нафтопродукти (див.: Аналітичний звіт «Базове дослідження стану та напрямів розвитку екологічної політики України та перспектив посилення участі організацій громадянського суспільства у розробці та впровадженні політик, дружніх до довкілля». Виконаний С.А. Матусом, Г.М. Левіною, Т.С. Карплюком та О.Ю. Денищук на замовлення Міжнародного фонду «Відродження». Київ, 2019. С. 19, 27).

Забруднення вод призводить до виникнення різноманітних захворювань населення, зниження загальної резистентності організму та, як наслідок, до підвищення рівня загальної захворюваності, зокрема на інфекційні та онкологічні захворювання. Зміни у водних ресурсах викликають і такі негативні явища, як підтоплення, заболочування ґрунтів, їхнє засолення тощо.

У Загальнодержавній програмі охорони та відтворення довкілля Азовського і Чорного морів, затвердженій Законом України від 22 березня 2001 р., зазначається, що незадовільний екологічний стан Азовського і Чорного морів зумовлений значним перевищенням обсягу надходження забруднюючих речовин над асиміляційною здатністю морських екосистем, що призвело до

⁵⁷ Захист відбувся у Дніпропетровському державному університеті внутрішніх справ 3 грудня 2020 р.

бурхливого розвитку евтрофікаційних процесів, значного забруднення морських вод, втрати біологічних видів, скорочення обсягу рибних ресурсів, зниження якості рекреаційних ресурсів, виникнення загрози здоров'ю населення. Основними джерелами забруднення називаються стоки річок, стічні води з точкових і дифузних берегових джерел, морські транспортні засоби.

За таких обставин очевидною є важливість створення ефективного механізму протидії різноманітним порушенням екологічного законодавства. Важливою складовою цього механізму повинен був стати чинний Кримінальний кодекс України (далі – КК), положення якого мали надати правозастосувачам можливість здійснювати належне кримінально-правове реагування на найнебезпечніші правопорушення проти довкілля. Відповіддю законодавця на постійно зростаючі кількості і масштаби екологічних проблем стало виокремлення в межах КК розділу VIII Особливої частини «Злочини (наразі – кримінальні правопорушення) проти довкілля». Проте, як це не парадоксально, згадане кримінально-правове реагування, не кажучи вже про інші проблеми правозастосування, не відзначається інтенсивністю (щоб не сказати – носить поодинокий характер). Так, аналіз статистичних даних про кількість злочинів проти довкілля засвідчив, що їхня частка в загальній структурі злочинності є стабільно незначною, коливаючись у межах від 0,28 % до 0,67 % (див.: Турлова Ю.А. Протидія екологічній злочинності в Україні: кримінологічні та кримінально-правові засади: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2018. С. 79, 355).

Не можу не відмітити і кричущу нерівномірність у застосуванні статей розділу VIII Особливої частини КК: за інформацією Верховного Суду, із 1323 засуджених протягом 2018–2019 рр. за злочини проти довкілля 213 осіб (або 16 % від усіх осіб, засуджених за ці злочини) зазнали кримінальної відповідальності за порушення правил охорони або використання надр (ст. 240 КК), 583 особи (або 44 %) – за незаконну порубку лісу (ст. 246 КК), 482 особи (або 36,5 %) – за незаконне зайняття рибним, звіриним або іншим водним добувним промислом (ст. 249 КК). Усього 0,6 % від усіх засуджених за злочини проти довкілля припадає на тих, хто був засуджений за злочини, пов'язані із забрудненням довкілля; близько ж половини заборон, розміщених у розділі VIII Особливої частини КК, протягом вказаного періоду взагалі не застосовувались.

Ці показники гостро дисонують з наведеними відомостями про стан дотримання законності у відповідній сфері (включаючи сферу поведження з водними ресурсами), зайвий раз сигналізуючи про вади кримінально-правової охорони довкілля, а відтак про необхідність поліпшення КК у цій частині і практики його застосування.

Не дивлячись на активність відповідних наукових розвідок, у доктрині бракує цілісного підходу до розв'язання проблем підвищення ефективності кримінально-правової охорони встановленого порядку поведження з водними ресурсами, а чимало аспектів кримінально-правової характеристики «водних» деліктів як *de lege lata*, так і *de lege ferenda* належить до числа дискусійних (відмежування від суміжних складів кримінальних та адміністративних правопорушень, встановлення змісту оцінних ознак, доцільність нормативного описання частини відповідних кримінальних правопорушень як деліктів створення небезпеки, диференціація відповідальності за забруднення води залежно від форми вини, вдосконалення пеналізації досліджуваних кримінальних правопорушень тощо).

Зауваження.

1. Визначення предмета дисертаційного дослідження як «кримінально-правової охорони водних ресурсів» (с. 21) навряд чи можна визнати вдалим.

По-перше, у роботі розглядаються проблеми кримінально-правової охорони не лише водних правовідносин, а й тих правовідносин, які складаються у зв'язку з використанням і правовою охороною «прирівняних» до води природних багатств – тих, що, на погляд здобувачки, «перебувають у взаємозв'язку (невід'ємному, нерозривному) з водними об'єктами». Відтак визначений авторкою предмет її наукового дослідження виглядає звуженим.

По-друге, навіть при тому, що пані Інна послідовно позиціонує себе як прибічницю концепції «об'єкт злочину – соціальні цінності», використаний нею зворот «кримінально-правова охорона водних ресурсів» я вимушений оцінити критично. Річ у тім, що водні ресурси – це згідно зі ст. 1

Водного кодексу України «обсяги поверхневих, підземних і морських вод відповідної території». У подібному ключі водні ресурси визначаються і самою дисертанткою: «... водні ресурси розглядаються як певна сукупність запасів води, природної енергії, а також водних речовин, що використовуються суспільством для задоволення своїх, передусім матеріальних, потреб» (с. 42). Водні ресурси як певні матеріалізовані утворення немає підстав ототожнювати із соціальними цінностями як об'єктом (зокрема, видовим) злочину (злочинів), що мають (як на цьому неодноразово наголошує авторка, з'ясовуючи механізм заподіяння шкоди) певну структуру – суб'єкти відносин, предмет, у зв'язку з яким вони існують, і соціальний зв'язок як зміст відносин.

Коректніше вести мову про водні ресурси як предмет охоронюваних кримінальних законом правовідносин. Фактично положення про те, що кримінально-правовій охороні підлягають не водні ресурси як одне із природних багатств, а певні *нематеріальні* блага (цінності), визнається і здобувачкою (зокрема, с. 108, 248, 391). Так, на с. 58 вказується на те, що зазнати істотної шкоди, а отже, стати об'єктом злочину можуть «права, свободи та правоохоронювані інтереси фізичних та юридичних осіб, що реалізуються у процесі використання водних ресурсів, виконання контрольних функцій за їх обігом, а також потерпілі, що зазнали фізичної чи матеріальної шкоди в результаті злочинного посягання на водні ресурси, і правовідносини у вигляді соціальних зв'язків між учасниками взаємодії з приводу обігу водних ресурсів, реалізації їх прав, свобод та інтересів...». Стверджується, що досліджувані злочини посягають на «встановлений порядок використання водних ресурсів» (с. 125).

Вважаю також, що, з огляду на формулювання теми дисертації, І. Берднік (вочевидь, у підрозділі 1.2 «Особливості механізму заподіяння шкоди водним ресурсам та їх кримінально-правової охорони») мала б показати, яке розуміння кримінально-правової охорони вона поділяє. Адже поняття «кримінально-правова охорона», незважаючи на його розповсюдженість у сучасній юридичній літературі, належить у науці до числа дискусійних. Зокрема, постає питання, чи узгоджується назва підрозділу 2.1 дисертації «Загальна характеристика норм кримінального права України, що здійснюють охорону водних ресурсів» із втіленим у ч. 1 ст. 1 чинного КК концептуальним підходом («... правове забезпечення охорони...»), у межах якого (треба так розуміти) визнається те, що захищає (охороняє) певні блага (цінності) все ж не кримінальний закон як такий (це лише інструмент, який може «спрацювати», а може і ні), а держава в особі уповноважених органів.

2. Наскрізною ідеєю рецензованого дослідження є положення про охоплення поняттям водних ресурсів як об'єкта кримінально-правової охорони не лише водних об'єктів, а й деяких інших елементів (складових) довкілля (зокрема, земельних ділянок, розташованих під водними об'єктами; надр; живих біологічних організмів, які перебувають у тісному взаємозв'язку з водою) (с. 23, 42, 45–46, 57–58, 103, 117, 391 та ін.).

З одного боку, я погоджуюсь з тим, що: а) ефективність кримінально-правової охорони відмінних від водних правовідносин, які складаються у зв'язку з використанням та охороною природних багатств, нерозривно пов'язаних із водними ресурсами, фактично впливає на стан кримінально-правової охорони встановленого порядку поведінки з водними ресурсами; б) існують інші (крім статей 242, 243, 244 КК) заборони, які забезпечують (будемо вважати, що «опосередковано») кримінально-правову охорону згаданого порядку як соціальної цінності (правовідносин тощо).

З іншого боку, вимушений зауважити, що з аналізу положень регулятивного законодавства і наукових праць з екологічного права, в яких розкривається співвідношення понять «води», «водні об'єкти» і «водні ресурси», послідовно обстоюваний дисертанткою висновок про охоплення поняттям водних ресурсів «прирівняних» до них природних ресурсів (на кшталт певних земель і представників фауни) не впливає.

Так, не погоджуючись із тезою В. Хмелініна про синонімічність правових категорій «водний об'єкт», «водні ресурси», «водний фонд», пані Інна переконливих аргументів на користь власної позиції не наводить (с. 41–42). На с. 57–58 стверджується: «... науковці наголошують на тому, що для забезпечення належної правової охорони визначених у законодавстві «компонентів» водних ресурсів явно недостатньо. Зокрема, водні ресурси – це сформовані під впливом природних чинників підземні, поверхневі, внутрішні морські води та територіальне море, які мають межі,

об'єм, визначений водний режим, внесені до державного водного кадастру, а також природні багатства, які перебувають у взаємозв'язку з водними об'єктами (водні біологічні ресурси, земельні ділянки, що перебувають під водними об'єктами, природні ресурси континентального шельфу, надра, тощо)». Цікаво дізнатись, про саме яких науковців йдеться, позаяк посилання на відповідне джерело тут відсутнє.

Пропонуючи своє оригінальне (широке) поняття «водні ресурси», здобувачка, як видається, ігнорує згадане вище законодавче визначення цього поняття (ст. 1 Водного кодексу України). Адже у цьому разі нічого не говориться про земельні ділянки, ресурси шельфу, живі організми тощо. Навіть якщо припустити, що земельні ділянки, розташовані під водними об'єктами, є «водними ресурсами», то постає питання, як бути з іншими категоріями земель, що належать до земель водного фонду, зокрема прибережними захисними смугами вздовж морів, річок та навколо водойм (крім земель, зайнятих лісами)?

Положення про те, що «прирівняні» до водних об'єктів природні ресурси виступають предметом самостійних правовідносин як інших видових об'єктів злочинів проти довкілля, частково підтверджується і запропонованою у дисертації класифікацією злочинів, передбачених розділом VIII Особливої частини КК. Так, злочини, передбачені статтями 248, 249, 250 КК, віднесено як до посягань на «встановлений порядок використання водних ресурсів», так і до посягань на «встановлений порядок використання флори і фауни», а злочини, карані за статтями 239, 239-1, 239-2, 240, 254 КК, – до посягань на «встановлений порядок використання землі та її надр» (с. 123). Не зрозуміло, щоправда, чому у цій класифікації: а) не згадується такий злочин проти довкілля, як «Незаконне видобування, збут, придбання, передача, пересилання, перевезення, переробка бурштину» (ст. 240-1 КК); б) незаконне заволодіння землями водного фонду (ст. 239-2 КК) авторка всупереч власному теоретичному підходу водночас не відносить до посягань на «встановлений порядок використання водних ресурсів».

Цікаво, що здобувачка критикує інших дослідників за те, що ті у межах однієї групи злочинів об'єднують два різні види об'єктів довкілля – водні ресурси та атмосферне повітря (с. 125). Проте хіба подібний закид не може бути адресований самій дисертантці за позбавлену чіткості, не зовсім логічну класифікацію кримінальних правопорушень проти довкілля?

Нечіткість визначення предмета дисертаційного дослідження, вельми дискусійне розширення кола аналізованих у дисертації заборон, які уособлюють «кримінально-правову охорону водних ресурсів», призвели (не могли не призвести) до поверховості і фрагментарності окремих міркувань пані Інни, наприклад, присвячених «земельним» деліктам (про це йтиметься нижче).

3. Викликає подив та обставина, що при розкритті обраної теми дисертантка (за винятком історичного аспекту – підрозділ 1.3) не згадала проблему запровадження у вітчизняну правову систему субінституту кримінальних проступків. Законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень», ухвалення якого 22 листопада 2018 р. призвело до того, що двочленна класифікація кримінальних правопорушень врешті-решт стала в Україні правовою реальністю, пані Інна побіжно згадує лише один раз – в контексті аналізу питань, пов'язаних із звільненням від відбування покарання (с. 357).

Однак прийняття згаданого Закону одним із своїх наслідків мало викладення у новій редакції низки санкцій кримінально-правових норм (у тому числі досліджуваних у дисертації), і ці осучаснені санкції мали бути проаналізовані здобувачкою. Формулюючи свої пропозиції *de lege ferenda* (с. 401–413), авторка, на жаль, не пояснює, чому одна частина певних правопорушень має визнаватись (судячи із наведених санкцій) кримінальними проступками, а інша – злочинами. Сподіваюсь на те, що відповідні пояснення будуть надані під час захисту.

4. За результатами вивчення зарубіжного кримінального законодавства у частині «нетипових форм посягань на водні ресурси» здобувачкою запропоновано доповнити КК України новими заборонами – ст. 241-1 «Порушення порядку використання систем централізованого комунального водопостачання та водовідведення», ст. 242-2 «Забруднення водних об'єктів внаслідок порушення порядку поводження з відходами» і ст. 242-3 «Забруднення водних об'єктів внаслідок

порушення порядку експлуатації технічного обладнання» (с. 24–25, 104, 407–409). Стосовно цих ініційованих законодавчих новел хотів би зробити щонайменше такі застереження.

Порушення порядку використання систем централізованого комунального водопостачання та водовідведення у тому вигляді, в якому це діяння позначається як злочин (с. 407), за своєю спрямованістю явно не «вписується» в родовий об'єкт кримінальних правопорушень проти довкілля (навіть при тому, що це посягання здатне у подальшому спричинити «екологічне забруднення навколишнього природного середовища»).

Диспозицію ч. 1 ст. 242-2 КК пропонується викласти у такій редакції: «Порушення порядку поводження з відходами, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людини чи довкілля...» (с. 408). Тобто у позбавленій визначеності диспозиції кримінально-правової норми, на відміну від назви проєктованої статті, чомусь не фігурують водні об'єкти.

Неузгодженість між назвою проєктованої статті («Забруднення водних об'єктів внаслідок порушення порядку експлуатації технічного обладнання») і змістом диспозиції ч. 1 цієї статті («Порушення порядку експлуатації технічного обладнання, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людини чи довкілля...») притаманна й авторській редакції ст. 242-3 КК.

Постає і питання, у чому полягає сенс виокремлення нових кримінально-правових заборон (статті 242-2, 242-3), якщо ст. 242 КК «Порушення правил охорони вод» (і в її чинній редакції, і в редакції, сформульованій дисертанткою (с. 404)) охоплює забруднення вод унаслідок порушення порядку як поводження з відходами, так й експлуатації технічного обладнання. Принаймні для мене як багаторічного автора науково-практичного коментарю до ст. 242 КК не викликає жодних сумнівів те, що: 1) одним із засобів передбаченого цієї статтею КК злочину проти довкілля виступають відходи; 2) порушення правил охорони вод полягають, зокрема, у відключенні очисних споруд або недостатньому контролі за їхньою роботою, порушенні технології транспортування нафти, що має своїм наслідком її вилив у водний об'єкт, самовільному проведенні гідротехнічних робіт (будівництво ставків, дамб, каналів, свердловин).

Не можу не сказати і про те, що при висуненні згаданих пропозицій *de lege ferenda* пані Інна механічно відтворила зарубіжний досвід, не звернувши належної уваги на кримінально-правове вчення про криміналізацію, яке виходить з того, що відповідна діяльність законодавця не повинна бути довільною; у протилежному випадку траплятиметься помилкова криміналізація.

Вважаю також, що обрана тема зобов'язувала здобувачку розкрити у межах окремого підрозділу соціальну обумовленість криміналізації порушень водного законодавства.

5. Аналізуючи об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ст. 239 КК «Забруднення або псування земель», пані Інна не погоджується з висловленою в юридичній літературі (зокрема, О. Дудоров) думкою про те, що у складі цього злочину терміни «забруднення» та «псування» позначають і діяння, і наслідки. Адже «наслідки у вигляді забруднення або псування земель можуть настати лише у випадку порушення певних спеціальних правил охорони і використання земель, в тому числі й земель водного фонду» (с. 169).

Незважаючи на наявність певної логіки, видається, що викладена позиція не узгоджується з положеннями чинного законодавства (як кримінального, так і регулятивного). Зокрема, у рецензії на монографію Г. Крайника, який обстоює подібну точку зору, ми з Р. Мовчаном навели такі контраргументи: 1) якби порушення спеціальних правил виступало, так би мовити, єдиним діянням, то диспозиція ч. 1 ст. 239 КК, вочевидь, мала б дещо інший, ніж наразі, вигляд, наприклад, такий: «Порушення спеціальних правил, що призвело до забруднення або псування земель...»; 2) у наведених у ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» дефініції поняття «псування земель» зміст останнього розкривається за допомогою формулювань «порушення природного стану земель, яке здійснюється...», «забруднення їх...», «невиконання вимог...», «використання земель у спосіб...», вживання яких переконує в тому, що «псування» земель – це не лише наслідки, а й діяння; 3) за умови визнання «забруднення» та «псування» саме і лише наслідками, а порушення спеціальних правил – діянням хотілося б дізнатись думку дисертантки, в чому ж у такому випадку полягає діяння як ознака об'єктивної сторони складу правопорушення, передбаченого ст. 52 КУпАП «Псування і забруднення сільськогосподарських та інших земель». Адже, якщо слідувати логіці авторки, то в цій «суміж-

ній» адміністративно-правовій забороні взагалі відсутня вказівка на діяння (див.: Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Актуальний аспект кримінально-правової охорони земельних відносин. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2019. Вип. 4. С. 305–306).

Таким чином, я продовжую обстоювати думку про двоєдиний характер використаних у ст. 239 КК термінів «забруднення» та «псування» земель, які мають розумітись і як діяння, і як первинні суспільно небезпечні наслідки.

6. Заподіяння державі збитків на суму 325 тис. 766 грн. внаслідок незаконного видобування підземних питних вод І. Берднік вважає достатньою підставою для інкримінування ч. 4 ст. 240 КК за ознакою «інших тяжких наслідків» (с. 199–200). Таким чином, залишилась непоміченою і, відповідно, не спростованою заснована на результатах відповідних наукових розвідок думка офіційного опонента про те, що іншими тяжкими наслідками з погляду кваліфікації за ч. 4 ст. 240 КК не повинні визнаватись наслідки на кшталт, зокрема: знищення, руйнування чи істотного ушкодження окремих природних об'єктів, масової загибелі чи тяжких захворювань об'єктів тваринного і рослинного світу; *заподіяння матеріальної шкоди в особливо великих розмірах*; неможливості відтворення протягом тривалого часу природних територій чи об'єктів; повного або тимчасового припинення господарської діяльності суб'єктів господарювання; виведення з ладу важливих споруд; втрати рекреаційного значення значних природних територій чи об'єктів тощо. Адже вказані наслідки не є однорідними (однопорядковими) за своїм характером тим наслідкам, які в цьому разі прямо визнані законодавцем тяжкими (загибель людей, їх масове захворювання) (див.: Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Кримінально-правове поняття «інші тяжкі наслідки»: проблеми тлумачення та вдосконалення законодавства. Юридичний науковий електронний журнал. 2015. № 1. С. 162–170; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 822).

Подібна проблема, до речі, постає і щодо змістовної наповнюваності «інших тяжких наслідків» як кваліфікуючої ознаки складу злочину, передбаченого ст. 239 КК. Здобувачка пише: «Судова практика та результати наукових доробок у сфері охорони довкілля дають підстави віднести до інших тяжких наслідків вчинення цього злочину масову загибель об'єктів тваринного світу, знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу на значних площах, спричинення особливо великих матеріальних збитків, забруднення або псування значних територій, неможливість проживання населення на певній території, а також вимушене переселення людей» (с. 198). З огляду на зазначене вище, мені складно погодитись із такою некритичною констатацією існуючого стану справ. З іншого боку, не зрозуміло, чому до складу інших тяжких наслідків тут не віднесено заподіяння тяжких тілесних ушкоджень хоча б одній людині, а так само заподіяння середньої тяжкості тілесних ушкоджень двом або більше особам.

Критично оцінюю ту обставину, що, висуваючи авторські кількісні параметри кваліфікуючих ознак частини складів злочинів проти довкілля (зокрема, с. 173, 210, 293, 404, 410, 411), які стосуються суспільно небезпечних наслідків та які пропонується закріпити в законодавчому порядку, здобувачка належним чином не аргументує ці величини. Бо складно назвати аргументацією, наприклад, проведення паралелей між істотною шкодою від незаконного полювання і порушення правил охорони та використання надр (с. 293). Якщо ж певні кількісні показники «взяті зі стелі» (є довільними), то про соціальну обумовленість кримінального закону годі й вести мову.

І ще до одного аспекту, пов'язаного з проблематикою суспільно небезпечних наслідків, заподіяваних кримінальними правопорушеннями проти довкілля, хотів би привернути увагу. На відміну від дисертантки, яка переконана у доцільності легального описання частини злочинів проти довкілля як деліктів створення небезпеки і навіть висловлюється за розширення сфери застосування цього законодавчого прийому (с. 173, 190 192, 312, 401, 402, 403, 404, 406, 407, 408 та ін.), я вважаю, що одним із напрямів вдосконалення кримінально-правової охорони довкілля в сьогоднішній Україні має стати відмова від законодавчої конструкції «створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля». На підставі окремого дослідження, у межах якого було піддано критичному аналізу матеріали судової практики, враховано здобутки кримінально-правової доктрини і зарубіжний досвід, нам із Р. Мовчаном, як видається, вдалось підтвердити слушність відповідної наукової гіпотези. Водночас зрозуміло, що обстоюваний нами підхід не може вважатись універсальним у сенсі беззаперечно прийнятним для законодавчого описання кримінально

караних діянь інших видів (проти життя та здоров'я особи, громадської безпеки, безпеки руху та експлуатації транспорту, безпеки виробництва, здоров'я населення тощо) (див.: Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Земельні злочини екологічної спрямованості: від деліктів створення небезпеки до оптимальної законодавчої моделі. Юридичний науковий електронний журнал. 2020. № 1. С. 120–130).

Кваліфікована відповідь на питання про доцільність конструювання складів тих чи інших кримінальних правопорушень як деліктів створення небезпеки може бути отримана лише за результатами самостійних наукових досліджень, під час яких, серед іншого, має з'ясуватись, наскільки успішно застосовується на практиці відповідна конструкція, відображаючи життєві реалії, що потребують кримінально-правової оцінки.

7. Беручи до уваги те, що формулювання статей 23–25 КК не дають змоги однозначно визначити форму вини у тих кримінально-правових ситуаціях, в яких має місце поєднання умисного та необережного ставлень до фактичних обставин, які передбачені в межах одного юридичного складу злочину, заслуговує на підтримку пропозиція дисертантки законодавчо врегулювати питання про так звану подвійну форму вини. Водночас відображений у роботі варіант розв'язання цієї кримінально-правової проблеми змушує зробити застереження, бо авторська редакція ст. 25-1 КК «Злочин з двома формами вини» (с. 372, 401) не повною мірою враховує її (проблеми) специфіку.

Із текстів ст. 22 КК РБ і ст. 27 КК РФ, а так само висловлювань наукового консультанта пані Інни П. Берзіна (с. 372) впливає, що про «подвійну» форму вини варто вести мову лише стосовно тих діянь, які фактично становлять собою враховану законодавцем сукупність умисного і необережного злочинів: у цих діяннях необережне заподіяння суспільно небезпечних наслідків відіграє роль кваліфікуючої ознаки; щодо діяння і щодо першого, обов'язкового наслідку суб'єктивна сторона виражається в умислі, а щодо іншого (кваліфікуючого) наслідку – тільки в необережності; у цілому злочин визнається умисним. Так само це питання вирішує Є. Шевченко, на думку якого «злочини з подвійною формою вини», становлячи враховану законодавцем ідеальну сукупність двох (або більше) злочинів, характеризуються двома різними формами вини – умислом до проміжного наслідку й необережністю до похідних наслідків (див.: Шевченко Є.В. Злочини з похідними наслідками в кримінальному праві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2001. С. 156–165).

Однак у проектованій здобувачкою ст. 25-1 КК вказаний нюанс не враховано, у зв'язку з чим постає питання: якщо психічне ставлення до наслідків вчиненого особою суспільно небезпечною діянню не є умисним, а набуло вигляду злочинної самовпевненості або злочинної недбалості, то чому злочин загалом має визнаватись умисним? Цей висновок суперечить законодавчим визначенням умислу та необережності, з яких впливає те, що належність злочинів до умисних або необережних визначається психічним ставленням особи до суспільно небезпечних наслідків.

До того ж висуненню авторської редакції ст. 25-1 КК «Злочин з двома формами вини» мав би передувати аналіз відповідних здобутків попередників, спрямованих на розв'язання розглядуваної проблеми, і передусім пропозиції Р. Вереші включити до розділу V Загальної частини КК статтю під назвою «Складна вина» такого змісту: «Складна вина – це особливе психічне ставлення суб'єкта злочину, яке характеризується умисним вчиненням суспільно небезпечної дії (бездіяльності) і необережністю щодо наслідків, які в результаті цього настали, з якими закон пов'язує підвищену кримінальну відповідальність. У цілому такий злочин визнається вчиненим умисно» (див.: Вереша Р.В. Проблеми суб'єктивної сторони складу злочину: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2017. С. 570).

8. Продовжуючи висвітлення проблематики суб'єктивної сторони аналізованих злочинів, відзначаю, що, на думку І. Берднік, суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239-1 КК, характеризується складною (змішаною) формою вини: суб'єкт усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння – незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель, не передбачає можливість настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи для довкілля, хоча повинен був і міг їх передбачити, або легковажно розраховує на їх відвернення (с. 242).

У науково-практичному коментарі до ст. 239-1 КК я висловлюю дещо іншу точку зору: «Психічне ставлення до таких наслідків, як створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля, може набувати вигляду непрямого умислу. Наприклад, у разі зняття ґрунтового покриву під пагорбом, на якому знаходиться житловий будинок, суб'єкт, передбачаючи можливість виникнення загрози життю та здоров'ю людей через зсув ґрунту та руйнування будинку, не припиняє свої дії, розраховуючи на випадок, на те, що вказані наслідки від його дій не настануть. Водночас психічне ставлення до створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля може бути і необережним, а до тяжких наслідків – тільки необережним» (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 809).

Думку про те, що психічне ставлення до відповідних суспільно небезпечних наслідків може бути лише необережним, спростовує і Р. Мовчан, який явно професійніше, ніж дисертантка, підійшов до з'ясування змісту суб'єктивної сторони незаконного заволодіння ґрунтовым покривом (поверхневим шаром) земель: «Проектуючи запропоновану Є.В. Шевченком класифікацію на досліджувану статтю, можна резюмувати, що злочини, передбачені ч. 1 та ч. 2 ст. 239-1 КК (у частині заподіяння матеріальної шкоди у великому розмірі), треба відносити до другої із вказаних груп злочинів зі змішаною формою вини – злочинів зі складною формою вини, в якому ставлення винного до наслідків може характеризуватись і умислом, і необережністю. Щодо заборони, передбаченої ч. 3 ст. 239-1 КК, то вважаю, що передбачений нею злочин є злочином з комбінованою формою вини, оскільки ставлення винного до «спричинення майнової шкоди в особливо великому розмірі» може бути як умисним, так і необережним, тим часом як ставлення до загибелі людей, масової загибелі об'єктів тваринного чи рослинного світу або інших тяжких наслідків, не пов'язаних із матеріальною шкодою, – лише необережним» (див.: Мовчан Р.О. Кримінальна відповідальність за злочини у сфері земельних відносин: законодавство, доктрина, практика: монографія / передмова д-ра юрид. наук, проф., заслуженого діяча науки і техніки України О.О. Дудорова. Вінниця: ТОВ «ТВОРИ», 2020. С. 670).

Цілком очевидно, що якщо здобувачка дотримується іншої точки зору з позначеного питання кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 239-1 КК, то вона мала провести предметну дискусію з авторами альтернативних підходів, а не ігнорувати наявність останніх.

Вивчивши зарубіжний досвід кримінально-правової охорони водних правовідносин, дисертантка встановила, що в окремих європейських країнах кримінальну відповідальність за досліджувані посягання диференційовано залежно від форми вини (с. 86, 88, 92–94 та ін.). Ці міркування залишилися незавершеними. Вважаю, що, з огляду на проголошений євроінтеграційний курс України (с. 101, 105), пані Інна мала б розглянути питання про можливість запозичення згаданого досвіду вітчизняним законодавцем.

Принаймні ми з Р. Мовчаном аргументували положення про те, що в новому КК України варто спробувати реалізувати проєвропейську ідею диференціації кримінальної відповідальності за забруднення (псування) природних ресурсів залежно від форми вини. Встановлено, що, крім країн «германської» групи кримінального права (Австрія, Естонія, Ліхтенштейн, Німеччина Швейцарія), подібний підхід сприйнятий парламентаріями Литви, Нідерландів, Португалії, Туреччини, більшості держав Центральної Європи (Болгарія, Польща, Словаччина, Угорщина, Чехія), а також країн «югославської» групи континентальної кримінально-правової сім'ї (Македонія, Сербія, Словенія, Хорватія, Чорногорія). Ми піддали критиці як несправедливий (пояснивши, серед іншого, його витоки) підхід нашого законодавця, який у статтях розділу VIII Особливої частини КК уніфікував відповідальність за умисне і необережне забруднення (псування) окремих елементів довкілля (земель, атмосферного повітря, води, рослинного світу) (див.: Дудоров О., Мовчан Р. Про напрями вдосконалення механізму кримінально-правової охорони довкілля (на замітку розробникам нового Кримінального кодексу України). Вісник Асоціації кримінального права України. 2020. № 1. С. 97–107).

9. Текст дисертації, на жаль, не позбавлений окремих неточних або некоректних висловлювань.

Так, мету свого дослідження авторка визначає, зокрема, як «формування цілісної системи норм, що забезпечують кримінально-правову охорону водних ресурсів...» (с. 20). Але ж дисертантка не є законодавцем, а тому як науковець може лише формулювати відповідні пропозиції.

Складно (услід за здобувачкою) розгледіти «незмінно високу динаміку вчинення злочинів, що посягають на водні ресурси» у наведених статистичних даних: виявляється, що відповідні справи (до слова про злочини проти довкілля загалом) становили протягом трьох останніх років від 0,6% до 0,9% у структурі кримінальних проваджень, розглянутих місцевими судами з ухваленням ви-року (с. 18).

На с. 47 безапеляційно заявляється таке: «Наукові праці, основним предметом дослідження яких виступає механізм заподіяння шкоди об'єкту злочину, в Україні відсутні». Насправді вказаний механізм розкривається не лише в монографічній, а й у навчальній літературі (див., наприклад: Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право. Навчальний посібник / за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ: Ваіте, 2014. С. 148–149). Вочевидь, малась на увазі недостатня розробленість в юридичній літературі України механізму заподіяння (внаслідок вчинення кримінальних правопорушень) шкоди водним правовідносинам.

На с. 49 можна прочитати, що «Від імені Українського народу право розпорядження природними ресурсами здійснює ВРУ». Уточню: у ст. 4 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» йдеться про те, що від імені Українського народу права власника природних ресурсів здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування у межах, визначених Конституцією України та іншими законами України.

Назва п. 2.2.5 дисертації «Інші факультативні ознаки об'єктивної сторони складів злочинів, що посягають на водні ресурси» є невдалою, бо, як слушно зазначає сама здобувачка, у більшості складів досліджуваних нею злочинів відповідні ознаки є обов'язковими (с. 218).

На с. 149 говориться про землі як предмет злочинів, передбачених статтями 239, 239-1, 239-2, 254 КК. Слід уточнити, що предметом кримінальних правопорушень, караних за статтями 239-1, 239-2 КК, виступають не землі, а ґрунтовий покрив (поверхневий шар) земель.

На с. 154 зазначається, що при вчиненні злочину, передбаченого ст. 239-1 КК, шкода насамперед заподіюється такій складовій екосистемі, як ґрунтовий покрив (поверхневий шар) землі, а при скоєнні злочину, описаного в ст. 239-2 КК, – землям водного фонду. З урахуванням подібності предметів посягань і змісту діянь, передбачених цими кримінально-правовими заборонами, така диференціація в «адресаті» заподіяння шкоди видається вкрай сумнівною.

Використання у назві розділу 3 звороту «проблеми кваліфікації та розмежування» не бере до уваги ту обставину, що поняттям кримінально-правової кваліфікації охоплюється відмежування складів кримінальних правопорушень від складів суміжних адміністративних проступків.

Твердження про те, що «Злочини, що посягають на водні ресурси, – це злочини з матеріальним складом, а тому встановлення причинного зв'язку в них є обов'язковим» (с. 249), не враховує того, що частина складів досліджуваних злочинів є формальними.

Під порушенням спеціальних правил із погляду інкримінування ст. 239 КК «Забруднення або псування земель» пропонується розуміти «умисний чи необережний фізичний вплив особи на інші предмети матеріального світу, механізми, сили природи, що тягне за собою настання негативних змін в об'єкті кримінально-правової охорони та знаходиться у прямому та безпосередньому зв'язку з вчиненим порушенням» (с. 171).

Таке тлумачення кримінального закону видається невинувато обмежувальним, адже негативний кримінально караний вплив на землі зовсім не обов'язково має набувати вигляду «фізичного впливу». Наприклад, якщо керівник суб'єкта господарювання недбало ставиться до контролю за виробництвом, за використанням пестицидів та агрохімікатів тощо, внаслідок чого його підлеглими забруднюються землі, то який «фізичний вплив» він здійснює? На мою думку, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 239 КК, повинні визнаватись і, наприклад, службові особи органів місцевого самоврядування, які ухвалюють неправомірні рішення про розміщення сміттєзвалищ у межах відповідних територіальних одиниць. Про «фізичний вплив» на землі з боку винного і в цьому разі не йдеться.

Здійснюючи відмежування злочинів, передбачених статтями 239-1 і 239-2 КК, від злочинів проти власності, зокрема від самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва, авторка допускає не зовсім чіткі висловлювання: «...заволодіння земельними ділянками буде вважатися злочином проти власності і при вчиненні цих злочинів у розмірі, що не перевищує визначений у ст. 239² КК особливо великий розмір... відмінність зазначених злочинів полягає у тому, що для названих злочинів проти власності не передбачено обов'язкових наслідків, визначених відповідно у ст.ст. 239¹, 239² КК» (с. 270).

Насправді якихось особливих проблем при розмежуванні кримінальних правопорушень, передбачених ст. 197-1 і ст. 239-1 (239-2) КК, не виникає (з огляду на різницю у предметах та об'єктивній стороні цих деліктів). Крім того, не виключається кваліфікація за їхньою сукупністю. У науково-практичному коментарі до ст. 239-1 КК я з цього приводу пишу таке: «Якщо незаконне заволодіння поверхневим шаром (у тому числі ґрунтовим покривом) земель поєднується із самовільним зайняттям земельної ділянки, то вчинене потребує кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами статей 239-1 і 197-1» (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 810).

Розглядаючи питання про відмежування складу злочину, передбаченого ст. 250 КК «Проведення вибухових робіт з порушенням правил рибних запасів», від складів суміжних адміністративних проступків і посилаючись на монографію В.К. Матвійчука 2011 року видання, дисертантка зазначає: «... існуюча судово-практика розгляду кримінальних проваджень даної категорії показує, що шкода при проведенні вибухових робіт завдається не лише рибним запасам, але й диким водним тваринам» (с. 306). Складно зрозуміти, про яку судову практику йдеться, оскільки згадана кримінально-правова заборона вже тривалий час належить до числа «мертвих» (див.: Злочини проти довкілля: кримінально-правова характеристика: практичний посібник / 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. С. 539). Зокрема, протягом 2018–2019 рр. за ст. 250 КК не було засуджено жодної особи.

Назва розділу 4 «Заходи кримінально-правового характеру за злочини, що посягають на водні ресурси, за кримінальним правом» породжує питання (звісно, риторичне) про існування заходів кримінально-правового характеру, не регламентованих кримінальним правом.

Висвітлюючи питання звільнення від кримінальної відповідальності за вчинення аналізованих злочинів у зв'язку із зміною обстановки, авторка констатує, що втрату вчиненим діянням суспільної небезпечності суди пов'язують передусім з істотними економічними змінами у державі, що не залежать від волі особи, яка вчинила злочин конкретного виду. Далі як ілюстрацію цієї думки здобувачка, сплутавши масштабну і локальну зміни обстановки, наводить витяг з ухвали Конотопського міськрайонного суду Сумської області, в якій суд застосування ст. 48 КК пояснив отриманням спеціального дозволу на користування надрами тим підприємством, яке раніше незаконно видобувало підземну воду (с. 379–380). Сумніваюсь у тому, що отримання спеціального дозволу конкретним підприємством можна віднести до «істотних економічних змін у державі».

Відгук на дисертацію Ю.С. Бурбели
«Добровільне відшкодування завданого збитку або усунення
заподіяної шкоди в кримінальному праві України»⁵⁸

В юридичній літературі питання кримінально-правового заохочення не обійдені увагою. Під таким заохоченням зазвичай розуміють стимулювання позитивної (соціально-корисної) посткримінальної поведінки особи, яка вчинила злочин (наразі кримінальне правопорушення) і кримінально-правове обтяження для якої через таку поведінку усувається або мінімізується.

Проблематика правової регламентації добровільного відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, є настільки важливою й універсальною, що має бути проаналізована всебічно, комплексно, з урахуванням сучасних наукових надбань. Адже у теорії кримінального права залишається багато дискусійних (в окремих випадках – взагалі не вирішених й особливо у загальному контексті) питань щодо зазначеного різновиду позитивної посткримінальної поведінки особи, а у правозастосовній діяльності виникає чимало різних проблем у частині виваженого тлумачення і правильного застосування кримінально-правових норм, що передбачають підстави добровільного відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. Яскраве цьому підтвердження – постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 р. у справі № 439/397/17, в якій задля забезпечення однаковості і сталості відповідної судової практики був сформульований правовий висновок щодо застосування ст. 46 Кримінального кодексу України (далі – КК) «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим».

Одне з глобальних питань, яке постає у цій сфері, може бути сформульоване таким чином: якою мірою ті, хто тлумачить і застосовує заохочувальні кримінально-правові норми, що передбачають підстави відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, мають звертатись до положень цивільного законодавства, є, так би мовити, зв'язаними ними?

Тема дисертації Ю. Бурбела безпосередньо пов'язана із ключовими викликами сьогодення – забезпеченням прав і свобод людини і громадянина, захистом інтересів потерпілих, реалізацією принципів гуманізму і справедливості у кримінальному праві, модифікацією форм і змісту кримінальної відповідальності тощо.

Обрана тема стосується також надзвичайно складної і злободенної для України проблеми, яку можна позначити як визначення меж суддівського розсуду при застосуванні заходів кримінально-правового характеру (включаючи покарання) і вироблення підходів, спрямованих на звууження цих меж, і подальшу формалізацію відповідної діяльності суду.

Визнавши спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності, передбачені Особливою частиною кримінального закону, перспективною формою депеналізації, законодавець у КК 2001 р., як відомо, істотно збільшив кількість відповідних заохочувальних приписів. В основу звільнення від кримінальної відповідальності на підставі норм Особливої частини покладено не лише загальноновизнані фундаментальні ідеї кримінального права, а і положення про допустимість компромісу у боротьбі із злочинністю. Проте заохочувальні (компромісні) приписи чинного КК сформульовані далеко небездоганно.

Проілюструю цю свою тезу на прикладі проблем, пов'язаних із тлумаченням і застосуванням норми про звільнення від кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків і зборів: а) у ч. 4 ст. 212 КК штрафні санкції і пеня помилково розглядаються як шкода, завдана державі несвоєчасною сплатою відповідних обов'язкових платежів; б) вадою цієї заохочувальної норми є відсутність згадування у ній про сприяння розкриттю та (або) розслідуванню злочину як складову позитивної посткримінальної поведінки особи; в) ч. 4 ст. 212 КК сформульована таким чином, що проблеми подолання (зменшення) латентності податкової злочинності вона не стосуються (точніше – майже не стосується); у порядку застосування цієї норми особа не спонукається до добровільного з'явлення із зізнанням і повідомлення про невідомі для правоохоронних органів

⁵⁸ Захист відбувся у Національній академії внутрішніх справ 17 березня 2021 р.

факти кримінально протиправних порушень податкового законодавства; г) із буквального тлумачення ч. 4 ст. 212 КК випливає, що ця норма не повинна застосовуватись, якщо податки, збори, фінансові санкції і пеня сплачені не особисто службовою особою підприємства, установи чи організації, винною у вчиненні злочину (за рахунок її власних коштів), а юридичною особою (від її імені). Однак саме юридична особа є платником податків і зборів, і на неї (у випадку вчинення податкового правопорушення) накладаються фінансові санкції і пеня, а службова особа підприємства, установи, організації як суб'єкт злочину, передбаченого ст. 212 КК, не є платником податкових внесків. Постає питання, чи може кримінально значиме відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди здійснюватись не тим, хто вчинив кримінальне правопорушення, а іншими особами. На мою думку, вдосконалена ч. 4 ст. 212 КК повинна містити окрему (альтернативну) вказівку на службову особу, яка вжила заходів щодо сплати підприємством, установою, організацією податків і зборів, штрафних санкцій і пені: у такий спосіб буде не тільки вирішено проблему погашення (у порядку застосування кримінально-правового заохочення) податкового боргу за рахунок коштів не службової особи – суб'єкта злочину, а юридичної особи – платника податків і зборів, а й наголошено на тому, що для звільнення від кримінальної відповідальності винна особа мусить здійснити певні позитивні посткримінальні вчинки.

Або ще один приклад недосконалості теперішньої законодавчої регламентації кримінально-правового заохочення. У ч. 4 ст. 289 КК «Незаконне заволодіння транспортним засобом» (на відміну, наприклад, від статей 45 і 46 КК) не згадується усунення заподіяної шкоди як різновид позитивної посткримінальної поведінки. Звідси (якщо буквально тлумачити кримінальний закон) випливає, що власноручний, тобто здійснений самою винною особою ремонт пошкодженого транспортного засобу може враховуватись лише як обставина, що пом'якшує покарання (п. 2 ч. 1 ст. 66 КК). Видається, однак, що слідування конституційному положенню про керування суддею при здійсненні правосуддя верховенством права уможливорює звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 289 КК й у такій ситуації (зрозуміло, за умови дотримання всіх інших вимог, зафіксованих у цій нормі).

Складність, але водночас і перспективність визначення шляхів оптимізації кримінально-правового забезпечення добровільного відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, актуалізуються через триваючу наразі роботу над проектом нового КК. Його підрозділ 3.7 присвячений таким кримінально-правовим засобам, як реституція і компенсація. Наскільки виправданою є така автономна (у сенсі відмінна від цивілістичної) термінологія? Чи виважено визначаються у проєктованому документі зміст і значення названих заходів, які, до речі, зможуть (так вважають члени Робочої групи) здійснюватись і добровільно?

Закріплюючи в Особливій частині чинного КК умови звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці, включаючи добровільне відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, законодавець не дотримався будь-якої системи, не використав можливості сформулювати загальні норми про звільнення при окремих типових проявах посткримінальної поведінки (добровільна видача заборонених предметів, відмова від організованої співучасті, сплата обов'язкових платежів). Через це у ст. 3.3.2 проєкту нового КК «Непризначення покарання у зв'язку з позитивною поведінкою особи після вчинення кримінального правопорушення» (такий собі аналог існуючих норм про загальні та спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності) робиться спроба реалізувати ідею уніфікації (типізації) кримінально-правового заохочення. Однак чи вдалою є така реалізація?

Поставлені питання, потребуючи наукового осмислення, безпосередньо стосуються проблематики, якій присвячено кваліфікаційну наукову роботу Ю. Бурбели.

Зауваження.

1. У дисертації не знайшла належного відбиття специфіка передбаченого Особливою частиною КК заохочення, однією з умов якого виступає добровільне відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. Слушно зазначивши, що добровільне відшкодування завданого збитку (усунення заподіяної шкоди) є однією з умов спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності, регламентованих ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212, ч. 4 ст. 212-1, ч. 4 ст. 289 КК,

здобувач, на жаль, проігнорував наявність низки монографічних робіт, присвячених такому кримінально-правовому заохоченню, в яких поглиблено розглядається відповідна проблематика. Йдеться щонайменше про такі праці:

щодо ч. 3 ст. 175 КК – Топчій В.В. Кримінально-правова характеристика невиконання заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат (ст. 175 КК України): монографія. Львів: ЛьвДУВС, 2010. 260 с.;

щодо ч. 4 ст. 212 КК – Дудоров О.О. Ухилення від сплати податків: кримінально-правові аспекти: монографія. Київ: Істина, 2006. 648 с.; Золотарьов А.І. Звільнення від кримінальної відповідальності, від покарання та його відбування за злочини у сфері господарської діяльності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2008. 23 с.; Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ: Ваіте, 2017. С. 360–366; Олійниченко В.В. Звільнення від кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) за ч. 4 та ч. 5 ст. 212 КК України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2018. 20 с.;

щодо ч. 4 ст. 212-1 КК – Степаненко Д.Ю. Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Луганськ, 2014. 263 с.; Кримінально-правова охорона соціального та пенсійного страхування: монографія / В.С. Кошевський, П.А. Воробей, А.В. Савченко, О.О. Семенюк, О.Г. Колб. Київ: Юрінком Інтер, 2017. 152 с.;

щодо ч. 4 ст. 289 КК – Ємельяненко В.В. Кримінальна відповідальність за незаконне заволодіння транспортним засобом: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2009. 212 с.; Протидія незаконному заволодінню транспортними засобами підрозділами Національної поліції України: практичний порадник з елементами інтерактивних технологій / Бондар В.С., Бочковий О.В., Дудоров О.О., Кривонос М.В., Скляніченко Д.В. та ін. / за ред. д-ра юрид. наук, проф., заслуженого діяча науки і техніки України О.О. Дудорова. Сєверодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2020. С. 95–103.

Зазначені прогалини, пов'язані з опрацюванням джерельної бази, негативним чином відбилися на якості підрозділів 1.1 «Стан наукових досліджень проблем добровільного відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди в Україні» та 3.2 «Добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди як умова звільнення від кримінальної відповідальності в кримінальному праві України», зумовивши їх (підрозділів) часткову змістовну неповноту.

2. Дисертант підтримує висловлену в юридичній літературі пропозицію (А. Вознюк, Є. Назимко) щодо розширення переліку обставин, які обтяжують покарання при його призначенні, за рахунок *невідшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням*, виходячи з того, що така законодавча вказівка посилить мотивацію порушника кримінально-правової заборони до відповідних позитивних посткримінальних дій, а також збільшить шанси потерпілого на відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди (с. 24, 140, 181, 189, 243).

Певна логіка у таких міркуваннях, звісно, є при тому, що ніщо не заважає суду і тепер взяти до уваги невідшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, у межах такої загальної засади призначення покарання, як врахування особи винного (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК). У будь-якому разі вважаю неправильно відсутність в авторській редакції п. 14 ч. 1 ст. 67 КК застереження на кшталт того, яке пропонується включити у нову ч. 6 ст. 74 КК, – «крім випадків, коли в суді буде доведено неможливість виконання цієї умови» (с. 244). Адже з низки причин, достатньою мірою висвітлених у дисертації (хвороба, брак в особи коштів, застосування щодо неї запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою тощо – с. 98, 130, 188), порушник кримінально-правової заборони може бути не в змозі відшкодувати шкоду, завдану кримінальним правопорушенням, а залучення з його ініціативи (доброї волі) до такого відшкодування інших осіб так само може виявитись нездійсненним.

Якщо мова вже зайшла про загальні засади призначення покарання, то вимушений критично оцінити визнання здобувачем добровільного відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди одночасно й обставиною, що пом'якшує покарання (п. 2 ч. 1 ст. 66 КК), й об-

ставиною, яка позитивно характеризує особу підозрюваного, обвинуваченого (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК) (с. 86). Змістовно добровільне відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, поза всяким сумнівом, характеризує особу винного. Проте, з огляду на п. 3 ч. 1 ст. 65 КК, обставини, які характеризують особу винного, мають (порівняно з обставинами, що визначають ступінь тяжкості злочину, й обставинами, які пом'якшують та обтяжують покарання) специфіку і повинні справляти свій вплив на обрання конкретної міри покарання. Якщо та чи інша ознака особи винного передбачена законодавцем як обставина, що пом'якшує або обтяжує покарання (як це і має місце у випадку з добровільним відшкодуванням завданого збитку або усуненням заподіяної шкоди), то вона підлягає врахуванню при призначенні покарання не як характеристика особи винного, а в порядку застосування ст. 66 або ст. 67 КК.

3. У рубрику наукової новизни «вперше» дисертант включив положення про «необхідність створення механізму кримінально-правового забезпечення добровільного відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, після звільнення від кримінальної відповідальності в разі, якщо винний не має змоги вчинити такі позитивні посткримінальні дії вчасно, обов'язковою складовою якого має стати нова заборонна кримінально-правова норма, що передбачала б підстави притягнення до кримінальної відповідальності за невиконання умов звільнення від кримінальної відповідальності у формі добровільного відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням» (с. 22).

Однак думка про те, що, наприклад, поліпшена ст. 46 КК повинна містити альтернативну вказівку на те, що особа, яка вчинила злочин і примирилась з потерпілим, погодила з потерпілим порядок відшкодування (усунення) шкоди (збитку), вже неодноразово висловлювалась в юридичній літературі України, зокрема автором цих рядків. Зазначалось, що вдосконалене у такий спосіб законодавство має передбачати важелі впливу на звільнену від кримінальної відповідальності особу, яка не виконує взяте на себе зобов'язання з відшкодування завданих збитків (усунення заподіяної шкоди) (див.: Усатий Г.О. Медіація між потерпілим та правопорушником як засіб диференціації кримінальної відповідальності // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Диференціація кримінальної відповідальності. Міжнародний симпозиум, 11–12 вересня 2009 р. Львів, 2009. С. 228; Кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Беніцького, В.С. Гуславського, О.О. Дудорова, Б.Г. Розовського. Київ: Істина, 2011. С. 768–769; Дудоров О.О. Проблеми звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим у контексті КПК України 2012 р. 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. Головкін (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2013. С. 41–44). Подібним чином міркували В. Куц та А. Яценко, які висловлювались за доповнення ст. 46 КК ч. 3 такого змісту: «У випадку умисного невиконання обов'язку щодо відшкодування потерпілому завданих збитків або усунення заподіяної йому шкоди особа, яка вчинила діяння, що містить ознаки кримінального правопорушення, притягається до відповідальності, встановленої законом» (див.: Куц В.М., Яценко А.М. Примирення учасників кримінально-правового конфлікту (кримінально-правовий аспект): монографія. Харків: Юрайт, 2013. С. 243–244).

За таких обставин зазначене положення наукової новизни:

а) коректніше було б включити у рубрику наукової новизни «удосконалено» або «дістали подальший розвиток» чи

б) як варіант переформатувати, наголосивши на тому, що, на відміну від попередників, автор дисертації пропонує запровадження універсального механізму, розрахованого на *всі види* звільнення від кримінальної відповідальності, однією з умов якого є добровільне відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням.

Закономірно постає питання, що ж завадило здобувачеві запропонувати цілісне уявлення про такий прогресивний кримінально-правовий механізм.

4. Маю констатувати незавершеність і деяких інших цікавих і загалом конструктивних міркувань дисертанта.

Так, здобувач неодноразово (с. 24, 48, 75, 186) пише про необхідність (зادля забезпечення відповідної уніфікації) легального визначення понять шкоди і збитків, однак ні у висновках рецензованої праці (с. 186–191), ні у додатку до неї, де наводяться пропозиції пана Юрія de lege ferenda (с. 243–244), таких визначень відшукати не вдалося. При цьому включення у структуру роботи підрозділу 2.1 «Поняття, зміст і види збитку та шкоди в кримінальному праві України» цілком уможливило таке законопроектне дефінування саме в контексті кримінально-правових потреб, що видається корисним кроком, особливо за наявної гострої дискусійності (як у теорії, так і на практиці) питання про охоплення поняттям відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, компенсації моральної шкоди і відшкодування упущеної вигоди.

Далі. Дисертант констатує, що у ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212, ч. 4 ст. 212-1 КК фігурує зворот «до притягнення до кримінальної відповідальності» і що, на думку частини опитаних суддів, це не заохочує підозрюваних, обвинувачених до відповідної позитивної посткримінальної поведінки. Здобувач також відтворює співзвучну суддівській оцінці думку А. Вознюка та О. Дудорова про те, що процедура повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення у тому вигляді, в якому вона закріплена в ст. 276–278 КПК України, здатна унеможливити застосування заохочувальних приписів КК, в яких вжито словосполучення «до притягнення до кримінальної відповідальності», або принаймні поставити долю цих приписів у повну залежність від розсуду правозастосувача (с. 110–111).

Очікував (як виявилось, марно), що пан Юрій не обмежиться констатацією існуючого стану справ. Залишається сподіватись на те, що дисертант висловить своє бачення розв'язання цієї злободенної проблеми під час захисту.

Щодо позиції офіційного опонента, то вона вже висловлювалась на сторінках юридичної літератури, у тому числі в аспекті оцінки відповідної законопроектної роботи (див., зокрема: Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ: Ваїте, 2017. С. 362–364; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 719–720). Виходжу з того, що: а) кінцевий момент розрахунків з державою потребує чіткого законодавчого закріплення в заохочувальних нормах, адже їхня суть має бути зрозумілою не лише для фахівців; б) варто шукати баланс між, з одного боку, спонуканням порушників кримінально-правових заборон до добровільного та своєчасного відшкодування шкоди, заподіяної кримінальним правопорушенням, сприянням оперативному вирішенню кримінально-правових конфліктів, пов'язаних з ухиленням від сплати коштів а, з іншого боку, тим, що ч. 4 ст. 212 і ч. 4 ст. 212-1 КК (хоче ми цього чи ні) відіграють роль своєрідного каталізатора фінансових злочинів, стимулюють податкову і страхову злочинність. Розуміючи всю компромісність і небездоганність свого підходу, наразі вважаю, що вдосконалена ч. 4 ст. 212 КК має передбачати, що особа, яка вчинила злочин, передбачений цією статтею, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона внесла до бюджету належні податки і збори, штрафні санкції та пеню до повідомлення їй про підозру або не пізніше 10 (варіант – 30) днів, наступних за днем вручення їй повідомлення про підозру.

Цікаво було б почути думку дисертанта з приводу такої пропозиції.

5. Дискусійним (або щонайменше таким, що потребує додаткового обґрунтування) видається віднесення дисертантом до кримінально-правових наслідків добровільного відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди особою, яка вчинила кримінальне правопорушення, виключення кримінальної відповідальності у випадках, передбачених ст. 17 «Добровільна відмова при незакінченому кримінальному правопорушенні» і ст. 31 «Добровільна відмова співучасників» КК (с. 125, 131). Адже наслідком добровільної відмови є відсутність у діях особи як складу закінченого кримінального правопорушення, від вчинення якого особа відмовилась, так і складу кримінально караних готування і замаху. Якщо головним правовим наслідком добровільної відмови є те, що особа не підлягає кримінальній відповідальності за розпочату нею реалізацію кримінального наміру, то не зовсім зрозуміло, що мав на увазі дисертант, коли за такого розвитку подій веде мову добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди *особою, яка вчинила кримінальне правопорушення*.

Вочевидь, потребує уточнення і висловлювання здобувача про те, що у кримінальних правопорушеннях із матеріальним складом такі позитивні посткримінальні дії, як добровільне від-

шкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди, можуть бути вчинені як до, так і після настання суспільно небезпечних наслідків (с. 131). Річ у тім, що ненастання суспільно небезпечних наслідків щодо кримінальних правопорушень із матеріальним складом (залежно від особливостей їх описання в КК) може свідчити або про наявність незакінченого кримінального правопорушення, або про відсутність складу конкретного кримінального правопорушення. А у такій (другій) ситуації знову ж недоречно говорити про добровільне відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням.

На с. 140–141 дисертації її автор пише про таку дотичну до добровільного відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, поведінку, як відвернення винним шкідливих наслідків учиненого кримінального правопорушення. На мою думку, у цьому випадку варто робити застереження: за наявності підстав відвернення суспільно небезпечних наслідків може визнаватись добровільною відмовою від доведення кримінального правопорушення до кінця і тому виключати кримінальну відповідальність, а отже, і добровільне відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням.

6. Формулювання назв окремих структурних частин дисертації вважаю не зовсім вдалим.

Так, з огляду на її широту й універсальність, назва розділу 2 «Кримінально-правова характеристика добровільного відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди» охоплює і питання, розглянуті у розділі 3. Створюється враження, що і сам пан Юрій, вказуючи на індивідуальність параметрів кримінально-правової характеристики інших (відмінних від злочинів, наразі кримінальних правопорушень) об'єктів, міркує так само, бо пише: «... для здійснення кримінально-правової характеристики добровільного відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди необхідно передусім розкрити ознаку добровільності вчинення відповідних позитивних посткримінальних дій, звернути увагу на суб'єктів, які можуть їх здійснювати, розкрити кримінально-правові межі й наслідки такої поведінки. Надалі варто розглянути особливості добровільного відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди як обставини, що пом'якшує покарання, умови звільнення від кримінальної відповідальності, покарання та його відбування» (с. 78–79).

Виходить, що проблематика, пов'язана з визначенням місця добровільного відшкодування завданого збитку (усунення заподіяної шкоди) в системі заохочувальних кримінально-правових заходів, і відповідних особливостей відшкодування збитку (усунення) шкоди виступає складовою кримінально-правової характеристики досліджуваного різновиду позитивної посткримінальної поведінки.

Назва розділу 1 «Теоретико-методологічні засади дослідження добровільного відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди в кримінальному праві України» також навряд чи може бути оцінена схвально хоча б через те, що особливості методології проведеного дослідження тут відображення не знайшли; натомість вибір методів дослідження цілком задовільно (хоч і стисло) пояснюється у вступі дисертації. Як на мене, поліпшена назва розділу 1 мала б включати зворот «понятійний апарат дослідження», що узгоджувалось б із виокремленням у межах цього розділу підрозділів 1.2 «Поняття, зміст і види збитку та шкоди в кримінальному праві України» і 1.3 «Поняття та зміст добровільного відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди в кримінальному праві України».

7. Автор дисертації стверджує, що ним розроблено зорієнтовану на оптимізацію та підвищення ефективності застосування кримінального законодавства *доктринальну* модель уніфікації положень про добровільне відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, у межах різних інститутів кримінального права (с. 2, 22).

Не ставлячи під сумнів змістовну наповнюваність наведеного висловлювання, водночас приверну увагу до одного термінологічного нюансу. Відверто кажучи, й офіційний опонент до недавнього часу грішив тим, що не завжди доречно використовував прикметник «доктринальний» і похідні від нього слова, фактично ототожнюючи юридичну науку і правову доктрину. Наразі ж переконливішою вважаю точку зору, згідно з якою, незважаючи на близькість і взаємозв'язок правової науки й доктрини, їх не варто ототожнювати. Відтак коректніше вести мову про те, що дисертантом розроблено відповідну *наукову* (варіант – *теоретичну*) модель.

8. Об'єкт свого дослідження дисертант визначив вдало, розуміючи під ним «суспільні відносини, що виникають у результаті позитивної посткримінальної поведінки особи, яка вчинила кримінальне правопорушення» (с. 22). Водночас щодо дефініції предмета дослідження – а під ним пан Юрій розуміє «теоретичні та практичні проблеми застосування кримінально-правових норм, що визначають підстави добровільного відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди» (с. 22) – хотів би поставити для обговорення деякі питання.

Чи не є наведене визначення предмета дисертаційного дослідження (фактично йдеться про *правозастосування* у певній царині) штучно звуженим з урахуванням того, що у роботі, крім правозастосовних проблем, висвітлюються щонайменше питання законодавчого (як наявного, так і перспективного) конструювання відповідних заохочувальних приписів, зарубіжний та власний історичний досвід нормативної регламентації добровільного відшкодування шкоди, заподіяної кримінальним правопорушенням, стан наукових досліджень проблем такого відшкодування, інші теоретичні напрацювання?

Чому автор не визначив предмет дисертаційного дослідження традиційно, а саме не відтворив тему своєї роботи? Як на мене, слідування такому усталеному підходу призвело б до того, що об'єкт і предмет дослідження як категорії наукового пошуку відповідно до встановлених вимог співвідносились між собою як загальне і часткове. Тим більше, що з урахуванням здобутків загальної теорії права добровільне відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, є підстави визнавати одним з юридичних фактів, які тягнуть за собою правові наслідки та які забезпечують індивідуальне піднормативне регулювання кримінально-правових відносин.

**Відгук на дисертацію М.-М.С. Яциніної
«Зловживання владою, службовим становищем або
повноваженнями за Кримінальним кодексом України»
(ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК України)»⁵⁹**

Попри значущість для скорочення масштабів корупційної поведінки в суспільстві правової культури громадян, організаційно-управлінських факторів і, звісно, «створення такого соціального порядку, за якого жити і працювати чесно є вигідним» (див.: Костенко О. Не карою єдиною! Про концепцію «антикримінальних лещат». Вісник Національної академії прокуратури України. 2017. № 4. С. 14, 15), важливу роль у мінімізації корупції відіграє якість кримінально-правових та адміністративно-правових заборон, а також професійність і наступальна позиція уповноважених органів держави. Вітчизняне законодавство про кримінальну відповідальність за службові та прирівняні до них кримінальні правопорушення (передусім його антикорупційна складова) періодично оновлюється. Розділ XVII Особливої частини чинного Кримінального кодексу України (далі – КК) «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» є одним із найбільш «багатостраждальних», створюючи в цьому сенсі гідну конкуренцію розділу VII, присвяченому кримінальним правопорушенням у сфері господарської діяльності. Як наслідок, відповідні кримінально-правові норми, стаючи все більш репресивними і водночас заплутаними і складними для сприйняття навіть «вузьких» фахівців, створюють ґрунт для неоднозначного тлумачення та, як наслідок, суперечливого правозастосування.

Чимало питань, пов'язаних із законодавчим забезпеченням кримінально-правової протидії корупції, належить в юридичній літературі до числа дискусійних. Серед них: вдалість і результативність втіленого в КК варіанту диференціації кримінальної відповідальності за службові зловживання в публічній і приватній сферах; межі сприйняття міжнародно-правових стандартів боротьби з корупцією; доречність обмеження застосування низки пільгових кримінально-правових положень щодо осіб, які вчинили корупційні кримінальні правопорушення; їхній перелік; поняття «публічні послуги» та, відповідно, віднесення до осіб, які надають публічні послуги, певних категорій спеціалістів, які займаються професійною діяльністю; відсутність нормативного визначення поняття «службова особа юридичної особи приватного права»; оптимальність існуючого розмежування кримінально протиправних та адміністративно караних порушень антикорупційного законодавства; кримінально-правові аспекти провокації підкупу; кваліфікація посередництва в наданні та одержанні неправомірної вигоди тощо.

За умов, коли зусилля держави не завжди дають бажаний результат у вигляді мінімізації корупційних проявів і зниження рівня корумпованості суспільства, саме напрацювання правничої науки можуть і повинні стати надійним фундаментом як для якісного і виваженого законотворення в частині визначення нормативних підстав кримінально-правового реагування на вчинення корупційних кримінальних правопорушень, так і для формулювання правозастосовних орієнтирів, розрахованих на практичних працівників різних суб'єктів антикорупційної діяльності, а також суддів.

Антикорупційне законодавство України і, зокрема, КК містить численні вади і «вузькі місця», які, однак, не стільки блокують, скільки ускладнюють правозастосування. З одного боку, зрозуміло, що від того, наскільки вдало викладено ту чи іншу кримінально-правову заборону, наскільки виразно законодавець об'єктивував свою волю, залежить ефективність цієї заборони, а дефекти кримінально-правової норми спроможні серйозно ускладнити її дію або навіть зробити «мертвою». З іншого, навіть якісний кримінальний закон не гарантує справедливого і виваженого правозастосування.

Окремі аспекти кримінально-правової характеристики злочинів, передбачених ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК, є дискусійними в юридичній літературі і на практиці (крім зазначених вище

⁵⁹ Захист відбувся в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України 14 квітня 2021 р.

моментів, це тлумачення зворотів «всупереч інтересам служби» і «використання... службового становища», змістовна наповнюваність відповідних суспільно небезпечних наслідків, співвідношення зловживання владою або службовим становищем і складів суміжних кримінальних правопорушень тощо).

Актуальність обраної теми посилюється через таку, що триває, роботу над проектом нового КК. Робочій групі є над чим поламати голову, бо фахівцями висловлюються нерідко діаметрально протилежні судження і з приводу перспектив заборон, закріплених у ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК.

Так, у висновку ГНЕУ Апарату Верховної Ради України (далі – ВРУ) на проект Закону України «Про внесення зміни до статті 364 Кримінального кодексу України щодо уточнення ознак окремих злочинів у сфері службової діяльності» (реєстр. № 2621 від 18 грудня 2019 р.) зазначається, що після прийняття Закону від 21 лютого 2014 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» диспозиція ч. 1 ст. 364 КК зазнала істотних негативних змін. Замість корисливих мотивів чи інших особистих інтересів або інтересів третіх осіб законодавець як обов'язкову суб'єктивну ознаку зловживання владою або службовим становищем передбачив мету одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи, чим істотно звузив межі кримінальної відповідальності за відповідне діяння. За відсутності (недоведеності органами досудового розслідування) вказаної мети в поведінці службової особи, яка умисно вчиняє певні службові зловживання, така особа взагалі не підлягає кримінальній відповідальності навіть у випадках, коли шкода, завдана внаслідок її суспільно небезпечного діяння, становить сотні мільйонів або й мільярди гривень. У зв'язку з цим найкращим із можливих способів вирішення проблем, пов'язаних із фактичною безкарністю за різноманітні службові зловживання, парламентські експерти називають повернення до тієї редакції ст. 364 КК, яка діяла до прийняття Закону від 21 лютого 2014 р.

Співзвучні міркування (про необґрунтоване звуження рамок кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 364 КК, і про те, що її теперішня редакція потребує радикальних, а не косметичних змін) висловлює М. Мельник у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію В. Громка «Вчинення злочину службовою особою як обставина, що обтяжує відповідальність за кримінальним правом України». З поміж іншого вчений вказує на існування конкуренції норм, передбачених ст. 364 і ст. 368 КК, яка породжує складність кваліфікації вчиненого службовою особою, а отже, створює додаткові перешкоди для ефективного кримінально-правового реагування на службові зловживання. Також М. Мельник висловлює припущення, що визначення істотної шкоди як ознаки складу злочину, передбаченого ст. 364 КК, було запроваджене в результаті прийняття Закону від 13 травня 2014 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» зовсім не випадково, а з далекоглядною метою, яка має важливе значення для розслідування службових злочинів, вчинених у період з листопада 2013 р. по лютий 2014 р.

Натомість Є. Письменський, розвиваючи ідеї М. Хавронюка, чи не найкращим варіантом удосконалення КК у вказаній частині вважає виключення з нього ст. 364 з одночасним внесенням змін до низки статей кримінального закону, які встановлюють відповідальність за діяння, що можуть вчинятись у спосіб зловживання владою або службовим становищем. На переконання дослідника, держава має: чітко визначати, які форми службового зловживання вона вважає злочинними, не допускаючи при цьому невиправдано широкого правозастосовного угляду; ліквідувати значний корупціогенний фактор, який був закладений у попередній редакції ст. 364 КК і частково залишається на сьогодні (або не допустити його повернення); реалізовувати кримінальну відповідальність лише щодо тих осіб, які вчиняють службове зловживання, з характерним для злочину рівнем суспільної небезпечності, тобто справжньою здатністю заподіювати істотну шкоду (див.: Письменський Є.О. Підстави кримінальної відповідальності за зловживання владою або службовим становищем: проблеми, тенденції, перспективи. Вісник Кримінологічної асоціації України. 2017. № 2. С. 179–197).

В юридичній літературі зустрічаються й інші цікаві думки щодо шляхів вдосконалення ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК, зокрема про скасування у цих статтях вказівки на істотну шкоду і про

те, що зазначені службові зловживання мають включати в себе й одержання неправомірної вигоди-винагороди, у зв'язку з чим КК необхідно доповнити нормою (нормами) про відповідальність за її надання, оскільки поняттям підкупу такі дії не охоплюються (див.: Чугуніков І.І. Мета одержання неправомірної вигоди як обов'язкова ознака зловживання владою або службовим становищем. Правові новели. 2020. № 10. С. 255–269).

Зауваження.

1. Поняттю «публічні послуги» притаманна законодавча невизначеність, що на практиці викликає серйозні труднощі з віднесенням певних категорій професіоналів до числа осіб, які здійснюють діяльність з надання публічних послуг, та, як наслідок, із кваліфікацією кримінально караних діянь цих суб'єктів. За таких обставин пропозиція дисертантки закріпити у п. 1 примітки ст. 365-2 КК визначення поняття публічних послуг (с. 124–125, 178) заслуговує на підтримку. Водночас не може не поставати питання про оптимальність наведеної дефініції – як через часткову абстрактність (оцінність) виділених ознак публічних послуг, так і з огляду на відсутність здійсненого здобувачкою критичного аналізу низки подібних визначень, сформульованих авторами монографічних робіт, присвячених кримінально-правовій характеристиці злочинів, вчинюваних особами, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг (див.: зокрема: Шиндель Ю.І. Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2014. С. 179–180; Рябенко М.В. Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2016. С. 177, 180; Коротюк О.В. Нотаріус як спеціальний суб'єкт злочину: монографія. Друге видання. Київ: ОВК, 2017. С. 177–178; Перешивко О.С. Кримінальна відповідальність за підкуп особи, яка надає публічні послуги: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2018. С. 143, 213).

Наприклад, К. Задоя, наполягаючи на відмові від практики розкриття змісту розглядуваного поняття шляхом відкритих переліків категорій осіб, як це має місце в чинному КК, пише, що абсолютна більшість категорій осіб з первинних переліків у статтях 365-2 і 368-4 КК характеризується певними спільними ознаками. Йшлося про осіб, які займаються діяльністю (наданням послуг), умовами здійснення якої є: а) наявність вищої освіти; б) проходження після здобуття вищої освіти спеціальної підготовки; в) одержання за результатами підготовки сертифікату (свідоцтва), що видається уповноваженим органом державної влади або уповноваженою державою самоврядною організацією. Саме ці ознаки, на думку згаданого науковця, і повинні лягти в основу майбутнього визначення поняття «особа, яка надає публічні послуги» (див.: Задоя К.П. Висновок щодо узгодженості між собою положень Кримінального кодексу України, Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального процесуального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення в аспекті кримінальної відповідальності за корупційні злочини. П. 17).

Існують, як вже зазначалось, й інші теоретичні підходи, опрацювання яких мало б передувати висуненню на суд наукової спільноти авторської дефініції поняття публічних послуг. Адже вона покликана уніфікувати вкрай коструbate правозастосування в частині визнання суб'єктами злочинів, передбачених ст. 365-2 і ст. 368-4 КК, осіб, безпосередньо не згаданих у цих заборонах.

Законодавчий зворот, відтворений здобувачкою у п. 2 примітки авторської редакції ст. 365-2 і диспозиції ч. 1 проєктованої ст. 367-1 КК (професійна діяльність, пов'язана з наданням публічних послуг), вважаю не зовсім вдалим; краще вести мову про професійну діяльність з надання публічних послуг. Необхідність уважного ставлення до законодавчої термінології зайвий раз підтверджується висловленою в юридичній літературі «оригінальною» думкою про те, що до осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, треба відносити осіб, які безпосередньо публічні послуги не надають, але виконання професійних обов'язків якими покликане сприяти їх наданню чи іншим чином пов'язане з їх наданням (наприклад, помічник нотаріуса) (див.: Коротюк О.В. Зазнач. праця. С. 178).

Ще й такий нюанс. Пані Марта-Марія не бачить проблем в ототожненні понять «особа, яка надає публічні послуги» та «особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням пу-

блічних послуг». Однак такий підхід у разі сприйняття його законодавцем спроможний викликати суперечливі тлумачення КК. Скажімо, відмінні від нотаріуса особи, уповноважені посвідчувати заповіді й довіреності, що прирівнюються до нотаріально посвідчених (йдеться про посадових осіб органів місцевого самоврядування, консульських установ України, головних лікарів, їх заступників з медичної частини, начальників госпіталів, директорів або головних лікарів будинків для осіб похилого віку та інвалідів, командирів (начальників) військових частин, начальників установ виконання покарань), не охоплюються поняттям нотаріуса як спеціального суб'єкта злочинів, передбачених ст. 365-2 і ч. 3 (ч. 4) ст. 3684 КК. Зазначені особи не здійснюють професійну (у нашому випадку – нотаріальну) діяльність з надання публічних послуг, але, вочевидь, можуть бути визнані особами, які в певних ситуаціях надають публічні послуги.

Законодавче віднесення деяких категорій осіб до числа тих, хто здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг, не є безспірним. Здобувачка, як вже зазначалось, помітила цю проблему щодо державних виконавців, але не відреагувала на помилковість надання такого кримінально-правового статусу арбітражному керуючому (с. 86, 120, 134, 151, 179).

На арбітражного керуючого на різних стадіях провадження у справі про банкрутство покладено виконання широкого кола обов'язків, які з погляду кримінально-правового поняття службової особи визнаються організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими. До набрання чинності Законом від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», який змінив кримінально-правовий статус арбітражного керуючого, панівною в юридичній літературі була точка зору, згідно з якою арбітражний керуючий визнавався службовою особою за ознакою виконання ним організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків за спеціальним повноваженням. Джерелом спеціального повноваження виступало рішення (ухвала) господарського суду. Незважаючи на те, що арбітражний керуючий не обіймає на підприємстві посад, пов'язаних із виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських обов'язків, і є ФОПом, виконання зазначених обов'язків покладається на нього рішенням (ухвалою) господарського суду. За таких обставин теоретична пропозиція виключити арбітражного керуючого з кола осіб, спроможних нести відповідальність, зокрема, за ст. 365-2 КК, і визнавати його суб'єктом злочину, передбаченого ст. 364 і ст. 364-1 КК (залежно від того, до яких юридичних осіб – публічного або приватного права – належить підприємство-боржник) загалом заслуговує на схвалення.

Так само складно погодитись із здобувачкою в частині віднесення до осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, уповноваженої особи та службової особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб (с. 178). Ці особи наділені організаційно-розпорядчими та адміністративно-господарськими повноваженнями, що вказує на помилковість такого віднесення (і наявного, і пропонованого у дисертації). Як слушно зазначає К. Задоя, ототожнення службових осіб Фонду гарантування вкладів фізичних осіб з особами, які надають публічні послуги, підриває системність кримінального закону – розділу XVII Особливої частини КК, який з-поміж іншого ґрунтується на диференціації кримінальної відповідальності службових осіб та осіб, які надають публічні послуги. Хоч можна углядіти певну подібність між правовим статусом уповноважених осіб Фонду гарантування вкладів фізичних осіб і правовим статусом арбітражних керуючих, ця обставина не спростовує помилковість законодавчого рішення про віднесення уповноважених осіб Фонду гарантування вкладів фізичних осіб до числа тих, хто здійснює професійну діяльність з надання публічних послуг.

2. Наскрізною ідеєю дисертаційного дослідження М.-М. Яциніної є розуміння кримінально протиправних зловживань, описаних у ст. ст. 364, 364-1 і 365-2 КК, як виду зловживання правом (с. 10, 55, 57, 173 та ін.). Такий теоретичний підхід виглядає цікавим і новаторським. Водночас різні інтерпретації зловживання правом у загальній теорії права, суперечливе вирішення питання про ознаки цієї специфічної юридично значущої поведінки спонукають поставити для обговорення деякі питання.

Чи не суперечить обстоюваному здобувачкою розумінню зловживань владою, службовим становищем, повноваженнями:

1) визнання однією з ознак об'єктивної сторони складів цих злочинів протиправності діянь, що однозначно впливає із наведених у дисертації типових форм (способів) зловживання владою (с. 81–82) і зловживання службовим становищем (с. 85–86)?

Йдеться про: втручання в діяльність органів державної влади, їх службових та посадових осіб, інших працівників (шляхом незаконних вказівок, розпоряджень, наказів, спрямованих на надання переваг окремим фізичним особам або юридичним особам або усунення перешкод у їх діяльності, у т. ч. про припинення щодо них перевірок, звільнення від відповідальності за виявлені порушення); прийняття рішень нормативного характеру – підготовка та видання нормативно-правових актів, які передбачають сприяння окремим юридичним особам чи фізичним особам у їх діяльності; використання державних чи суспільних коштів не за призначенням; потурання правопорушенням підлеглих чи підконтрольних осіб; реалізацію товарів, робіт чи послуг за заниженими цінами; використання основних засобів в особистих інтересах, що призвело до збитків; укладення договору на не вигідних для юридичної особи умовах за відсутності ознак кримінального правопорушення проти власності тощо. Вести мову про формальну правомірність такої поведінки, мабуть, недоречно. Однією ж з основних ознак зловживання правом є здійснення законного суб'єктивного права чи виконання юридичного обов'язку в межах, передбачених законом; у цьому аспекті зловживання правом є нібито правомірним діянням (див.: Євтеєва Д.П. Кримінально-правова характеристика зловживання опікунськими правами: соціальна обумовленість і склад злочину: монографія. Харків: Право, 2015. С. 106);

2) пропозиція *de lege ferenda* використати в авторських редакціях ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК зворот «вчинення... будь-якої дії чи утримання від вчинення дій, що є порушенням законодавства...» (с. 176, 177, 178)? Тобто на виконання ст. 19 Конвенції ООН проти корупції (с. 155–156) підкреслюється *незаконний* характер відповідних діянь, щодо яких міркування про притаманну зловживанню правом поведінку, здійснювану у спосіб, дозволений правом, як на мене, позбавлені сенсу.

Цікаво, до речі, якщо зворот «використання всупереч інтересам» у чинних редакціях ст. 364 і 364-1 КК використовується обґрунтовано, бо, як пише здобувачка, кореспондує ознаці зловживання правом (с. 55, 77), то чому він не знаходить відбиття в авторських редакціях цих кримінально-правових заборон?

У рішеннях Верховного Суду (ВС) неодноразово наголошується на тому, що зловживання правом – це свого роду спотворення права, коли особа надає своїм діям видимість юридичної правильності, використовуючи насправді свої права в цілях, які є протилежними тим, що переслідує позитивне право (див.: Верховний Суд роз'яснив, що є зловживання правом). Не думаю, що ця ознака беззастережно характерна для досліджуваних у дисертації злочинів, вчинюваних у спосіб, перераховані вище.

Якщо зловживати – означає вживати, використовувати що-небудь на зло чи шкоду комусь, то чи не маємо ми справу у цьому разі зі звичайним омонімом? Омоніми – це слова, однакові за звучанням, але різні за значенням. Так, не визнає ж дисертантка згадане у ст. 190 і ст. 192 КК *зловживання* довірою видом *зловживання* правом?

3. М.-М. Яциніна заперечує можливість службового зловживання шляхом використання не повноважень службової особи, а тих можливостей, якими службова особа офіційно не наділена, зокрема її авторитету (с. 10, 89, 136). Щодо ст. 364-1 КК «Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» така позиція ґрунтується на «букві» закону (на мою думку, недолугого), через що спростувати її навряд чи вдасться, а ось щодо ст. 364 КК «Зловживання владою або службовим становищем» вона (позиція) означає не виправдано обмежувальне тлумачення чинного кримінального закону.

Наприклад, М. Мельник як багаторічний коментатор ст. 364 КК не сумнівається в тому, що службова особа при зловживанні у будь-якій формі прагне скористатися своїм службовим становищем, яке передбачає як наявність передбачених законами та іншими нормативно-правовими актами повноважень (прав і обов'язків), так і наявність фактичних можливостей, які надає їй сама посада (її загальновизнана вага, важливість, впливовість). На переконання В. Навроцького, карана за ст. 364 КК дія або бездіяльність вчиняються службовою особою з використанням

свого службового становища. При цьому може мати місце, зокрема, використання свого службового становища для впливу на вищестоящих службових осіб, в компетенції яких знаходиться вчинення певного діяння, або на колегіальний орган, а так само використання свого службового авторитету, авторитету посади чи органу, де працює винний, для впливу на інших службових осіб, працівників підприємств, установ, організацій, окремих громадян, завдяки чому ті вчиняють діяння, вигідне для того, хто зловживає своїм статусом.

Цікаво, що в Законі України «Про запобігання корупції» міститься адресована відповідним суб'єктам заборона «використовувати службові повноваження або своє становище *та пов'язані з цим можливості*» (с. 84 дисертації). Інакше кажучи, законодавець не відкидає можливість зловживань поза межами повноважень, наданих особам, на яких поширюється дія антикорупційного законодавства.

Обстоюючи свою точку зору, дисертантка пише, що «жодна норма права не містить прямої вказівки на те, що зловживати можна, використовуючи авторитет посади» (с. 87). Цікаво було б дізнатись, який вигляд могла б мати правова норма, яка б уможлиблювала (дозволяла) зловживати шляхом використання авторитету.

На підтвердження обстоюваної нею позиції здобувачка відтворює висловлювання М. Хавронюка про те, що в жодній статті КК України не йдеться про використання можливостей, пов'язаних з наданою владою, службовим становищем чи службовими повноваженнями. Виходячи з принципу законності, відповідно до якого кримінальна протиправність діяння визначається тільки КК (ч. 3 ст. 3 КК), використання зазначених можливостей не може бути ознакою складу кримінального правопорушення. Тому, якщо службова особа, наприклад, одержала неправомірну вигоду за вчинення в інтересах того, хто її надав, будь-якої дії не з використанням наданої їй влади чи службового становища, а з використанням пов'язаних з ними можливостей (скажімо, можливості керівника ЦОВВ схилити непідпорядковану, непідконтрольну та невідому йому службову особу державного підприємства до прийняття певного рішення), то під кутом зору Закону «Про запобігання корупції» ця особа вчиняє корупційне правопорушення, а під кутом зору КК – ні (с. 89).

Я не є прибічником наведеної логіки міркувань. Дотримання принципу законності не виключає тлумачення КК. Нагадаю, що переважна більшість науковців обстоювала широке розуміння використання службового становища при одержанні хабара і, не зводячи його до діянь у межах службової компетенції, включала в це поняття використання службовою особою свого службового авторитету, зв'язків з іншими службовими особами, інших можливостей, обумовлених займаною посадою. Відтак наголос робився на фактичних можливостях по службі, які виходять за межі службової компетенції винного та яких позбавлені особи, котрі не займають ту чи іншу посаду. При цьому увага зверталась, зокрема, на те, що жодна службова особа не уповноважується на вчинення незаконних і, тим більше, злочинних діянь. У разі ж сприйняття вузького розуміння використання службового становища (діяння, зумовлені виключно службовою компетенцією особи) випадки отримання винагород за незаконні діяння по службі не будуть охоплюватись складом одержання хабара. Незаконне використання особою свого службового авторитету, інших можливостей, обумовлених займаною посадою, є не менш суспільно небезпечним, ніж діяння в межах службової компетенції (див.: Дудоров О.О. Проблемні питання кримінальної відповідальності за одержання хабара: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 1994. С. 33–35; Мельник М.І. Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства. Київ: Парламентське вид-во, 2000. С. 85–86). До речі, цей підхід знайшов відбиття у коментарі до ст. 368 КК, написаному у співавторстві О. Дудоровим і М. Хавронюком (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 1162). Інша справа, що тепер в цій частині варто робити застереження, зумовлені появою в КК ст. 369-2 «Зловживання впливом». І змодельована М. Хавронюком ситуація з одержанням неправомірної вигоди службовою особою за вплив на невідому особу якраз і актуалізує питання про розмежування складів злочинів, передбачених ст. 368 і ст. 369-2 КК. Проте і зловживання впливом – це корупційне кримінальне правопорушення (примітка ст. 45 КК).

Висуненню здобувачкою положення про те, що зловживання владою або службовим становищем не охоплює перевищення влади або службових повноважень (с. 10, 155, 176), мало б передувати спростування аргументів В. Навроцького на користь протилежного підходу, згідно з яким для усіх інших представників влади та службових осіб (які не є працівниками правоохоронних органів) поняття службового зловживання охоплює як дії, вчинені в межах компетенції, так і з виходом за них (див.: Дудоров О.О., Житний О.О., Задоя К.П. та ін. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. С. 69. С. 27–28, 69–70).

4. Розкриваючи особливості суб'єктивної сторони зловживання владою або службовим становищем, дисертантка некритично посилається на вирок ВАКС від 30 квітня 2020 р. у справі № 991/2904/20, яким одному з колишніх народних депутатів України було інкриміновано ч. 2 ст. 364 КК (с. 131–132).

Цим вироком, який став своєрідною «першою ластівкою», суд визнав экс-депутата винуватим у тому, що той у період з 22 лютого 2016 р. по 31 грудня 2018 р., будучи представником колегіального органу законодавчої влади, тобто службовою особою, умисно, з корисливих мотивів, зловживаючи владою, всупереч інтересам служби отримав неправомірну вигоду для себе, а саме грошові кошти за рахунок бюджетних коштів, передбачених на забезпечення діяльності ВРУ, чим спричинив тяжкі наслідки охоронюваним законом державним інтересам в особі юридичної особи публічного права – Управління справами Апарату ВРУ. За версією органу обвинувачення, підтриманою ВАКС, экс-депутат, не маючи права на виплату передбаченої ст. 35 Закону «Про статус народного депутата України» компенсації вартості оренди житла або винайму готельного номеру, з метою отримання неправомірної вигоди за рахунок грошових коштів державного бюджету подав на ім'я керівника Апарату ВРУ відповідну заяву, внаслідок чого йому було безпідставно нараховано і сплачено грошові кошти для компенсації вартості оренди житла та/або винайму готельного номеру в сумі 582 430 грн.

Проблема, однак, полягає у тому, що кваліфікація вказаної неправомірної поведінки за ч. 2 ст. 364 КК, на моє переконання і переконання судді ВАКС Л. Задорожної, яка написала окрему думку до згаданого вироку, є неправильною. У своїх публікаціях я доводив, що згаданий обвинувальний вирок вчергове продемонстрував характерну для сьогоденного правозастосування невтішну тенденцію, яка полягає в тому, що неправильна кримінально-правова оцінка вчиненого нерідко «прикривається» угодою в кримінальному провадженні, у т. ч. угодою про визнання винуватості (див.: Дудоров О. Кейс Черненко, або Як НАБУ дії народних обранців кваліфікувало. Юридичний вісник України. 31 липня – 6 серпня 2020 р., № 30; Дудоров О. Кейс Черненко, або Як НАБУ дії народних обранців кваліфікувало. Запобігання корупції у приватному секторі: матеріали наук.-практ. онлайн «круглого столу», присвяченого 25-річчю із дня створення НДІ вивчення проблем злочинності та 95-річчю із дня народження акад. Володимира Сташиса (м. Харків, 1 лип. 2020 р.). Харків: Право, 2020. С. 40–49).

Зокрема, виходячи з того, що звернення экс-депутата до Управління справами Апарату ВРУ із заявою про видачу йому грошової компенсації вартості оренди житла та/або винайму готельного номеру, що призвело до перерахування бюджетних коштів на банківський рахунок депутата, немає підстав розглядати як реалізацію відповідних владних (службових) повноважень, я констатував відсутність у вчиненому зловживання владою, а отже, ознак складів корупційних злочинів, передбачених ст. 191 і ст. 364 КК. Як зазначається з цього приводу в літературі, під час подання такої заяви народний депутат виступає від себе, а не як представник держави; подача такої заяви не входить до кола службових (владних) повноважень народного депутата, як і прийняття позитивного рішення на підставі цієї заяви; повноваження народного депутата не поширюються на службових осіб Апарату ВРУ, уповноважених вирішувати питання про компенсацію вартості оренди (винайму) житла; сам факт подання заяви не тягне за собою юридичних наслідків, які настають лише за умови прийняття уповноваженою службовою особою Апарату ВРУ рішення про компенсацію вартості оренди (винайму) житла (див.: Надточієва А.П. Проблеми кваліфікації дій народних депутатів за ст. 364 Кримінального кодексу України. Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. Вип. 85 / редкол.: Г.І. Чанишева (голов. ред.) та ін. Одеса: Гельветика, 2020. С. 154).

Далі я розвинув тезу про те, що у не поєднаному із зловживанням владою і при цьому обманному заволодінні бюджетними коштами під виглядом компенсації вартості оренди житла або винайму готельного номеру *могли* вбачатись ознаки шахрайства (ст. 190 КК).

Пані Марта-Марія звертається до розглядуваного вироку ВАКС передусім для того, щоб проілюструвати свою тезу про «прямоумисний» характер злочину, передбаченого ст. 364 КК (с. 132). Однак, якщо вірити ЗМІ, то у судовому засіданні экс-депутат заявив таке: «Я дійсно знав, що не нараховують компенсації тим, хто живе або має місце для проживання у 30-кілометровій зоні. Я зареєстрований у Бородянці. Я був певен, що це 50 км, але рахувати потрібно не від центру, а від меж Києва, і Бородянка належить до цієї зони. Якби я на той момент усе це знав, я б не звертався по компенсацію». Із наведеної заяви обвинуваченого, яка зазнала у вироку своєїрідної (насправді – обвинувальної) інтерпретації, впливає відсутність і усвідомлення суспільно небезпечною характеру інкримінованого діяння, і цілеспрямованості дій щодо заволодіння бюджетними коштами. Якщо суб'єкт помилився у відповідних розрахунках (а така його заява, судячи з вироку ВАКС, залишилась неспростованою), то про який прямий умисел тут може йти мова? За цих обставин кримінальна відповідальність і за ст. 190 КК мала виключатись, оскільки шахрайство – це кримінальне правопорушення, яке може бути вчинене лише з умислом.

5. Ретельно розглянувши проблему змісту таких понять, як істотна шкода і тяжкі наслідки, здобувачка врешті-решт висловила за повернення до редакції п. 3 і п. 4 примітки ст. 364 КК, яка діяла до набрання чинності Законом від 13 травня 2014 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» (с. 101, 177).

Як і М.-М. Яциніна, вважаю принципово неправильним зведення суспільно небезпечних наслідків як ознаки складів злочинів, передбачених ст. ст. 364, 364-1, 365, 365-2, 366, 367 КК, лише і саме до наслідків, що піддаються грошовій оцінці. Водночас неприйнятним, на мій погляд, буде і повернення до стану справ, який існував до набрання чинності згаданим Законом, коли істотна шкода і тяжкі наслідки в частині, відмінній від майнової шкоди, носили оцінний («гумовий») характер. Не в останню чергу через цю обставину ст. 364 КК дозволяла як притягувати до кримінальної відповідальності осіб, чиї діяння не характеризувались суспільною небезпечкою, так і в корупційний спосіб уникати відповідальності тим, хто вчинив суспільно небезпечні посягання. Задля реалізації принципу правової визначеності держава має по можливості чітко визначати, які суспільно небезпечні наслідки службових зловживань вона визнає достатніми для інкримінування відповідних кримінально-правових заборон, не допускаючи при цьому надмірно широкого правозастосовного угляду. На користь такого варіанту вдосконалення КК вказує позиція Парламентської асамблеї РЄ, яка полягає в тому, що широкі та неоднозначні положення національного кримінального законодавства щодо зловживання службовим становищем можуть бути досить проблематичними як щодо їхньої відповідності ст. 7 ЄКПЛ, так й іншим основним вимогам в рамках верховенства права, а також можуть стати особливо вразливими перед політичними зловживаннями.

6. Дисертантка є прибічницею позиції, згідно з якою *de lege lata* ст. 75 КК не підлягає застосуванню щодо корупціонерів. Водночас називаючи необґрунтованою наявну заборону звільнення від відбування покарання з випробуванням осіб, які вчинили корупційні кримінальні правопорушення, авторка висловлюється за повернення до редакції ст. 75 КК, яка не містила застереження «крім випадків засудження за корупційне кримінальне правопорушення» (с. 164–167, 171). Позначене питання (а воно є значною мірою похідним від іншого питання – чи співвідносяться ч. 1 і ч. 2 ст. 75 КК як загальна і спеціальна норми, відповідно) є дискусійним як у теорії, так і на практиці. Ба більше: спостерігається таке, що не афішується, протистояння між ВАКС, який послідовно висловлюється за застосування ч. 2 ст. 75 КК (є, щоправда, окремі думки суддів), і ККС ВС – при тому, що саме останній покликаний забезпечувати сталість та єдність судової практики.

На мою думку, застосування ст. 75 КК (уточню – її ч. 2) щодо корупціонерів не виключається. Виходжу з того, що ч. 2 ст. 75 КК: а) передбачаючи звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або визнання винуватості, на відміну від ч. 1 вказаної статті КК, не містить негативного застереження щодо корупційних правопорушень; б) закріплює всі матеріально-правові передумови її застосування,

сформульовані Законом від 13 квітня 2012 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України», на підставі якого у ст. 75 КК з'явилась ч. 2; в) є окремим (самостійним) приписом стосовно ч. 1 ст. 75 КК. Звільнення з випробуванням при затвердженні угоди (ч. 2 ст. 75 КК) має здебільшого процесуально-правову природу, оскільки підстави, умови та порядок укладення відповідних угод визначає кримінальне процесуальне законодавство, а ч. 2 ст. 75 КК носить відсильний характер. У будь-якому разі констатую, що пані Марта-Марія підійшла до висвітлення розглядуваної проблеми однобічно, обмежившись викладом думок науковців (В. Бурдін, Г. Зеленов, О. Кваша та ін.), які заперечують можливість застосування ст. 75 КК щодо корупціонерів, і «не помітивши» погляди дослідників, які таку можливість не відкидають (див., наприклад: Михайленко Д.Г. Звільнення від відбування покарання з випробуванням при засудженні за корупційний злочин у випадку затвердження угоди про визнання вини. Вісник прокуратури. 2016. № 1. С. 26–37; Горох О.П. Законодавчі обмеження щодо звільнення від покарання корупціонерів. Вісник Академії адвокатури України. 2016. Т.13. № 1. С. 50–53; Житний О.О., Ключко А.М. Деякі проблеми звільнення від відбування покарання з випробуванням особи, яка засуджується за корупційний злочин. Вісник Харківського національного університету ім. В.Н. Каразіна. Серія «Право». 2017. Вип. 24. С. 111–114).

Маємо справу з черговим проявом правової невизначеності, за якої звернення до різних способів і методів тлумачення КК дозволяє дійти різних висновків щодо розв'язання тих чи інших питань його застосування. Але якщо це правова невизначеність, то чому тут не можуть стати у нагоді аргументи, які дисертантка використала при з'ясуванні змісту понять «істотна шкода» та «тяжкі наслідки: всі сумніви – на користь особи (ст. 62 Конституції України); в Україні діє принцип верховенства права, складовою якого є принцип правової визначеності» (с. 97)?

Я погоджуючись із здобувачкою у тому, що із питання застосування ч. 2 ст. 75 КК щодо корупціонерів слід вносити ясність у законодавчому порядку. Але пропонує пані Мартою-Марією повернення до редакції ст. 75 КК, яка не містила негативного застереження «крім випадків засудження за корупційне кримінальне правопорушення», навряд чи може розцінюватись як задовільне розв'язання проблеми – остання має вирішуватись у контексті збереження (або, навпаки, скасування) запровадженого у 2015 р. спеціального (жорсткого) кримінально-правового режиму протидії корупції. Йдеться, нагадаю, про обмеження можливості застосування низки пільгових кримінально-правових засобів щодо осіб, які вчинили корупційні злочини (наразі кримінальні правопорушення), – положень КК, присвячених звільненню від кримінальної відповідальності, звільненню від покарання та його відбування, призначенню більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, і зняттю судимості. Висловлю для обговорення думку про те, що *de lege ferenda* спеціальний кримінально-правовий режим має бути збережений лише стосовно так званих гранд-корупціонерів, заради боротьби зі злочинами яких в Україні і створювалася новітня антикорупційна інфраструктура (НАБУ, САП, ВАКС).

7. Недоречним вважаю включення у рубрику наукової новизни «уперше» положення про встановлення кримінальної відповідальності за недбалість, вчинену особами, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг (с. 10). Річ у тім, що раніше (2019 р.) таку ж пропозицію висунула та аргументувала у своїй дисертації С. Рак. Щоправда, на відміну від пані Марти-Марії, переконаної у доцільності виокремлення у КК нової заборони – ст. 367-1 «Професійна недбалість осіб, які надають публічні послуги» (с. 179), С. Рак запропонувала розв'язувати проблему шляхом розширення коло суб'єктів злочину, передбаченого ст. 367 КК, за рахунок осіб, які надають публічні послуги, й уточнення назви цієї статті КК. Остання, на її думку, могла б мати такий вигляд: «Службова недбалість або недбалість особи, яка надає публічні послуги (див.: Рак С.В. Кримінальна відповідальність за службову недбалість: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2019. С. 4, 10, 14–15, 16).

Так само складно погодитись із включення у рубрику наукової новизни «уперше» положення про необґрунтованість закріпленої в чинному КК диференціації кримінальної відповідальності за службові кримінальні правопорушення за критерієм сфери суспільних відносин, у яких службова особа здійснює свої повноваження, і необхідність встановити однакову кримінальну відповідальність за зловживання повноваженнями службовими особами, які здійснюють органі-

заційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції в юридичних особах незалежно від форми власності та порядку створення (с. 9).

Адже у 2019 р. М. Хавронюк, назвавши ст. 364-1 і ст. 365-2 КК зайвими, написав, що за відсутності цих норм КК згадані в них особи могли б нести відповідальність за ст. 364 КК, а незначну відмінність їхнього статусу від статусу «публічних» службових осіб можна було б врахувати при застосуванні санкцій ст. 364 КК, які передбачають альтернативні покарання з вельми широкими межами (див.: Альтернативний звіт з оцінки ефективності впровадження державної антикорупційної політики / О.В. Калітенко, Д.О. Калмиков, І.Б. Коліушко та ін.; за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. С. 217). Звісно, слід уточнити, що осіб, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, наразі немає підстав визнавати службовими особами у кримінально-правовому сенсі, однак у частині пропонованої уніфікації кримінальної відповідальності за службові зловживання, на сьогодні передбачені ст. 364 і ст. 364-1 КК, позиція М. Хавронюка фактично збігається зі згаданим положенням наукової новизни, висунутим М.-М. Яциніною.

Проте це (відповідне положення сформульоване уперше чи все ж набуло у дисертації подальшого розвитку) – формальний момент; значно серйознішим є змістовний аспект позначеної проблеми. У своїй публікації ми з Г. Зеленовим, виходячи, зокрема, з недосконалості втіленої в чинному КК диференціації кримінальної відповідальності за зловживання службових осіб юридичних осіб публічного та приватного права, вказали на те, що зазначена позиція М. Хавронюка потребує (особливо у контексті розроблення проекту нового КК) фахового обговорення (див.: Дудоров О.О., Зеленов Г.М. Деякі міркування щодо перебудови розділу XVII Особливої частини Кримінального Кодексу України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг». Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України: матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 17–19 жовт. 2019 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), А.П. Гетьман, Ю.В. Баулін та ін. Харків: Право, 2019. С. 450–461).

Частково сприймаючи аргументи, які здобувачка навела на користь ініційованої нею уніфікації кримінальної відповідальності за зловживання службових осіб, які здійснюють організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції в юридичних особах приватного і публічного права (с. 66–72, 126, 136, 161, 163, 175 та ін.), водночас вимушений констатувати, що пані Марта-Марія підійшла до розв'язання позначеної фундаментальної кримінально-правової проблеми дещо спрощено і фрагментарно, без спростування обстоюваного багатьма вітчизняними фахівцями положення про відмінність у концептуальних підходах, на яких має ґрунтуватись кримінальна відповідальність за службові злочини у публічній і приватній сферах.

Нагадаю, що ідея такої диференціації, яка знайшла втілення у чинному КК унаслідок ухвалення Закон України від 7 квітня 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення», розроблялась у нашій кримінально-правовій науці тривалий час (щонайменше з першої половини 90-х рр. XX століття). Вважається, що відбитий у КК диференційований підхід до кримінальної відповідальності за службові правопорушення осіб, задіяних у публічній і приватній сферах, враховує різницю у суспільній небезпеці відповідних посягань, ґрунтується, серед іншого, на власному історичному досвіді (дореволюційному, часів непу), досвіді країн із розвинутою ринковою економікою, міжнародно-правових документах. До слова у ст. 19 Конвенції ООН проти корупції «Зловживання службовим становищем», спираючись з-поміж іншого на текст якої М.-М. Яциніна висуває свої пропозиції щодо вдосконалення КК, фігурує *державна посадова особа*. Сумнівність наявного нормативного критерію диференціації кримінальної відповідальності за службові зловживання в публічній і приватній сферах не означає того, що вказана диференціація не є соціально обумовленою.

8. На с. 139 дисертації зазначається, що учасник господарського товариства та кінцевий бенефіціарний власник як особи, які мають право контролювати діяльність юридичної особи та приймати рішення щодо юридичної особи, можуть брати участь і в інших кримінальних правопорушеннях (йдеться про правопорушення, відмінні від караних за ст. 219 КК «Доведення до банкрутства» і ст. 218-1 КК «Доведення банку до неплатоспроможності»), суб'єктом яких може бути лише службова особа. У тому випадку, якщо їхні рішення реалізують особи, які не усвідомлюють значення своїх діянь (посередні виконавці), складається ситуація, за якої учасника юридичної

особи та кінцевого бенефіціарного власника неможливо притягнути до кримінальної відповідальності.

По-перше, уточню, що посередніми (опосередкованими) виконавцями слід визнавати не так званих невинуватих агентів, як це впливає з наведеного висловлювання здобувачки, а тих, хто використовує їх як «живе знаряддя».

По-друге, кримінальна відповідальність учасника господарського товариства та кінцевого бенефіціарного власника у розглядуваній ситуації не виключається, бо, з огляду на ч. 2 ст. 27 КК, ці особи можуть відповідати саме як опосередковані виконавці (вони використовують інших осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне).

По-третє, поняттям «опосередкованого виконавця» кримінального правопорушення *de lege ferenda* варто охопити того, хто вчиняє кримінальне правопорушення шляхом використання особи, яка діє через необережність. Йдеться про доповнення ч. 2 ст. 27 КК після слів «не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне» словами «або діють необережно». На мою думку, такий варіант вдосконалення КК зумовлений, серед іншого, потребою давати належну кримінально-правову оцінку поведінці фактичних управлінців суб'єктів господарювання в тих випадках, коли допущені фіктивними керівниками порушення регулятивного законодавства містять ознаки необережного злочину – службової недбалості. У такій ситуації для досягнення поставленої мети завідомо використовується особа, яка за скоєне на підставі ст. 367 КК кримінальній відповідальності підлягає (хоч і не за умисне посягання), тобто це не опосередковане вчинення кримінального правопорушення, описане в ч. 2 ст. 27 КК. З іншого боку, фактичні управлінці не можуть притягуватись до відповідальності і за співучасть, оскільки вона можлива тільки в умисних кримінальних правопорушеннях. З'ясована лазівка нерідко дозволяє фактичним керівникам суб'єктів господарювання, включаючи учасників господарського товариства і кінцевого бенефіціарного власника, уникати відповідальності за ініційоване та організоване ними кримінально протиправні порушення приписів чинного законодавства (див.: Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ: Ваїте, 2017. С. 657). Чи не видається здобувачці такий варіант удосконалення КК (з огляду на його універсальність) перспективнішим порівняно з її пропозицією фактично рухатись казуїстичним шляхом і розширювати суб'єктний склад відповідних кримінальних правопорушень (зокрема, господарських) за рахунок учасників господарських товариств і кінцевих бенефіціарних власників?

Твердження здобувачки про те, що «в науковій літературі ще не порушувалося питання, чи є учасник господарського товариства службовою особою» (с. 116), не відповідає дійсності, бо, наприклад, я зі своєю ученицею Я. Ризак свого часу писав, що учасники господарських товариств, які не займають у цих товариствах посад, пов'язаних із виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, службовими особами юридичних осіб приватного права не визнаються. Ми посилались на думку Б. Волженкіна про те, що голосування з тих чи інших питань діяльності господарського товариства та інші подібні дії – це не служба. Тому учасники господарських товариств, які не входять до складу їх виконавчих органів, не можуть вчинити злочини проти інтересів служби (див.: Волженкин Б.В. Служебные преступления: комментарий законодательства и судебной практики. Санкт-Петербург: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 252). Також ми розглядали питання про визнання службовою особою, зокрема, одноособового засновника ТОВ, а також відзначали певну неузгодженість між загальним визначенням поняття службової особи (ч. 3 ст. 18 КК) і законодавчим зворотом «службова особа юридичної особи приватного права», використаним у ст. 368-3 КК, – при тому, що на практиці трапляються випадки, коли, наприклад, загальні збори учасників господарського товариства уповноважують одного з його учасників, який не перебуває в штаті цього товариства, укласти договори, підписувати фінансові документи, організувати податковий облік тощо, тобто здійснювати функції, характерні для службової особи (див.: Дудоров О.О., Ризак Я.В. Суб'єкт «пасивного» підкупу службової особи юридичної особи приватного права: сучасний стан і перспективи. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2015. Вип. 3. С. 81–98; Дудоров О.О., Коломоець Т.О., Кушнір С.М., Макаренко О.Л. Загальнотеоретичні, адміністративно- та кримінально-правові основи концептуалізації антикорупційної реформи в Україні: колективна монографія. Запоріжжя, 2019. С. 269–270).

9. Текст дисертації не позбавлений і деяких інших неточних або невдалих висловлювань.

Так, на с. 18 зазначається, що доповнення КК ст. 365-2 «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» (мабуть, тут варто було згадати і ст. 368-4 КК «Підкуп особи, яка надає публічні послуги») призвело до нових наукових дискусій, зокрема, з приводу того, чи є особи, які надають публічні послуги, службовими особами. Про такі наукові дискусії офіційному опоненту невідомо. Відповідний законодавчий крок загалом заслуговує схвальної оцінки, бо, як відомо, дозволив об'єднати в одну групу спеціальних суб'єктів злочинів, «прирівняних» до службових, тих осіб, стосовно віднесення яких до числа службових в юридичній літературі і на практиці висловлювались суперечливі судження. Інша справа – реалії правозастосування, коли (і це слушно відмічає дисертантка) окремі особи, які здійснюють професійну діяльність з надання публічних послуг, безпідставно визнаються службовими особами, що тягне неправильну кримінально-правову кваліфікацію їхньої неправомірної поведінки.

На с. 21 малодослідженими називаються поняття осіб, які надають публічні послуги, їх правове становище, а також поняття та ознаки публічних послуг. Складно зрозуміти причину появи такого висловлювання після того, як на с. 18 роботи перераховується низка дисертацій, присвячених кримінально-правовій характеристиці злочинів, вчинюваних особами, які надають публічні послуг (тут, до речі, не згадуються кандидатська дисертація О. Коротюк і видана за результатами її захисту монографія: Коротюк О.В. Нотаріус як спеціальний суб'єкт злочину: монографія. Київ.: ОВК, 2017. 216 с.).

На захист, серед інших, виноситься положення про те, що «зловживання владою є більш суспільно небезпечним, ніж зловживання організаційно-розпорядчими або адміністративно-господарськими функціями, і тому потребує іншої кримінально-правової охорони, що зумовлює диференціацію кримінальної відповідальності» (с. 10). Створюється враження, що кримінально-правової охорони потребує... зловживання владою. Аналізуючи ст. 12 Конвенції ООН проти корупції, здобувачка пише, що в цьому документі «не йдеться про необхідність різної кримінально-правової охорони зловживань у публічному та приватному секторах» (с. 69). Зрозуміло, що кримінально-правовій охороні підлягають певні суспільні відносини (а не зловживання).

До слова суспільні відносини щодо правильного здійснення влади, організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій у публічному секторі і приватному секторі, а також щодо правильного надання публічних послуг на одних сторінках дисертації (с. 66–67, 135, 174) називаються видовими об'єктами відповідних злочинів, а на інших сторінках (с. 71–72) – безпосередніми об'єктами.

На с. 115 можна прочитати: «У науковій літературі та на практиці часто виникає питання, чи є службовими особами приватні підприємці та фізичні особи-підприємці». Далі ж М.-М. Яциніна дискутує з Р. Горою, який не визнає керівника приватного підприємства службовою особою. При цьому заявлене питання (про належність ФОПа до числа службових осіб) не висвітлюється.

На відміну від здобувачки, яка пише, що «ст. ст. 364 або 364-1 КК України з ч. 2 ст. 191 КК України співвідносяться як загальна та спеціальна норми» (с. 147), вважаю, що у цьому разі варто вести мову про інший вид кримінально-правової конкуренції – конкуренцію норми-частини та норми-цілого.

Вжитий у назвах окремих структурних частин дисертації зворот «кримінальні правопорушення, пов'язані зі зловживанням владою, службовим становищем або повноваженнями» видається не зовсім вдалим, бо здатен навести на думку (хйбну) про те, що йтиметься про якісь інші кримінальні правопорушення, а не ті, що передбачені ст. ст. 364, 364-1, 365-2 КК та означають (становлять, складають) відповідні зловживання.

Відгук на дисертацію Т.А. Сокур
«Кримінальна відповідальність за умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції»⁶⁰

Перехід України до ринкової моделі розвитку суспільства, а отже, формування конкурентного середовища, демократичних інститутів і громадянського суспільства зумовлюють потребу у проведенні ефективної споживчої політики. Адже кожен із членів суспільства водночас є споживачем товарів, послуг, робіт і вправі розраховувати на те, що вони будуть безпечними для нього та якісними. Невипадково ч. 3 ст. 42 Конституції України проголошує, що держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт. Відповідно до ст. 14 Закону України «Про захист прав споживачів» споживач має право на те, щоб продукція за звичайних умов її використання, зберігання і транспортування була безпечною для його життя, здоров'я, навколишнього природного середовища, а також не завдавала шкоди його майну. Право фізичної особи на безпечні для неї продукти споживання (харчові продукти і предмети побуту) закріплене у ст. 293 Цивільного кодексу України (ЦК), а у ст. 39 Господарського кодексу України (ГК) передбачено, що споживачі мають право на безпеку товарів (робіт, послуг).

Стверджувати, однак, що на сьогодні між зазначеними задекларованими положеннями і життєвими реаліями має місце відповідність, на жаль, не доводиться. Кожен із нас як споживач чи не щодня відчуває на собі проблему обігу недоброякісних і, зокрема, небезпечних товарів, робіт, послуг. А практика діяльності контролюючих і правоохоронних органів України щодо дотримання законодавчих вимог на споживчому ринку свідчить, що майже у 85 % перевірених суб'єктів господарювання встановлюються порушення норм і стандартів виробництва та реалізації товарів.

Одними із засобів забезпечення безпечного середовища проживання людини є правові засоби, а одним із різновидів останніх – кримінально-правові засоби. При цьому із законодавчого і правозастосовного досвіду країн із розвинутою ринковою економікою випливає, що до проблем кримінально-правової охорони економічної діяльності не варто підходити спрощено та однобічно. В юридичній літературі (І. Клепицький) доведено помилковість широко розповсюдженої думки про незначну роль кримінально-правових норм в охороні економічної діяльності в умовах ринку; насправді за обсягом забороненої під загрозою кримінальної відповідальності поведінки в економічній сфері розвинені країни з ринковою економікою явно і значно перевершують пострадянські держави. Відтак «правонаступник» розділу VII Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК) має охопити щонайменше такі складові, як кредитна система (передусім інститут банкрутства), інвестиції, фінанси (включаючи справляння податків і соціальних внесків, грошовий обіг і сферу безготівкових розрахунків), зовнішньоекономічна діяльність і сфера митного адміністрування, підприємництво, засади сумлінної конкуренції та споживчий ринок.

У резолюції XX-го конгресу Міжнародної асоціації кримінального права «Кримінальне правосуддя і корпоративний бізнес» (м. Пекін, 23–26 вересня 2016 р.) із приводу кримінально-правового забезпечення належного функціонування споживчого ринку зазначається, що держави з урахуванням своїх правових систем зобов'язані: притягувати до відповідальності корпорації та фізичних осіб за умисне створення загроз безпеки харчової продукції, навіть якщо ці діяння не є порушеннями конкретної норми регламентів безпеки такої продукції; передбачати покарання для фізичних осіб і корпорацій за порушення харчового законодавства, навіть якщо реальну шкоду не заподіяно; у випадках виявлення порушення вимог харчової безпеки притягувати до відповідальності виробників, дистриб'ютерів та інших осіб, які брали участь у постачанні продукції, залежно від їхніх правових обов'язків; класти край виробництву та реалізації харчової продукції, інформація про споживчі властивості, якість, кількість, спосіб виробництва якої не відповідає дійсності (див.: Уголовное право. 2019. № 1. С. 129, 130).

Споживчий ринок є життєво важливим компонентом національної економіки, місцем, де переважно відбувається правове виховання населення; його дисфункція загрожує безпеці сім'ї, людини і, врешті-решт, держави; споживач на ринку має можливості, завідомо неоднакові з мож-

⁶⁰ Захист відбувся у Дніпропетровському державному університеті внутрішніх справ 15 квітня 2021 р.

ливостями виробника і продавця; якщо держава не забезпечує справедливого функціонування ринку у межах правопорядку, то ринок деградує; цивільно-правові механізми захисту інтересів споживачів неефективні, якщо учасники ринку є несумлінними (див.: Клепицький І.А. Система хозяйственных преступлений. Москва: Статут, 2005. С. 486–487).

У цьому сенсі вельми показовою є пропозиція виокремити у проєкті нового КК (контрольний текст станом на 17 січня 2021 р.) підрозділ 6.7 «Злочини проти інтересів споживачів». Такий підхід розробників проєкту заслуговує схвальної оцінки і через те, що відбита у чинному КК кримінально-правова охорона споживчого ринку характеризується фрагментарністю і неузгодженістю, позбавлена бажаної системності.

Чимало аспектів кримінально-правової характеристики умисного введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції (ст. 227 КК) в юридичній літературі належить до числа дискусійних, науковцями висловлюються різновекторні пропозиції щодо поліпшення цієї кримінально-правової заборони, а практика її застосування не може похизуватись своєю результативністю. Так, на підставі ст. 227 КК у 2015 р. було засуджено 3 особи, у 2016 р. – 5 осіб, у 2017 р. – 2 особи, у 2018 р. – 1 особу, а у 2014, 2019 і 2020 рр. – жодної особи. Щодо поодинокого застосування ст. 227 КК Н. Гуторова слушно зауважує, що «кримінально-правову охорону продовольчої безпеки в Україні важко назвати ефективною. І причина цьому не тільки і не стільки у недостатньо професійній діяльності правоохоронців, як у недосконалості кримінального законодавства, що робить споживачів майже беззахисними перед випуском на ринок України та реалізацією небезпечних для життя та здоров'я харчових продуктів» (див.: Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона продовольчої безпеки в умовах глобалізації ринку харчових продуктів. Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 12–13 жовтня 2017 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2017. С. 59–63).

Недостатня ефективність (щоб не сказати – неефективність) розглядуваної кримінально-правової заборони потребує наукового осмислення і, головне, конструктиву – визначення оптимальних шляхів зміни ситуації на краще.

Зауваження.

1. Підрозділ 1.3 «Історія розвитку вітчизняного кримінального законодавства щодо умисного введення в обіг на ринку (випуску на ринок) небезпечної продукції» є вельми пізнавальним та інформаційно насиченим, а його виокремлення у структурі дисертації, як вже зазначалось, – корисним і доречним. Водночас твердження пані Тетяни про те, що нею *обґрунтовано періодизацію* розвитку зазначеного законодавства (с. 91, 199), підтримати складно, бо таке обґрунтування у дисертації фактично відсутнє. Здобувачка насправді пропонує власне (суб'єктивне) бачення періодизації розвитку вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність за аналогі досліджуваного нею злочину, яка (періодизація) є (не може не бути) умовною. Цікаво, що відповідний результат у науковій новизні сформульовано дещо інакше: «... узагальнено історію розвитку вітчизняного кримінального законодавства щодо аналогів кримінального правопорушення, передбаченого ст. 227 КК, та запропоновано визначити основну періодизацію цієї історії...» (с. 25). Як бачимо, про обґрунтування відповідної періодизації тут мова не йде, з чим слід погодитись.

З іншого боку, з урахуванням того, що у кандидатській дисертації О. Готіна і виданій за результатами її захисту монографії наведено (щоправда, не такий розгорнутий, як у роботі Т. Сокур) історико-правовий аналіз відповідальності за випуск недоброякісної промислової продукції (див.: Готін О.М. Випуск або реалізація недоброякісної продукції в умовах ринкової економіки: проблеми кримінальної відповідальності: монографія / наук. ред. А.А. Музика. Луганськ: РВВ ЛАВС, 2004. С. 18–30), вважаю некоректним включення здобувачкою саме у рубрику наукової новизни «уперше» положення про узагальнення історії розвитку вітчизняного кримінального законодавства щодо аналогів злочину, передбаченого ст. 227 КК. На включення у згадану рубрику могла претендувати хіба що авторська періодизація розвитку вітчизняного кримінального законодавства щодо введення в обіг небезпечної продукції, проте чи є підстави стверджувати про достовірність цього наукового результату? Адже різних класифікацій (крім природних), систематизацій,

типологій тощо, «причому виконаних з коректним дотриманням логічних правил поділу, існує безконечна кількість, а це в науці суперечить вимозі визначеності» (див.: Партико З. В. Наука, псевдонаука, паранаука й інженерні вчення. Бюлетень Вищої атестаційної комісії України. 2010. № 9. С. 42).

Взагалі, на моє переконання, коли дослідник вивчає історичний досвід кримінально-правової охорони певних суспільних відносин в Україні, він має бути зорієнтований на критичне осмислення цього досвіду, на вибіркоче і творче запозичення окремих елементів правової спадщини українського народу. Таким чином, при формулюванні відповідного положення наукової новизни пані Тетяна мала б наголосити на тому, які виявлені в історії розвитку вітчизняного кримінального законодавства тенденції і закономірності вказують на користь обстоюваного нею варіанту «перереформатування» нашого кримінального закону.

Щодо змістовного наповнення «історичного» підрозділу висловлю такі зауваження: 1) традиційна увага до пам'яток кримінального права Російської імперії, якої із зрозумілих причин не уникла і дисертантка, не може ігнорувати ту обставину, що значні за обсягом території сучасної України перебували у складі інших держав, де діяли свої нормативно-правові акти; вивчення останніх може спонукати сьгоднішніх дослідників по-новому подивитись на історію вітчизняного кримінального права; 2) у підрозділі 1.1 не висвітлено (звісно, в аспекті обраної теми) дорадянський період розвитку кримінального законодавства України (УНР періоду Центральної Ради, Українська держава на чолі з гетьманом П. Скоропадським, УНР часів Директорії), що, серед іншого, передбачало звернення до дисертацій Е. Кісілюка та О. Чувакова; 3) здобувачці не завадило б проаналізувати альтернативний проєкт КК – проєкт КК, підготовлений за завданням Комісії Верховної Ради України 12-го скликання з питань правопорядку та боротьби із злочинністю колективом авторів на чолі з В. Смітєнком і внесений на розгляд Верховної Ради України народним депутатом О. Матковським (передусім його ст. 294 «Випуск чи реалізація неякісної продукції»).

2. На відміну від розділів 2 і 3, розділ 1 дисертації розпочинається своєрідною анотацією: у ній перераховуються ті соціальні фактори, які, на переконання Т. Сокур, викликали появу та зумовлюють подальше існування досліджуваної нею кримінально-правової заборони (с. 32–33). Створюється враження, що в цьому разі здобувачка дещо «забігла наперед» – перелік відповідних чинників, за логікою речей, мав би фігурувати у висновках до розділу 1, присвяченого криміналізації умисного введення в обіг на ринку України (випуску на ринок України) небезпечної продукції.

Постають питання, чому саме такої концепції чинників криміналізації (відбитої, до речі, й у науковій новизні – с. 25) дотримується дисертантка, бо, як відомо, питання про поняття підстав, принципів, умов, приводів криміналізації, їхню кількість, класифікацію, зміст і співвідношення належать у кримінально-правовій доктрині до числа дискусійних. Наприклад, «можливість процесуального виявлення, закріплення і підтвердження предмета доказування», віднесена авторкою до процесуальних факторів криміналізації (с. 32), у межах одного з панівних наукових підходів до вирішення зазначених питань охоплюється таким загально-правовим принципом криміналізації, як процесуальна здійсненість переслідування.

Серед кримінологічних факторів криміналізації умисного введення в обіг на ринку України (випуску на ринок України) небезпечної продукції Т. Сокур називає, зокрема, значну поширеність аналізованого виду кримінально протиправних посягань (с. 32). Не зовсім зрозуміло, на чому ґрунтується ця теза, бо на інших сторінках дисертації (с. 20–21, 61–62) наводяться статистичні дані, які свідчать про невелику кількість і стійке зниження кількості діянь, зареєстрованих за ст. 227 КК.

Твердження здобувачки про «наявність системи правоохоронних органів, здатних ефективно виявляти, розслідувати і здійснювати судовий розгляд справ про умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції» (с. 32–33) спростовується як згаданими статистичними даними і даними судової статистики, наведеними на початку відгуку опонента, так і висловлюваннями самої пані Тетяни. Так, на с. 62 вона пише, що ст. 227 КК «працює» неефективно. На с. 65 констатується низька ефективність взаємодії Держпродспоживслужби та правоохоронних органів (ДЗЕ Національної поліції, СБУ, ДФС України). 83% опитаних співробітників Національної поліції не вважають ефективною діяльність правоохоронних органів у

боротьбі з умисним введенням в обіг на ринку України (випуском на ринок України) небезпечної продукції (с. 67–68).

Сподіваюсь на те, що під час захисту дисертантка пояснить причини виявленої нею серйозної (щоб не сказати – разючої) невідповідності між загальною кількістю облікованих кримінальних правопорушень, передбачених ст. 227 КК, і кількістю кримінальних правопорушень за цією статтю КК, за якими провадження направлені до суду з обвинувальним актом. Висловлю припущення, що справа тут не лише у справедливо підміченій пані Тетяною завищеності великих розмірів як криминоутворювальної ознаки, закріпленої у чинній редакції ст. 227 КК.

3. Задля розв'язання цієї проблеми – усунення прояву необґрунтованої декриміналізації, зумовленого підвищенням мінімальної межі великих розмірів суспільно небезпечних дій, за які у ст. 227 КК передбачено відповідальність, здобувачка пропонує знизити цей вартісний показник із 500 до 300 НМДГ, як в одній з попередніх редакцій аналізованої кримінально-правової норми. При цьому робиться відсилка до ст. 224 КК «Виготовлення, збут та використання підроблених недержавних цінних паперів», яка перебуває в тому ж розділі Особливої частини КК поряд із досліджуваною нормою: згідно з п. 2 примітки до ст. 224 КК матеріальна шкода вважається великою, якщо вона у 300 і більше разів перевищує НМДГ (с. 25–26, 128–129, 134, 202).

Однак: а) великі розміри у складі злочину, передбаченого ст. 227 КК, характеризують не шкоду; б) у статтях, розміщених у розділі VII Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності», можна відшукати кардинально відмінні кількісні параметри великих розмірів – від 18 НМДГ у ст. 201-1 і аж до 10 тис. НМДГ у ст. 218-1 КК; в) немає жодних підстав стверджувати, що показник у 300 НМДГ, закріплений в одній з попередніх редакцій ст. 227 КК, був належним чином аргументований.

Водночас якщо у згаданій частині наведене бодай якесь (хоч і непереконливе) обґрунтування, то щодо пропозиції визнавати тяжкими наслідками як особливо кваліфікуючою ознакою злочину, передбаченого авторською редакцією ст. 227 КК, шкоду, яка у 1 тис. і більше разів перевищує НМДГ (с. 131, 135, 202, 206), жодних пояснень у дисертації немає.

Беручи кількісні показники «зі стелі», пані Тетяна не йде далі від розробників проекту нового КК, які визначають розміри майнової шкоди (істотної, значної, тяжкої) за допомогою «автономної» розрахункової одиниці. Але наскільки такі «закруглені» показники майнової шкоди відображають життєві реалії, що потребують кримінально-правового реагування?

Таким чином, у черговий раз маємо справу з притаманною КК фундаментальною проблемою, яку можна позначити як довільність кількісних показників, що характеризують суспільно небезпечні наслідки і предмети кримінальних правопорушень у сфері господарської діяльності. Існуючу ситуацію з виробленням обґрунтованих вартісних критеріїв кримінальної протиправності діянь у сфері господарської діяльності можна зрозуміти (але не виправдати): для вироблення цих критеріїв необхідно проводити кримінологічні дослідження. Без цього не вдасться подолати довільність кількісних показників суспільної небезпеки господарських кримінальних правопорушень; також не буде дотримана чи не найактуальніша щодо економічних кримінально протиправних деліктів вимога – вимога соціальної обумовленості КК.

4. Сформульована дисертанткою редакція ст. 227 КК (с. 205–206) загалом у кращий бік відрізняється від чинної редакції цієї кримінально-правової заборони та є логічним завершенням проведеного дослідження. Водночас окремі ініційовані здобувачкою формулювання видаються неузгодженими з її попередніми висловлюваннями.

Так, на с. 131, 202 пані Тетяна пише, що вчинення дій з товарами, роботами або послугами, небезпечними не для життя або здоров'я людини, а для речових чи зобов'язальних прав, а також для довкілля, за відсутності тяжких наслідків кваліфікуватиметься за новою ч. 1 ст. 227 КК. Спричинення суспільно небезпечних наслідків у вигляді заподіяння шкоди речовим або зобов'язальним правам, а також довкіллю тощо за наявності тяжких наслідків кваліфікуватиметься за ч. 4 ст. 227 КК за цією кваліфікуючою ознакою. Проте наведена редакція диспозиції вказаної норми («4. Дії, передбачені *частиною другою* цієї статті, якщо вони через необережність спричинили смерть людини або інші тяжкі наслідки...» (с. 206)), розрахована тільки на обіг продукції,

небезпечної для життя або здоров'я людини (а не просто недоброякісної продукції), пропонувану кримінально-правову оцінку унеможлиблює.

Не зовсім зрозуміло, для чого варто було вести мову про неможливість відмови в кримінальному законі від оцінних ознак (с. 131–132), якщо тяжкими визнаватимуться лише ті наслідки, які піддаються грошовій оцінці (с. 206).

На практиці неминуче поставатиме питання про тотожність (відмінність) поняття «інші тяжкі наслідки» (ч. 4 проєктованої ст. 227 КК) – так би мовити, класичної оцінної ознаки і поняття «тяжкі наслідки» (п. 2 примітки цієї статті) як формально-визначеної ознаки.

Крім цього, у статтях Особливої частини КК, де в одну логіко-граматичну конструкцію поєднуються звороти «загибель людей» та «інші тяжкі наслідки», під останніми слід розуміти лише заподіяння певної фізичної шкоди потерпілому; майнова шкода, шкода довкіллю тощо, яка піддається грошовій оцінці, поняттям інших тяжких наслідків у цьому разі не охоплюється (докладніше про це див.: Дудоров О.О., Мовчан Р.О. Кримінально-правове поняття «інші тяжкі наслідки»: проблеми тлумачення та вдосконалення законодавства. Юридичний науковий електронний журнал. 2015. № 1. С. 162–170).

За таких обставин поєднання у межах пропонуваної редакції ст. 227 КК формулювання «якщо вони через необережність спричинили *смерть людини або інші тяжкі наслідки*» із конкретизацією тяжких наслідків (а саме зведення їх лише до певної майнової шкоди) складно визнати вдалим кроком.

Я погоджуюсь із дисертанткою у тому, що у чинному законодавстві України відсутнє однакове співвідношення понять «продукція», «товари», «послуги» і «роботи» (с. 29, 106–107). Проте чи існує насправді потреба у доповненні ст. 227 КК альтернативною вказівкою товари, послуги і роботи (с. 109, 201)? Чи не заплутає сприйняття такої ідеї законодавцем коментатора КК і правозастосувача, які вимушені будуть з'ясовувати співвідношення цих (вже чотирьох) понять? На сьогодні, наприклад, ані опонент, ані А. Ришелюк як багаторічний коментатор ст. 227 КК не сумніваються у тому, що вжитий у чинній редакції цієї статті КК термін «продукція» охоплює не лише товари, а й роботи і послуги (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 768). Варіантом, прийнятним з точки зору забезпечення зрозумілості кримінального закону, вважаю заміну у ст. 227 КК терміну «продукція» зворотом «товари, послуги або роботи».

5. Задля забезпечення прав споживачів і користувачів на належну якість товарів, робіт, послуг здобувачка пропонує (у межах основного складу кримінального правопорушення, передбаченого поліпшеною ст. 227 КК) вказівку на небезпечну продукцію замінити вказівкою на недоброякісну продукцію (с. 26, 28, 113, 127–128, 201, 205–206). Тобто у позначеній частині йдеться про повернення до попередньої редакції досліджуваної кримінально-правової заборони – при тому, що фахівцями здійснена у 2010 р. зміна описання предмета злочину, передбаченого ст. 227 КК, загалом оцінюється схвально.

Так, у відгуку офіційного опонента на кандидатську дисертацію О. Готіна автор цих рядків писав, що з урахуванням ринкових реалій, конституційних пріоритетів, власного історичного і зарубіжного досвіду здобувачем запропоновано оптимальний варіант вирішення проблеми відповідальності у сфері обігу недоброякісних товарів у вигляді переорієнтації кримінального закону на захист найважливіших соціальних цінностей – життя і здоров'я людини. У чинній редакції втілено саме такий підхід. Норма ж КК, присвячена випуску або реалізації недоброякісної продукції, у попередній редакції характеризувалась як законодавчий пережиток планової, соціалістичної системи господарювання. Спрямованість цієї кримінально-правової заборони, не враховуючи соціально-економічних перетворень, що відбулись у нашому суспільстві, відбивала ті уявлення, які призвели до появи у кримінальному законодавстві ще Радянської України кінця 20-х років минулого століття норми про відповідальність за випуск недоброякісної або некомплектної продукції та за випуск продукції з порушенням обов'язкових стандартів (ст. 135-3 КК УСРР 1927 р.).

У тих випадках, коли реалізація споживачам та іншим особам недоброякісних товарів, робіт, послуг не пов'язана зі створенням загрози для життя і здоров'я людини чи фактичним заподіянням їм шкоди, застосування заходів кримінально-правової репресії є недоцільним. Якщо право

особи на безпеку товарів, робіт, послуг не порушується, то варто обмежуватись реалізацією (зокрема, у судовому порядку) прав особи у разі придбання ним продукції неналежної якості, зокрема на відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товару (робіт, послуг). Щодо відносин між суб'єктами господарювання з приводу поставки недоброякісної продукції, то у цьому разі доречною є майнова відповідальність контрагента за неналежне виконання господарсько-правових і цивільно-правових зобов'язань. До речі, думку про достатність правових важелів впливу задля мінімізації обсягів обігу недоброякісних товарів, робіт, послуг О. Готін докладно обґрунтував, посилаючись на положення ЦК, ГК, КУпАП і Закону України «Про захист прав споживачів».

Оскільки пані Тетяна з розглядуваного питання кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 227 КК, займає іншу позицію, очікував спростування викладених вище аргументів. Вважаю, що послідовно обстоювана здобувачкою ідея заміни небезпечної продукції на недоброякісну мала бути всебічно розглянута у підрозділі 1.2 дисертації «Соціальна обумовленість кримінальної відповідальності за умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції» з урахуванням вчення про криміналізацію і, зокрема, «через призму» принципів криміналізації.

Можливо, я б і погодився із розглядуваною пропозицією дисертантки, якби вона здійснила аналіз практики цивільного і господарського судочинства, з якого б випливало, що наявних некримінально-правових засобів бракує задля забезпечення права споживачів і користувачів на належну якість товарів, робіт, послуг і, відповідно, без звернення у цьому раз до кримінального закону не обійтись. Кримінальний закон, як відомо, – не панацея від усіх хвороб суспільства, через що запровадження кримінальної відповідальності за діяння має бути «останнім аргументом» (*ultimo ratio*) і застосовуватись лише тоді, коли боротьба з певним явищем іншими (не кримінально-правовими) засобами є неефективною, недостатньою, а побічні негативні наслідки криміналізації не превалюватимуть над позитивними.

До слова вивчений здобувачкою зарубіжний досвід також не свідчить на користь ініційованого нею варіанту вдосконалення ст. 227 нашого КК: «Предметами переважної більшості злочинів, подібних до кримінального правопорушення, передбаченого ст. 227 КК, що містяться у КК певних зарубіжних держав, є, зокрема: 1) продукція, 2) товари, 3) роботи або 4) послуги, що не відповідають вимогам безпеки життя чи здоров'я споживачів...» (с. 91, 200).

6. Слушно присвятивши окремий підрозділ своєї дисертації (підрозділ 3.1) питанням відмежування складу злочину, передбаченого ст. 227 КК, від складів інших кримінальних правопорушень, авторка, на жаль, не згадала у ньому такі суміжні делікти, як фальсифікація лікарських засобів або обіг фальсифікованих лікарських засобів (ст. 321-1 КК) і порушення правил, що стосуються безпечного використання промислової продукції або безпечної експлуатації будівель і споруд (ст. 275 КК).

Щодо розмежування складів кримінальних правопорушень, передбачених ст. 227 і ст. 275 КК, в юридичній літературі (у контексті кримінально-правової оцінки заподіяння шкоди, завданої в результаті використання небезпечної промислової продукції у виді автономних і автоматизованих транспортних засобів) зазначається, що після викладення у 2010 р. ст. 227 КК у новій редакції склади цих правопорушень у формі ставлення під загрозу користувачів небезпечної промислової продукції фактично є тотожними, оскільки об'єктивна сторона кримінального правопорушення, передбаченого ст. 275 КК, може бути реалізована лише шляхом взаємодії небезпечної продукції з кінцевим споживачем (див.: Павликівський В.І., Юртаєва К.В. Автономні та автоматизовані транспортні засоби як предмети злочинів у сфері виробництва та використання промислової продукції за кримінальним кодексом України (ст. ст. 227, 275, 291КК України) Кримінальне право в умовах глобалізації суспільних процесів: традиції та новації: матеріали міжнар. наук.-практ. круглого столу, м. Харків, 15 трав. 2020 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), Л. М. Демидова (заст. голов. ред.), А. П. Гетьман та ін. Харків: Право, 2020. С. 280–281; Павликівський В.І., Юртаєва К.В. Безпека використання промислової продукції на прикладі автономних та автоматизованих транспортних засобів (кримінально-правовий аспект). Вісник Кримінологічної асоціації України. 2020. № 2. С. 41–50). Очевидно, що позначене дублювання кримінально-правових заборон не може не братись до уваги, зокрема, при висуненні пропозицій, спрямованих на вдосконалення ст. 227 КК.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

При висвітленні співвідношення складів злочинів, передбачених ст. 227 і ст. 204 КК «Незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів», здобувачці варто було опрацювати і кваліфікаційну наукову роботу О. Мамоценка (див.: Мамоценка О.П. Кримінально-правові засоби протидії незаконному поводженню з товарами у сфері акцизного оподаткування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Запоріжжя, 2019. 227 с.). Тим більше, що цей дослідник одну з кваліфікуючих ознак незаконного поводження з аналогами підакцизних товарів запропонував визначити як вчинення діяння особою, раніше засудженою у т. ч. за ст. 227 КК.

Відгук на докторську дисертацію А.В. Андрушка «Злочини проти волі, честі та гідності особи (кримінально-правове та кримінологічне дослідження)»⁶¹

Відповідно до Конституції України (статті 29 і 28) кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність, на повагу до її гідності. Честь і гідність людини, її недоторканність згідно зі ст. 3 Основного Закону країни проголошуються з-поміж іншого найвищими соціальними цінностями. Згадані конституційні права і цінності забезпечуються різними засобами, включаючи кримінально-правові. У цьому сенсі передусім і головним чином мається на увазі розділ III Особливої частини чинного Кримінального кодексу України (далі – КК), який наразі має назву «Кримінальні правопорушення проти волі, честі та гідності особи». З низки причин вести мову про ефективність кримінального закону у вказаній частині не доводиться, свідченнями чого є: по-перше, високий рівень латентності кримінальних правопорушень проти волі, честі та гідності особи; по-друге, істотна невідповідність між кількістю таких облікованих кримінальних правопорушень і тих посягань, щодо яких здійснюється результативне кримінально-правове реагування; по-третє, належність частини кримінально-правових заборон, розміщених у розділі III Особливої частини КК, до розряду «мертвих». Все це відбувається на тлі стрімкого розвитку і розповсюдження новітніх інформаційних технологій, що полегшує вчинення досліджуваних деліктів, робить останні витонченішими, посилює їх латентизацію тощо.

Щодо теоретичної складової тематики, обраної А. Андрушком для написання своєї докторської дисертації, варто зазначити таке. Хоч ця проблематика належить до числа активно досліджуваних у вітчизняній юридичній літературі, зокрема на монографічному рівні, науковцям не вдалося дійти згоди з низки злободенних питань кримінально-правової характеристики кримінальних правопорушень проти волі, честі та гідності особи. Серед них: співвідношення родового об'єкта згаданих кримінальних правопорушень і безпосередніх об'єктів окремих таких деліктів; класифікація кримінальних правопорушень проти волі, честі та гідності особи; законодавча конструкція складів таких кримінальних правопорушень і визначення моменту їх закінчення; належність окремих з цих правопорушень до числа «предметних» і триваючих; обґрунтованість здійсненої у зв'язку з ухваленням чинного КК декриміналізації наклепу й образи; співвідношення кримінальних правопорушень проти волі, честі та гідності особи між собою, а також з іншими кримінальними правопорушеннями – у сфері службової діяльності, проти правосуддя, проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, військовими кримінальними правопорушеннями тощо; межі імплементації міжнародно-правових норм при вдосконаленні КК тощо. Потребують також наукового осмислення новели розділу III Особливої частини КК – ст. 146-1 «Насильницьке зникнення» і ст. 151-2 «Примушування до шлюбу», а так само співвідношення незаконного позбавлення волі (ст. 146 КК) і домашнього насильства (ст. 126-1 КК).

Актуальності обраній темі додає та обставина, що наразі триває робота над проектом нового КК. У ньому виокремлюється підрозділ 4.4 «Злочини проти волі людини» і, звичайно, не може не поставати питання, чи вдало учасниками робочої групи з розвитку кримінального права враховано як здобутки правничої науки, так і наявні проблеми правозастосування. До речі, голос пана Андрія добре чути на різних заходах, на яких обговорюється проєктований документ.

Слід відзначити і відсутність на сьогодні вкрай потрібних для практиків чітких правозастосовних орієнтирів – за дискусійності багатьох питань кваліфікації кримінальних правопорушень проти волі, честі та гідності особи. Зокрема, на сьогодні відсутні постанови Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду і Великої Палати Верховного Суду щодо проблемних питань застосування ст. 149 КК при тому, що: а) ця кримінально-правова заборона традиційно (незважаючи на перманентне оновлення) залишається громіздкою і складною для сприйняття; б) відповідні кримінальні провадження періодично розглядаються вищою судовою інстанцією країни у касаційному порядку. Тут також доречно пригадати, що свого часу розроблявся проєкт постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування законодавства у справах про протидію торгівлі

61 Захист відбувся у Дніпропетровському державному університеті внутрішніх справ 11 травня 2021 р.

людьми або здійсненню іншої незаконної угоди щодо людини», однак ця робота з певних причини не стала результативною.

Зауваження.

1. У порядку ведення дискусії хотів б поміркувати про розуміння особистої свободи людини як об'єкта кримінально-правової охорони.

1.1. Складовою (причому ключовою) особистої свободи А. Андрушко називає свободу пересування (с. 108), а кримінальну відповідальність за незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146 КК) пов'язує передусім із порушенням свободи особи вільно пересуватись, її права обирати на власний розсуд місце свого перебування (с. 125, 161, 422).

Проте чи є наведені висловлювання безспірними (а саме такими вони видаються на перший погляд)? Так, в юридичній літературі висловлено точку зору, згідно з якою відповідальність за ст. 146 КК має виключатись, якщо особі забороняється залишати межі населеного пункту, відвідувати певні місцевості тощо (див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 434). Але ж і в цих (подібних) випадках порушується (страждає) належна людині свобода пересування, а отже (за логікою здобувача), її особиста свобода. У світлі сказаного цікаво було б почути, як пан Андрій оцінює теоретичну позицію, відповідно до якої: право на особисту свободу і право на свободу пересування, попри їхню близькість, розрізняються між собою; право на свободу пересування є самостійним правом особи, яка не обмежена в праві на особисту свободу (див.: Пономаренко Ю.А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень: монографія. Харків: Право, 2020. С. 431–433).

1.2. Дисертант переконаний у тому, що особиста свобода як родовий об'єкт кримінальних правопорушень, норми про які об'єднані у розділ III Особливої частини КК, не обмежується фізичною свободою людини, включаючи в себе свободу людини в частині можливості вибору нею своєї поведінки, свободу самостійно розпоряджатись собою (с. 111, 126, 141, 142, 143 та ін.). *De lege lata* з цим складно не погодитись. Ба більше: підхід А. Андрушка узгоджується із цивілістичним розумінням особистої свободи як особистого немайнового блага фізичної особи, суть якого полягає у можливості вільно, на власний розсуд, з метою задоволення власного інтересу та переслідування особистої мети визначати свою поведінку і приймати рішення (див.: Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія / Відп. ред. Я.М. Шевченко. Київ: КНТ, 2008. С. 365).

З іншого боку, чи не здатне таке широке розуміння особистої свободи людини призвести до того, що її значення як системоутворювального чинника нівелюватиметься? Адже на свободу особи в обстоюваному дисертантом розумінні посягають й ті кримінальні правопорушення, норми про відповідальність за вчинення яких заходяться поза межами розділу III Особливої частини КК. Чимало таких посягань відображено у розділі V Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина». Кримінально протиправні порушення права на особисту свободу людини при бажанні можна відшукати й в інших структурних частинах кримінального закону. Наприклад, статевая свобода особи як один із родових об'єктів статевих злочинів (розділ IV Особливої частини КК) традиційно пов'язується із спроможністю людини розпоряджатись собою у сфері сексуального спілкування, тобто (виходить) з особистою свободою в її широкому розумінні.

2. Не всі пропозиції *de lege ferenda*, наведені у дисертації, сприймаються однозначно, а тому потребують додаткових пояснень під час захисту.

2.1. Диспозицію ч. 1 ст. 151 КК здобувач пропонує викласти у такій редакції: «Незаконна госпіталізація до закладу з надання психіатричної допомоги або незаконне утримання в такому закладі особи, яка не потребує стаціонарної психіатричної допомоги...» (с. 263). Створюється враження, що таке формулювання здатне уможливити кримінальну відповідальність певних спеціальних суб'єктів і за необережну поведінку. Однак з аналізу суб'єктивної сторони злочинів проти волі, честі і гідності особи (підрозділ 2.4 дисертації) доцільність відмови від ознаки завідомості, яка

наразі «прив'язана» до потерпілого від злочину, передбаченого ст. 151 КК, а відтак і розширення сфери застосування цієї статті не впливає.

2.2. Дисертант пише про некоректність (непотрібність) вказівки у перспективній редакції ст. 149 КК «Торгівля людьми» на незаконність укладеної щодо людини угоди, адже «будь-яка угода щодо людини апіорі не може бути законною» (с. 194). Наведена точка зору є логічною, оскільки базується на усталеному положенні про необхідність розрізняти такі елементи цивільних правовідносин, як суб'єкти та об'єкти (як беззастережно заявляють цивілісти, людина є суб'єктом, а не об'єктом зазначених правовідносин). Водночас особисто я не вважаю зайвою відповідну бланкетну вказівку у поліпшеній ч. 1 ст. 149 КК, адже вона дозволила б на законодавчому рівні, не вдаючись до системного тлумачення, прибрати сумніви щодо (не-)поширення дії цієї кримінально-правової заборони, наприклад, на випадки укладання договорів щодо футболістів та інших спортсменів.

2.3. Значний науковий інтерес викликає послідовно обстоювана А. Андрушком ідея виокремлення в розділі III Особливої частини КК загального складу примушування до вчинення або невчинення певної дії. На переконання здобувача, завдяки реалізації такої пропозиції вдасться усунути прогалину, пов'язану з криміналізацією будь-якого незаконного обмеження свободи особи, а також зменшити рівень казуальності вітчизняного кримінального закону (с. 41, 101, 206, 221–228, 261, 426).

Авторська редакція потенційної ст. 151-3 КК «Примушування» (с. 559) спонукає поставити для обговорення питання: чому примушування, вчинене шляхом застосування психічного насильства (тобто погрози, характер якої не уточнюється), утворюватиме основний склад злочину, а примушування того, хто перебував у службовій, матеріальній чи іншій залежності від винного (йдеться, треба так розуміти, про відмінний від фізичного і психічного насильства спосіб проти-правного впливу на особу), – вже кваліфікований склад?

Здобувач погоджується з висловленою в юридичній літературі думкою про те, що у разі виокремлення загального складу злочину «Примушування» слід вносити наскрізні зміни до Особливої частини КК (с. 227–228), однак у своєму підсумковому законопроекті (с. 554–559) конкретних пропозицій щодо узгодження кримінально-правових заборон не наводить.

Я, звісно, не заперечую того, що внаслідок вчинення кримінальних правопорушень, які перераховані на с. 223 дисертації та є різновидами примушування, шкода заподіюється й особистій свободі людини. Однак теза пана Андрія про те, що в цих випадках передусім страждає саме вона, а не інші цінності, поставлені під кримінально-правову охорону (трудова права громадянина, статеві права особи, правосуддя, моральність тощо), видається дискусійною. Вважаю, що для відмови від відображеної в чинному КК «різнооб'єктності» відповідних різновидів примушування потрібні переконливіші аргументи. Нагадаю аксіоматичне положення про те, що саме основний об'єкт, означаючи ті соціальні цінності (правовідносини, суспільні відносини), яким кримінальним правопорушенням завдається найбільша шкода (відносини, які перш за все намагається захистити законодавець, ставлячи їх під кримінально-правову охорону), визначають місце тієї чи іншої кримінально-правової заборони у системі Особливої частини КК.

2.4. Здобувач висловлюється за переміщення заборони, закріпленої наразі в ст. 146-1 КК, до розділу XX Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку», виходячи з того, що: а) об'єктом насильницького зникнення слід визнавати безпеку людства, а не волю, честь та гідність особи; б) такий крок дозволить краще відобразити специфічну юридичну природу насильницького злочину й уникнути плутанини у правозастосуванні; в) подібним чином вирішується питання про місцезнаходження відповідної кримінально-правової заборони у законодавстві окремих зарубіжних країн (с. 37, 130–131, 422, 555).

Частково сприймаючи наведену аргументацію, водночас зауважу, що питання об'єкта злочину не відіграють у правозастосуванні визначальну роль, а тому я б не сподівався на те, що перенесення до розділу XX Особливої частини КК заборони, присвяченої насильницькому зникненню, «реанімує» її. Вельми скептично щодо розмежувальних властивостей об'єкта злочину висловлюється Л. Брич: «... на теоретичному рівні можна говорити про розмежування складів злочинів за родовим чи безпосереднім об'єктом, але коли потрібно на практиці розмежувати

злочини, то роздуми про розмежувальні властивості цих видів об'єкта для практики нічого не дають. Родовий та безпосередній об'єкти, безсумнівно відрізняючись у різних складах злочинів, через свою неочевидність, прихованість не можуть слугувати маркером, показником, за яким можна відрізнити один склад від іншого» (див.: Брич Л. Значення видів об'єкта й таких ознак, як предмет і потерпілий у розмежуванні суміжних складів злочинів між собою і для розмежування складів злочинів, передбачених конкуруючими злочинами. Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2007. Вип. 44. С. 234).

Щодо апелювання до зарубіжного досвіду, то слід наголосити на його різноманітті. Скажімо, деякі держави (Албанія, Австрія, Уругвай та ін.) встановили у своєму національному законодавстві кримінальну відповідальність за два окремі різновиди насильницького зникнення: одне – в контексті ст. 7 Римського статуту МКС, а інше – це насильницькі зникнення, не пов'язані з широкомасштабними або систематичними нападами на цивільне населення. Чи не варто визнати релевантним саме цей іноземний досвід?

Ще й таке. Підпункт «і» п. 1 ст. 7 Римського статуту МКС (до цієї міжнародно-правової норми, серед іншого, звертається дисертант, аргументуючи свою позицію, – с. 130) і ст. 2 Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень від 20 грудня 2006 р. (а включення в КК ст. 146-1 стало наступним кроком після приєднання України у червні 2015 р. до цієї Конвенції) встановлюють різні стандарти криміналізації насильницького зникнення. Відповідно до Римського статуту МКС (і такий підхід дублюється у ст. 5 Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень) віднесення насильницького зникнення до злочинів проти людства обумовлено сукупністю декількох елементів: частина державної політики; напади, спрямовані проти цивільного населення, мають широкомасштабний та систематичний характер.

Таких застережень не містить: а) ні ст. 2 Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень від 20 грудня 2006 р.; б) ні ст. 146-1 КК, яка закріплює конвенційне розуміння насильницького зникнення (поодинокі акти, які не мають ознак систематичності чи широкомасштабності) та яка забезпечує (поки що на папері) захист від одиничних насильницьких зникнень, які порушують невід'ємне право людини на «захист з боку закону» (водночас ст. 146-1 КК спроможна охопити і насильницькі зникнення у розумінні ст. 7 Римського статуту МКС); в) ні авторська редакція ст. 444-1 «Насильницьке зникнення» (с. 555), що видається нелогічним з огляду на пропонуване дисертантом місцезнаходження цієї статті в Особливій частині КК.

3. Наведені у дисертації аргументи на користь недоцільності криміналізації наклепу та образи (с. 41, 100, 113–118, 421) є численними і зрозумілими. Я і сам люблю повторювати, що кримінальний закон – не панацея від усіх хвороб суспільства, через що запровадження кримінальної відповідальності за те чи інше діяння має бути «останнім аргументом» (*ultimo ratio*) і застосовуватись лише тоді, коли боротьба з певним явищем іншими (не кримінально-правовими) засобами є неефективною, недостатньою, а побічні негативні наслідки криміналізації не превалюватимуть над позитивними.

Проте дисертанту все одно не вдалось переконати мене у тому, що, наприклад, право приватної власності, яке піддається кримінально-правовій охороні (і це ніким не піддається жодному сумніву), є важливішим благом, ніж «добре ім'я» людини, яке страждає (втрачається) внаслідок наклепу. Одна з останніх публікацій мого Вчителя С. Яценка присвячувалась саме цій проблемі (див.: Яценко С.С. Гідність людини має захищатися належно. *Право і громадянське суспільство*. 2013. № 2. С. 143–168). Показово, що, уникаючи політичної кон'юнктури, Станіслав Сергійович загалом позитивно оцінив відповідне положення «диктаторських законів» від 16 січня 2014 р. (йдеться про ст. 151-1 КК «Наклеп»).

На користь рекриміналізації наклепу вказує і ч. 3 ст. 34 Конституції України, відповідно до якої здійснення прав на свободу думки і слова, вільне вираження своїх поглядів і переконань, вільне збирання, зберігання, використання і поширення інформації може бути обмежене законом, зокрема, для захисту репутації інших людей. Слід також нагадати, що ЄСПЛ допускає застосування кримінально-правових заходів задля реагування на наклеп за адекватності цих заходів вчиненому діянню.

Побоювання ж здобувача стосовно того, що запровадження кримінальної відповідальності за наклеп серйозно «вдарить» по незалежності ЗМІ і загалом по свободі слова в Україні, вочевидь, можуть бути мінімізовані шляхом продуманого конструювання відповідної кримінально-правової заборони і віднесення наклепу до кримінальних правопорушень, кримінальне провадження щодо яких здійснюватиметься у формі приватного обвинувачення.

4. У межах окремого підрозділу дисертації (3.2) розроблено кримінологічну характеристику осіб, які вчинили злочини проти волі, честі і гідності особи. Стверджується, що така характеристика дозволяє краще зрозуміти причини вказаних злочинів, розкрити їх глибинний механізм і розробити ефективні заходи запобігання зазначеним злочинам (с. 350). Наприклад, кримінологічний портрет особи, яка вчиняє незаконне позбавлення волі або викрадення людини, виглядає таким чином: це – раніше не судимий (82,3%) неодружений (61%) чоловік (93%) у віці 25–39 років (67,2%), громадянин України (97,8%), мешканець невеликого міста (61,1%), з повною загальною середньою освітою (46,2%), який ніде не працює (67,2%), нерідко зловживає алкогольними напоями та якому притаманні такі негативні риси, як конфліктність, злопам'ятність, егоцентризм, зухвалість, емоційна нестійкість, імпульсивність, агресивність, жорстокість, відсутність здатності співчувати (с. 329).

Складно зрозуміти, яким чином ця інформація, для отримання якої здобувач провів велику за обсягом і копітку роботу, як і подібні знання про осіб, які вчиняють інші злочини проти волі, честі і гідності особи (зокрема, про типології цих осіб – насильницький, корисливо-насильницький, дезорганізований тощо), може знадобитись при виробленні заходів (до того ж ефективних) із запобігання досліджуваним посяганням. Принаймні у розділі 4 «Запобігання злочинам проти волі, честі і гідності особи» звернення до згаданої (треба так розуміти – кримінологічно значимої) інформації чітко не простежується.

5. Текст дисертації не позбавлений деяких неточних або не зовсім вдалих висловлювань.

5.1. Твердження здобувача про те, що «сучасний стан доктринального опрацювання проблем запобігання і протидії злочинам проти волі, честі та гідності особи не повною мірою відповідає потребам правозастосовної практики» (с. 420), не впливає зі змісту як підрозділу 1.1 «Сучасний стан дослідження проблем протидії злочинам проти волі, честі та гідності особи», так й інших структурних підрозділів кваліфікаційної роботи.

Насправді щонайменше кримінально-правова наука, здобутки якої піддані паном Андрієм ретельно-критичному і виваженому аналізу, активно і результативно досліджує обрану здобувачем проблематику, а тому навряд чи у чомусь «завинила» перед правозастосувачами, на недостатній фаховий рівень яких неодноразово нарікає дисертант. Цілком природна належність частини аспектів кримінально-правової характеристики кримінальних правопорушень проти волі, честі та гідності особи до числа дискусійних в юридичній літературі не є нездоланною перешкодою для осмислення практиками суті і призначення відповідних кримінально-правових заборон. Та ж обставина, що окремі проблеми кримінальної відповідальності за вчинення цих правопорушень висвітлюються у підручниках, науково-практичних коментарях і наукових статтях, а не у монографіях, не означає того, що вони «дотепер залишаються майже не дослідженими...» (с. 33).

5.2. На с. 228 дисертант некритично відтворює думку М. Хавронюка про те, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 146 КК, 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 можливості вільно залишити, з мотивів піклування про фізичне і психічне здоров'я підопічного чи з інших суспільно корисних мотивів (зокрема, батьки, усиновителі, прийомні батьки стосовно своїх рідних, усиновлених чи прийомних дітей, опікуни і піклувальники щодо осіб, які перебувають у них під опікою і піклуванням, педагогічні та науково-педагогічні працівники стосовно піднаглядних дітей).

Насправді зазначені суб'єкти можуть нести кримінальну відповідальність за незаконне позбавлення волі своїх «підопічних» (здобувач, до речі, такий варіант розвитку подій не відкидає), однак питання про інкримінування ст. 146 КК у подібних випадках має вирішуватись у контексті встановлення наявності (відсутності) у скоєному всіх ознак об'єктивної сторони складу відповідного злочину (передусім ознаки незаконності).

5.3. Розглядаючи проблеми кваліфікації незаконного поміщення в заклад з надання психіатричної допомоги, дисертант пише, що певні зловживання суддів мають оцінюватись за ст. 375 КК «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» (с. 242, 243). Нагадаю, що рішенням Конституційного Суду України від 11 червня 2020 р. № 7-р/2020 ст. 375 КК визнано неконституційною.

5.4. Об'єкт свого дослідження здобувач визначає як «суспільні відносини у сфері запобігання і протидії злочинам проти волі, честі та гідності особи», а предмет – як «теоретичні і прикладні кримінально-правові та кримінологічні проблеми запобігання і протидії злочинам проти волі, честі та гідності особи» (с. 35). Однак за наведених формулювань такі категорії наукового пошуку, як об'єкт і предмет дисертаційного дослідження, всупереч встановленим вимогам фактично збігаються і не співвідносяться між собою як загальне і часткове.

5.5. Назва підрозділу 4.2 дисертації «Спеціально-кримінологічні заходи запобігання злочинам проти волі, честі та гідності особи» частково не відповідає його змісту, оскільки тут, хоч і стисло (с. 384–385), розглядаються і питання індивідуального запобігання вказаним злочинам. Водночас пан Андрій позиціонує себе як прибічника традиційного підходу, у межах якого запобігання тій чи іншій групі злочинів слід розглядати на трьох взаємопов'язаних рівнях – загальносоціальному, спеціально-кримінологічному та індивідуальному (с. 367–368, 432).

5.6. Назва підрозділу 4.2 дисертації «Система злочинів проти волі, честі та гідності особи за кримінальним законодавством України та зарубіжних держав» не повною мірою враховує те, що: а) у цій структурній частині (всупереч заявленому компаративістському вектору) йдеться головним чином про зарубіжний досвід кримінально-правової протидії досліджуваним посяганням; б) вживання терміну «система злочинів» для позначення вельми різноманітних переліків кримінально-правових заборон не узгоджується з філософським розумінням системи як сукупності елементів, що перебувають у відносинах і зв'язках один з одним, яка утворює певну цілісність, єдність.

5.7. Розділу 1 дисертації «Концептуальні засади дослідження проблем протидії злочинам проти волі, честі та гідності особи» бракує підрозділу, присвяченого загальним підходам щодо врахування міжнародно-правових зобов'язань чи рекомендацій при вдосконаленні вітчизняного кримінального закону. Тим більше, що поява переважної більшості (5 із 9) заборон, які утворюють розділ III КК, стала результатом імплементації норм міжнародного права.

Відгук на докторську дисертацію Ю.А. Пономаренка «Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень»⁶²

Відповідаючи на питання, яку роль у боротьбі зі злочинністю відіграє покарання, М. Бажанов писав, що далеко не головну і лише допоміжну, оскільки перевага має надаватись заходам економічного, політичного та організаційного характеру (див.: Бажанов М.И. Уголовное право Украины. Днепропетровск: Пороги, 1992. С. 130). Сказане в жодному разі не означає припинення тієї ролі, яку відіграє кримінальний закон і діяльність правоохоронних органів. Там, де переконання у протидії кримінально протиправній поведінці не дає бажаного результату, держава вимушена застосовувати засоби примусу, включаючи покарання.

Тема дисертації Ю. Пономаренка є «вічною» – протягом історії свого розвитку людство наполегливо шукає оптимальний (кращий) варіант покарання для порушників кримінально-правових заборон. Багато вчених і мислителів різних часів і народів намагались і намагаються вирішити цю проблему з різних ракурсів – філософії, права, етики, культурології, математики тощо. Дореволюційний вчений М. Таганцев ставив з цього приводу такі (риторичні?) питання: де знайти той внутрішній масштаб справедливої оцінки як підґрунтя справедливої відплати? На що зіпреться законодавець, установлюючи справедливу оцінку окремих злочинів, що матиме він за правдиве мірило справедливості? (виклад. за: Книженко О.О. Теоретичні засади встановлення санкцій у кримінальному праві: монографія. Харків: Акта, 2013. С. 7).

Вважається, що закріплена законодавством тієї чи іншої держави система покарань і практика їхнього застосування є показником морального й інтелектуального рівня суспільства. Питання оптимізації караності кримінальних правопорушень гостро стоять чи не перед усіма країнами світу. Ускладнюється проблема конструювання взаємоузгоджених, співмірних кримінально-правових санкцій і через те, що суспільство, розвиваючись, крім покарання, знаходить інші, менш репресивні, але ефективніші засоби кримінально правового впливу.

Я не втомлююсь повторювати, що нюанси кримінально-правової кваліфікації, тонкощі кримінально-правової характеристики окремих кримінальних правопорушень, інші проблеми Загальної та Особливої частин кримінального закону значною мірою втрачають сенс, якщо за вчинене кримінальне правопорушення не призначається справедливе, адекватне покарання або якщо призначене покарання не виконується або виконується неналежним чином. Відтак наукова обґрунтованість побудови санкції кримінально-правової норми має не менше значення, ніж правильне конструювання її диспозиції.

Не викликає сумнівів і та обставина, що чинному Кримінальному кодексу України (далі – КК) (не в останню чергу внаслідок його перманентного «реформування») бракує виваженого, кваліфікованого підходу до побудови санкцій. Останні, відіграючи роль формального класифікатора кримінальних правопорушень за ступенем їхньої тяжкості (навіть за формальної відсутності на це вказівки у ст. 12 КК), переважно характеризуються довільністю і позбавлені наукового (у т. ч. соціологічного та психологічного) обґрунтування. З-поміж іншого в юридичній літературі констатується встановлення істотно різних покарань за кримінальні правопорушення однакової (схожої) суспільної небезпеки (тяжкості) і різний вплив однакових кваліфікуючих ознак на зміну міри типового покарання. Як наслідок, наявні санкції нерідко дають спотворене уявлення про суспільну небезпеку того чи іншого кримінального правопорушення.

Наприклад, складно пояснити, чому у частинах других статей 239, 239-1 та 239-2 КК, якими регламентовано відповідальність за діяння (земельні делікти), що спричинили «загибель людей або інші тяжкі наслідки» («тяжкі наслідки»), як максимально суворе покарання передбачено позбавлення волі на строк до 5 років (нетяжкий злочин) у той час, як за порушення правил охорони або використання надр, що призвело до аналогічних наслідків (ч. 4 ст. 240 КК), – 7 років, за знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу (ч. 2 ст. 245 КК) – 10 років (тяжкі злочини), а

62 Захист відбувся у Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого 12 травня 2021 р.

за умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів ПЗФ (ч. 2 ст. 252 КК) – 12 років позбавлення волі (особливо тяжкий злочин).

З урахуванням закріпленого у п. 2 примітки ст. 201-1 КК «Переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю лісоматеріалів або пиломатеріалів цінних та рідкісних порід дерев, лісоматеріалів необроблених, а також інших лісоматеріалів, заборонених до вивозу за межі митної території України» показника «особливо великого розміру» на сьогодні особі, яка вчинила так звану контрабанду деревини, вартість якої перевищує 40 860 грн (ч. 3 ст. 201-1 КК), як основне покарання може бути призначено лише позбавлення волі на строк від 10 до 12 років (!). Але хіба суспільну небезпеку такої поведінки можна вважати хоча б приблизно співмірною із суспільною небезпекою, наприклад, умисних тяжких тілесних ушкоджень, що спричинили смерть потерпілого (ч. 2 ст. 121 КК), розбою, вчиненого із проникненням у житло (ч. 3 ст. 187 КК), чи катування, вчиненого повторно або за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 127 КК), за скоєння яких передбачено менш суворої покарання?

За таких обставин складно не погодитись із дисертантом у тому, що законодавець часто встановлює санкції, керуючись позаправовими міркуваннями, інколи інтуїтивно, «на око» (с. 351 монографії).

Тезу про те, що законодавець доволі легко, не обтяжуючи себе пошуком потрібної аргументації, змінює статус того чи іншого кримінального правопорушення (роблячи це саме через зміну санкцій), можна ілюструвати безкінечно. Наприклад, підроблення документів, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи та ФОПів, віднесене згідно із Законом від 22 листопада 2018 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» до числа кримінальних проступків, повернуло собі статус злочину на підставі Закону від 6 грудня 2019 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення». І це при тому, що згадане підроблення документів немає підстав визнавати предикатним діянням із погляду інкримінування ст. 209 КК «Легалізація (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом». Щодо кримінальних правопорушень проти довілля складно зрозуміти, чому частину цих посягань віднесено до кримінальних проступків, а решту, незважаючи на приблизно однаковий рівень суспільної небезпеки, без будь-яких видимих причин та обґрунтувань – до злочинів.

Ще одна притаманна чинному КК проблема, яка безпосередньо стосується конструювання санкцій, – це те, що частина останніх характеризується занадто широкими межами покарання у виді позбавлення волі, внаслідок чого покарання, призначене за конкретний злочин, може виявитись у діапазоні різних категорій тяжкості. В результаті не виключені випадки, коли особі може бути призначене покарання, яке відповідає індивідуальній тяжкості злочину, тоді як інші кримінально-правові наслідки (звільнення від покарання та його відбування, погашення судимості тощо) можуть визначатись, виходячи з типової тяжкості злочину. А за втіленого у Законі від 22 листопада 2018 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» конструювання санкцій інколи спостерігається неприпустиме «розповзання» від кримінального проступку до нетяжкого злочину.

Недосконалість санкцій негативно впливає на ефективність кримінального закону. Зокрема, прагнення посилити кримінальну відповідальність за певні діяння за допомогою закріплення позбавлення волі на певний строк як єдиного (безальтернативного) виду покарання часто-густо призводить на практиці до зворотного ефекту, коли замість «реального» відбування покарання чи не всі засуджені звільняються від призначеного покарання у виді позбавлення волі на певний строк (те саме стосується й обмеження волі) – передусім на підставі ст. 75 КК «Звільнення від відбування покарання з випробуванням». У сьогоднішній судовій практиці трапляються випадки застосування згаданої статті КК навіть щодо осіб, які вчинили особливо тяжкі злочини, зокрема умисне вбивство, із зверненням при цьому до ст. 69 КК. Слушним у цьому контексті є висловлювання дисертанта про «наявність істотної розбіжності між законодавчо встановленою караністю кримінальних правопорушень і сукупністю кримінально-правових засобів-установлень, що фактично використовуються судами як покарання» (с. 244–245 монографії).

Відтак є підстави погодитись із М. Хавронюком, який, характеризуючи нашу систему покарань, у відгуку на автореферат докторської дисертації Н. Орловської «Санкції кримінально-правових

норм: засади та принципи формування» вдався до образних висловлювань. На думку згаданого вченого, санкції кримінально-правових норм як основні, найбільш часто вживані інструменти мають бути найвищої якості і перебувати в ідеальному порядку – як скальпелі, голки, дзеркала, зонди і пінцети у хірурга. Продовжуючи цю аналогію, можна сказати, що більшість предметів передбаченого чинним КК набору санкцій здається схожою на іржавий, брудний інструмент, що дивом зберігся у саквояжі «дохтура» з часів А. Чехова і М. Булгакова.

Отже, на сьогодні виникла потреба не лише у вдосконаленні правового регулювання окремих видів покарань, уточнення їхнього місця в системі покарань (сказане стосується насамперед штрафу, каральний вплив якого у 2011 р. серйозно зріс без зміни його місця в «драбині» покарань), а й в модернізації (перегляді) всієї системи покарань, підвищення її ефективності. І саме кримінально-правова наука покликана висунути аргументовані пропозиції зі зміни ситуації на краще.

Щоправда, в самій науці точаться дискусії, зокрема, щодо: змісту поняття і змісту пеналізації як напряму кримінально-правової політики; врахування принципів кримінального права при визначенні караності кримінальних правопорушень; меж впливу на цю караність угод, регламентованих кримінальним процесуальним законодавством; розуміння системи покарань і шляхів її вдосконалення. З приводу останньої тези – всього один штрих: усупереч фактично домінуючій наразі серед теоретиків позиції деякі дослідники продовжують наполягати на тому, що лише конфіскація майна як вид покарання спроможна здійснити крайній матеріальний каральний вплив на винного у вчиненні тяжкого та особливо тяжкого злочину, аналог чого не може запропонувати жодне інше покарання (див.: Марисюк К.Б. Кримінально-правова політика у сфері майнових покарань в Україні: монографія. Львів: «Тріада Плюс», 2013. С. 338).

Основною причиною недоліків чинного кримінального закону у частині караності кримінальних правопорушень, контроверсійності відповідних поглядів науковців і різновекторності їхніх пропозицій *de lege ferenda* пан Юрій загалом слушно називає *невирішеність* загальних питань про: походження та зміст права покарання; підстави та порядок реалізації цього права при здійсненні державою її кримінально-правової політики; правові засоби, що можуть створюватись і застосовуватись при його реалізації; особливості закріплення цих правових засобів у нормах кримінального права (с. 2 автореферату).

Застереження «загалом» зроблено мною свідомо: з урахуванням численності вироблених людством різноманітних теорій, присвячених феномену покарання (ретрибутивних, запобіжних, реабілітаційних і змішаних; існує навіть пенальний аболіціонізм – концепт, який відкидає каральну реакцію держави на людські вчинки), мабуть, не варто розраховувати на те, що захист дисертації Ю. Пономаренка ознаменує остаточне вирішення згаданих «вічних» питань і покладе край дискусіям теоретиків і практиків стосовно пеналізації кримінальних правопорушень. Будучи самокритичною людиною, пан Юрій висловлюється співзвучно: «... загальна теорія караності кримінальних правопорушень, що викладена в цьому дослідженні, не претендує і не може претендувати на остаточність розв'язання усіх питань і зупинення подальших досліджень її предмета» (с. 278 монографії).

Актуальності обраній темі додає як те, що наразі триває робота над проектом нового КК (і завдяки входженню до складу робочої групи, яка опікується цим, пан Юрій дістав унікальну можливість втілити свої наукові задуми у законотворчу матерію), так і намагання керівництва держави вдосконалити існуючу систему покарань.

Так, за повідомленнями у ЗМІ, нещодавно Кабінет Міністрів України схвалив розроблені Мін'юстом проекти законів про альтернативні види покарань, що (так вважають розробники відповідних законодавчих змін) сприятиме зменшенню кількості осіб у місцях несвободи, забезпечить виправлення правопорушників без ізоляції від суспільства і заощадить бюджетні кошти. Йдеться, зокрема, про заміну покарання у виді обмеження волі пробаційним наглядом, розширення кола осіб, яким може призначатись покарання у виді громадських робіт і до яких може бути застосовано звільнення від відбування покарання з випробуванням (див.: Денис Малюська: уряд схвалив законопроекти щодо альтернативних видів покарань). Звісно, ініційовані законодавчі новели потребують наукового осмислення в контексті з'ясування їхньої відповідності здобуткам кримінально-правової доктрини.

Зауваження.

1. Не всі положення розробленої здобувачем теоретичної моделі розділу Загальної частини кримінального закону, присвяченого караності кримінальних правопорушень, яка (модель) є квінтесенцією і логічним завершенням проведеного дослідження, сприймаються однозначно чи можуть бути підтримані; окремі з цих положень потребують додаткових пояснень під час захисту:

а) пропонується модель не дає чіткої відповіді на питання, як має вирішуватись проблема караності кримінальних правопорушень, вчинюваних військовослужбовцями, неповнолітніми або молодими людьми. Може скластись хибне враження, що тут немає жодної специфіки і, відповідно, диференціація підходів до караності вчинків цих категорій делінквентів не потрібна. Окремі формулювання, включені в авторські редакції статей про види покарань (ч. 2 і ч. 3 статті про громадські роботи, ч. 2 статті про довічне ув'язнення), схиляють до такої думки, однак не вважаю правильним те, що суб'єкти законодавчої ініціативи, які «візьмуть на озброєння» обговорювану теоретичну модель, у цьому разі мають губитись у здогадах. Тим більше, що дисертант, чудово усвідомлюючи позначену проблему, не відкидає положення про особливості змісту чи обсягу правообмежень для названих категорій осіб або спеціальні режими відбування ними покарань (с. 534–537 монографії). Тому теоретична модель відповідного розділу Загальної частини кримінального закону щонайменше мала б містити відсылки до специфіки караності кримінальних правопорушень окремих категорій осіб;

б) чи є сенс закріплювати у законодавчому порядку наведене дисертантом визначення поняття покарання? Адже, як це доведено у монографії (с. 162, 167–168, 186, 191, 296), покарання за своїми ознаками повністю збігається з іншим кримінально-правовим засобом – кримінальною відповідальністю (?) при тому, що остання включає в себе, крім покарання, обов'язки, які суд покладає на особу, звільнену від відбування покарання, і судимість. Визначення ж (дефініція) – це логічний прийом, який дозволяє з-поміж іншого здійснити специфікацію об'єкта, що вивчається, тобто сформулювати критерії, за якими цей об'єкт відрізняється від інших.

Крім того, згадування у визначенні поняття покарання про обвинувальний вирок створює підґрунтя для подальших (принаймні теоретичних) дискусій щодо того, чи узгоджується з таким визначенням подальша заміна покарання на підставі ухвали суду;

в) одночасна вказівка у меті покарання на «запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень і спонукання особи до правослухняної поведінки» не є вдалою. Якщо покарання покликане спонукати особу до правослухняної поведінки, то це охоплює запобігання вчиненню особою нових кримінальних правопорушень. До того ж «спонукання до правослухняної поведінки» виглядає перебільшенням ролі кримінального закону загалом і покарання зокрема: вони можуть (мають) стимулювати хіба що до невчинення кримінальних правопорушень, а не будь-яких протиправних вчинків (адміністративних проступків, цивільних деліктів тощо).

Використаний при визначенні мети покарання зворот «покарання ... досягає запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень» видається редакційно невдалим (краще, мабуть, писати, що «покарання спрямоване на...» або «покарання ставить за мету...», чи «покарання має на меті...», як це зроблено у ч. 2 ст. 50 чинного КК).

Якщо стосовно визнання кари метою чи змістом покарання точиться «вічна» дискусія, і можна виділити 4 групи відповідних теоретичних позицій (с. 156 монографії), то чи не слід взагалі відмовитись від того, щоб, так би мовити, нормативно-безапеляційно фіксувати кару як складову мети покарання? Тим більше, що: 1) кару фактично пропонується визнавати засобом для досягнення іншої (кінцевої) мети – запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень; 2) дискусійним є «прив'язування» превентивного значення покарання суто до ознаки кари; 3) за пропонуваного підходу пенальна політика держави набуватиме відверто репресивного «ухилу».

Небезпідставною видається також думка дослідників (А. Музика, О. Горох), які, з огляду на відмову від концепту «невідворотність покарання», називають норму кримінального закону, яка визначає мету покарання, «рудиментом минулого». Справді в сучасних умовах допустимо ставити питання про мету (зокрема, в контексті її законодавчого закріплення) кримінальної відповідальності або навіть ширше – про мету застосування заходів кримінально-правового впливу (кримінально-правових засобів тощо);

г) назва статті «Система покарань», в якій зазначається, що таку систему складають 5 видів покарань, означає навряд чи виправдане ототожнення переліку видів покарань і системи покарань. До слова проти такого ототожнення і, зокрема, проти «найбільш спрощеного розуміння системи покарань» виступає і сам пан Юрій (с. 447–453 монографії). Система покарань (попри численність відповідних дефініцій у науці кримінального права) не може бути зведена до сукупності (множини) видів покарань, перерахованих у певній («правильній») послідовності. Не заглиблюючись у відповідну теоретичну дискусію і не оцінюючи запропоноване здобувачем визначення системи покарань, зазначу, що з урахуванням сказаного назва ст. 51 чинного КК «Види покарань» є більш вдалою;

г) вимушений констатувати використання дисертантом розпливчастих формулювань, які здатні створити підґрунтя для виникнення корупційних ризиків:

«... якщо суд вважатиме, що їхнє застосування сприятиме досягненню мети покарання» (ч. 2 статті про громадські роботи);

«Питання про призначення штрафу вирішується з урахуванням майнового стану засудженої особи» (ч. 5 статті про штраф);

«З урахуванням майнового стану засудженої особи суд може прийняти рішення про сплату штрафу частинами... або відстрочення його сплати на строк до одного року» (ч. 6 статті про штраф);

«Щодо особи, засудженої до довічного ув'язнення, яка має низький ризик вчинення нового злочину, здатна інтегруватися в суспільство...» (ч. 3 статті про довічне ув'язнення).

Хіба використання наведених формулювань узгоджується з тезою пана Юрія про те, що кримінально-правові норми, які визначають покарання, *повинні мати дієві запобіжники від зловживання ними?* (с. 1 автореферату). Таких запобіжників я не помітив і в авторській редакції статті про санкції, з якої випливає широка дискреція суду при обранні (в межах однієї з типових санкцій) конкретного виду і розміру покарання за певне кримінальне правопорушення.

До речі, рецензуючи проєкт нового КК, ми з Є. Письменським назвали дещо незвичним (обстоюване і дисертантом) поєднання, з одного боку, максимальної формалізації у частині визначення тяжкості кримінальних правопорушень і типових санкцій (дисертант аргументує, що їх має бути 50), жорстко прив'язаних до ступенів тяжкості цих правопорушень, та, з іншого, широкого суддівського угляду, пов'язаного із застосуванням кримінально-правових засобів;

д) критично оцінюю відсутність у пропонованому переліку покарань згадування про виправні роботи (ст. 57 чинного КК). Правозастосовний потенціал цього виду покарання, не пов'язаного з обмеженням свободи пересування особи, який дозволяє не «відривати» засудженого від місця його роботи, у вітчизняному кримінальному праві досі повністю не реалізований. У перспективі ж цей вид покарання може бути не менш ефективним ніж, наприклад, штраф;

е) слова «у вільний від її зайнятості час» у ч. 1 статті, присвяченої громадським роботам, вважаю зайвими, бо, судячи з ч. 2 цієї статті, вказаний вид покарання пропонується призначати і незайнятим особам.

Якщо стосовно громадських робіт є обмеження за колом осіб, то, напевне, у кримінальному законі має бути вирішене і питання про наслідки, якщо підстави для незастосування (наприклад, вагітність, досягнення пенсійного віку) цього виду покарання виникатимуть після початку його відбування. Виникнення відповідних обставин під час виконання покарання значення не матиме чи це питання, за задумом дисертанта, підлягає врегулюванню в іншій структурній частині кримінального закону?;

є) якщо автор обстоює концепцію штрафу на користь потерпілого (кошти, сплачені як штрафи, мають спрямовуватись до відповідного фонду (с. 464–468 монографії)), то поставлю для обговорення питання: чи не повинне це покарання призначатись саме і лише у випадках вчинення кримінальних правопорушень, де є потерпілі?

Чи не порушуватиметься принцип індивідуальності при визначенні караності кримінальних правопорушень, який вимагає, щоб покарання мінімально зачіпало права інших осіб, крім засудженого (с. 421 монографії), у випадку призначення більш-менш солідного за розміром штрафу

(не має значення – як основного чи як додаткового покарання) особі, яка, наприклад, є єдиним годувальником у сім'ї? До слова, подібний аргумент дисертант наводить, виступаючи проти включення в оновлений перелік покарань конфіскації майна (с. 405 монографії).

В аспекті забезпечення справедливості кримінально-правового впливу, вочевидь, варто задуматись на тим, щоб можливість надання судом розстрочки і відстрочення сплати штрафу поставити у залежність не лише від майнового стану засудженої особи (а, можливо, і її сім'ї), а й від тяжкості вчиненого нею кримінального правопорушення. Слід також уточнити, коли відповідне рішення ухвалюватиме суд – при призначенні покарання чи вже згодом;

ж) згадування у статті про обмеження свободи конкретного нормативно-правового акту (Закон України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні») є недоречним. В юридичній літературі (Г. Яремко) доведено, що посилання на конкретний нормативно-правовий акт спрощує правозастосування, але кримінально-правова норма з таким посиланням не є гнучкою. Подібна конкретизована форма бланкетного способу викладення нормативного матеріалу доцільна лише за умови стабільності відповідного регулятивного законодавства; в інших випадках варто вказувати на юридичну силу та (або) галузеву належність акту, що застосовується для конкретизації змісту бланкетної диспозиції.

Ознайомлення з авторською редакцією статті про обмеження свободи дозволяє висловити й деякі інші критичні міркування: 1) не зрозуміло, чому (на протигагу статті про громадські роботи) тут не визначаються категорії осіб, до яких це покарання (враховуючи його специфіку) не повинне застосовуватись; 2) пропонується каральна суть обмеження волі дозволяє ставити це покарання (такий собі «домашній арешт») на умовно перше місце в переліку покарань з розглядом його як найм'якшого (наведені на с. 443–444 монографії міркування про порівняльну суворість різних видів покарань не переконують); 3) неясно, чи вказані в ч. 1 обмеження є альтернативними, чи на засудженого має покладатись кожне з цих обмежень; 4) ініційований дисертантом формат обмеження волі дуже нагадує пробацію / режим випробування при звільненні від покарання, через що постає питання, як пану Юрію бачиться співіснування цих кримінально-правових засобів; 5) зазначивши, що для випадків крайньої потреби (наприклад, для реалізації права засудженого на охорону здоров'я) закон має передбачати для суду повноваження призупиняти окремі з правообмежень такого виду покарання, як обмеження свободи (с. 493), дисертант не потурбувався про те, що реалізувати цю слушну ідею в проєктованій статті;

з) пропонується визначення ув'язнення (на певний строк і довічного) не повною мірою враховують ту обставину, що ув'язнення обмежує не лише право на особисту свободу, а цілий комплекс прав особи;

и) визначаючи таке покарання, як довічне ув'язнення, здобувач вказує на *безстрокове* тримання засудженої особи в установі виконання покарання. Цю дефініцію доречно переформатувати, виключивши з неї вказівку на безстроковість. Адже пан Юрій передбачає можливість перетворення цього покарання із безстрокового у строкове: «... довічне позбавлення свободи має бути «довічним» лише формально і передбачати реальні можливості бути припиненим з визначених законом підстав зі звільненням особи від його подальшого відбування» (с. 429 монографії). Як варіант пропоную зазначити, що довічне ув'язнення полягає у перебуванні засудженого у відповідній установі поза визначеним строком.

Щодо вжиття всіх можливих заходів для реституції чи компенсації шкоди як однієї з умов, за сукупності яких суд вправі ухвалити рішення про заміну довічного ув'язнення ув'язненням на строк від 25 до 30 років або про умовне звільнення від подальшого відбування покарання, то можна спрогнозувати, що встановлення наявності цієї умови на практиці відбуватиметься у суперечливий спосіб, адже встановити, чи насправді всіх (чи не всіх) можливих заходів вжила особа буде непросто. До того ж постає питання: «вжила всіх можливих заходів для реституції чи компенсації» – це те саме, що «здійснила реституцію або компенсацію шкоди»? Тут бажана більша визначеність.

Взагалі не думаю, що частині 3 статті про довічне ув'язнення, в якій йдеться про заміну довічного ув'язнення ув'язненням на певний строк та про умовне звільнення від подальшого відбування цього покарання, місце саме в цій статті, адже теоретична модель розділу про покарання

допускає (треба так розуміти) існування окремого розділу, подібного до розділу XII Загальної частини чинного КК «Звільнення від покарання та його відбування»;

і) норми, що визначають покарання, на переконання дисертанта, мають бути не лише виваженими, послідовними, справедливими, розумними, а й *інтуїтивно зрозумілими* (с. 1 автореферату). Не думаю, що ця (виділена мною курсивом) вимога гарно поєднується з ідеєю типових санкцій, розміщених у Загальній частині майбутнього КК і «прив'язаних» до ступенів тяжкості кримінальних правопорушень. Дисертант стверджує, що встановленню санкцій мають передувати попередні визначення та оцінка ступенів тяжкості кримінальних правопорушень, їх ранжирування чи класифікація за цим ступенем і подальше співвідношення із системою типових санкцій (с. 26 автореферату). Проблема, однак, полягає в тому, що проєкт КК у частині визначення тяжкості кримінальних правопорушень є надмірно ускладненим. Як відомо, ідея максимально типізувати санкції за вчинення кримінальних правопорушень, перемістивши їх із Особливої до Загальної частини КК, наразі жорстко критикується якраз на тій підставі, що це істотно ускладнить розуміння покарання, яке може бути призначене за вчинене кримінально протиправне діяння.

До речі, аргументуючи свій модельний перелік видів покарань, здобувач посилається, зокрема, на проведені анкетування 648 суддів судів першої інстанції. Мабуть, не було б зайвим провести анкетування представників суддівського корпусу щодо запропонованої теоретичної моделі побудови кримінально-правових санкцій;

і) одна з проблем запропонованої теоретичної моделі розділу про покарання полягає в тому, що вона написана не під чинний КК. Відтак для того, щоб належним чином оцінити її завершеність, потрібні теоретичні моделі інших, взаємопов'язаних розділів загальної частини кримінального закону. До того ж автор моделі мав би потурбуватись про комплекс перехідних положень, який би згладжував істотні розбіжності між моделлю (у випадку її сприйняття законодавцем) і чинним КК.

2. Дисертант неодноразово наголошує на тому, що предметом його дослідження є саме і тільки потенційне покарання, визначене кримінальним законом (чинним і перспективним) або, інакше кажучи, потенційний аспект покарання як кримінально-правового засобу-установлення (зокрема, с. 89, 227–234, 237, 281, 297, 376 монографії). Пан Юрій свідомо і цілеспрямовано «відсікає» проблематику «фактичної караності», тобто правозастосовний рівень караності кримінальних правопорушень. Обраний вектор наукового пошуку є зрозумілим; він достатньою мірою аргументується у рецензованій праці і загалом видається прийнятним. Водночас хотів би зробити з цього приводу два застереження.

По-перше, як слушно зазначається в юридичній літературі (А. Музика, О. Горох), інститут покарання сам по собі, у відриві від іншого інституту – призначення покарання – вельми «німецький». Звісно, можна сконструювати близькі до ідеальних кримінально-правові санкції, але практика їхнього застосування з різних причин (у т. ч. відбитих у кримінальному законі) може стати такою, що від ідеалів не залишиться і сліду. Чи не аксіоматичною в умовах сьогодення є теза про те, що навіть якісний кримінальний закон не гарантує справедливого і виваженого правозастосування.

Достатньо пригадати історію зі звільненням від відбування покарання з випробуванням осіб, які вчинили корупційні кримінальні правопорушення, на підставі угод про визнання вини, з приводу чого спостерігається навіть протистояння між ВАКС, який послідовно висловлюється за звернення до ч. 2 ст. 75 КК (є, що правда, окремі думки суддів), і ККС ВС, хоч саме останній покликає забезпечувати сталість та єдність судової практики. Завдяки розповсюдженій практиці застосування щодо корупціонерів ч. 2 ст. 75 КК (я зараз не кажу про правомірність/неправомірність такої практики) жорсткість антикорупційних кримінально-правових заборон, включаючи відповідні санкції, фактично нівелюється. У світлі сказаного вельми показовою є та обставина, що пеналогія як вчення про покарання, охоплюючи з-поміж іншого питання призначення покарання і звільнення від його відбування (див.: Пономаренко Ю.А. Пеналогія // Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2016. Т. 17: Кримінальне право / редкол.: В.Я. Тацій (голова), В.І. Борисов (заст. голови) та ін.; Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. 2017. С. 670–671), орієнтує дослідників на комплексне розв'язання проблем караності.

По-друге, з урахуванням того, що не відкидається (у т. ч. здобувачем) двоаспектне розуміння караності кримінальних правопорушень, яке охоплює правотворчий і правозастосовний рівні кримінально-правового регулювання, а належне державі право покарання розпадається на три складові (встановлювати у законі, призначати і виконувати покарання), чи не варто було у назві монографії наголосити на досліджуваному (законодавчому) аспекті караності кримінальних правопорушень – на тому, що кваліфікаційну наукову роботу присвячено *теорії пеналізації кримінальних правопорушень*? Це, як на мене, дозволило б точніше позначити предмет дисертаційного дослідження.

Принагідно зверну увагу на те, що об'єкт свого дослідження здобувач визначає як «суспільні відносини, що складаються при законотворчому рівні кримінально-правового регулювання шляхом здійснення державою пеналізації кримінальних правопорушень як напряму її кримінально-правової політики», а предмет – як загальну теорію визначення караності кримінальних правопорушень (с. 3–4 автореферату). Однак ця теорія як сукупність певних наукових знань (див. с. 273 монографії) не виступає складовою відповідної законотворчої діяльності держави. У результаті заявлені об'єкт і предмет дисертаційного дослідження як категорії наукового пошуку всупереч встановленим вимогам не співвідносяться між собою як загальне і часткове.

3. Наукова праця Ю. Пономаренка лише виграла б від активнішого використання порівняльно-правового методу. Звісно посилання на зарубіжний досвід зроблені по всьому тексту монографії, проте вони здебільшого є фрагментарними, «ситуативними», в основному стосуються «особливої» частини дослідження, де в режимі *de lege ferenda* розкриваються система покарань та її окремі елементи. Наприклад, США згадуються дисертантом лише у контексті досвіду функціонування приватних в'язниць, пробації як окремого виду покарання, а також деяких особливостей побудови національної системи покарань. Водночас не аналізується, наприклад, самотній підхід, сформований у цій державі щодо розуміння ознаки караності, ключової для проведення кримінально-правової політики, – принцип «*tough on crime*» (від англ. – «жорстко до злочинності»). Також не було б зайвим звернути увагу на те, що на практиці досягнення пропорційності між злочином і покаранням за нього часто залежить у США від того, яка з двох конкуруючих філософсько-правових течій – утилітаризм чи ретрибутивізм – візьме гору (докладніше див.: Каменський Д.В. Відповідальність за економічні злочини у Сполучених Штатах Америки та Україні: порівняльно-правове дослідження: монографія / передне слово д-ра юрид. наук, проф. О.О. Дудорова. Київ: Дакор, 2020. С. 868).

4. Текст монографії не позбавлений деяких не зовсім вдалих висловлювань.

Так, здобувач фактично ототожнює юридичну науку і правову доктрину. Відверто кажучи, й офіційний опонент до недавнього часу грішив тим, що не завжди доречно використовував прикметник «доктринальний» і похідні від нього слова. Наразі ж переконливішою вважаю точку зору, згідно з якою, незважаючи на близькість і взаємозв'язок правової науки і доктрини, їх не варто ототожнювати. Як зазначають теоретики права, щодо юридичної науки правова доктрина має похідний характер. Не всі наукові положення стають складовою правової доктрини – ними є лише загальновизнані наукові положення, що містять глибокі й всебічні дані про сутнісні сторони, зв'язки правових явищ і процесів, відображають об'єктивні закони розвитку суспільних відносин і пропонують конкретні шляхи вирішення проблем, що виникають у юридичній царині (див.: Семеніхін І. До питання про співвідношення і взаємодію правової доктрини та юридичної науки. Вісник Національної академії правових наук України. 2013. № 3. С. 64–72). Співзвучно висловлюється Л. Демидова, називаючи визначальними ознаками кримінально-правової доктрини її об'єктивізацію, концептуальність, системність і визнання у науковому колі, суспільстві і державі (див.: Демидова Л.М. Джерела сучасної доктрини кримінального права України: судова практика. Право та державне управління. 2019. № 4. С. 95–100).

Використання здобувачем традиційного звороту «протидія злочинності» (зокрема, у визначенні пеналізації) є зрозумілим і водночас не може не ставити питання про необхідність запровадження у науковий і законодавчий обіг іншого (більш сучасного) терміну для позначення сукупності всіх кримінальних правопорушень (а не тільки злочинів).

Характеризуючи такі види покарань, як ув'язнення на певний строк і довічне ув'язнення, дисертант (переважно під впливом міжнародно-правових документів) послуговується зворотом «ізо-

ляція особи від суспільства». Як наслідок, створюється неприйнятне уявлення про те, що контингент засуджених, які перебувають в установах виконання покарання, і персонал цих установ не є частиною суспільства.

Часто вживаний здобувачем зворот «законні права і свободи особи» схиляє до хибної думки про існування *незаконних* прав і свобод особи.

Віднесення сумлінного виконання міжнародних зобов'язань до принципів кримінального закону навряд чи узгоджується з розумінням таких принципів як певних загальних положень (засад). Коректнішою видається позиція тих дослідників (наприклад, Ю. Коломієць), які сумлінне виконання міжнародних зобов'язань відносять до принципів законотворчості, відмінних від принципів кримінального права.

Відгук на дисертацію А.А. Тертичної «Кримінальна відповідальність за невиконання судового рішення»⁶³

Принцип обов'язковості судових рішень в Україні закріплений на конституційному рівні. У ст. 129-1 Основного Закону проголошується, що суд ухвалює рішення іменем України. Судове рішення є обов'язковим до виконання. Держава забезпечує виконання судового рішення у визначеному законом порядку. У ст. 129 Конституції України обов'язковість судового рішення названо однією з основних засад судочинства. У розвиток наведених конституційних положень ст. 13 Закону України від 2 червня 2016 р. «Про судоустрій і статус суддів» встановлює, що судові рішення, які набрали законної сили, є обов'язковими до виконання всіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України. Невиконання судових рішень має наслідком юридичну відповідальність, встановлену законом. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи не можуть приймати рішення, які скасовують судові рішення або зупиняють їх виконання. Про обов'язковість для виконання Україною судових рішень (рішень ЄСПЛ) і про відповідальність (зокрема, кримінальну) у разі невиконання або неналежного виконання таких рішень йдеться й у статтях 2, 16 Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини».

Водночас ситуація із виконанням судових рішень у сьогоднішній Україні є невтішною. Так, ЄСПЛ був вимушений неодноразово констатувати, що невиконання рішень національних судів в Україні є системною проблемою. Як відомо, наразі скарги на невиконання судових рішень становлять ліву частку звернень українців до ЄСПЛ. Яскравим свідченням гостроти позначеної проблеми є та обставина, що розпорядженнями Кабінету Міністрів України з метою розв'язання системної проблеми невиконання і тривалого виконання рішень судів схвалено: по-перше, Національну стратегію розв'язання проблеми невиконання рішень судів, боржниками за якими є державний орган або державне підприємство, установа, організація, на період до 2022 року (від 30 вересня 2020 р. № 1218-р); по-друге, План заходів щодо реалізації Національної стратегії розв'язання проблеми невиконання рішень судів, боржниками за якими є державний орган або державне підприємство, установа, організація, на період до 2022 року (від 17 березня 2021 р. № 210-р). Реалізація згаданої Національної стратегії спрямована на досягнення таких результатів, як: зменшення кількості невиконаних рішень судів; погашення державного боргу у зв'язку з невиконаними рішеннями судів; припинення звернень до ЄСПЛ у зв'язку з невиконанням або тривалим виконанням рішень національних судів; підвищення рівня довіри суспільства до державних інституцій. У 2021 р. Міністерством юстиції України підготовлено Моніторинговий звіт про проведення аналізу проблем та підготовку пропозицій щодо зняття мораторіїв, що ускладнюють виконання судових рішень, здійснення моніторингу мораторіїв з метою визначення їх регуляторного впливу на вирішення наявних проблем та на діяльність і права інших осіб, а також підготовку пропозицій щодо доцільності створення небюджетного фонду гарантування виконання рішень судів щодо підприємств, які перебувають під дією мораторіїв, внески до якого сплачуватимуться такими підприємствами.

Існуючий стан речей з (не-)виконанням судових рішень породжує спектр різноманітних негативних наслідків. Показовою у цьому сенсі є нещодавня заява заступника Голови Верховного Суду, голови Касаційного господарського суду Верховного Суду Б. Львова про те, що судові рішення, яке не виконується, не тільки нікому не потрібне, а й дискредитує як суди, так і державу в цілому. Справді невиконання судових рішень, породжуючи зневагу до суду і правовий нігілізм, не лише ставить під загрозу авторитет держави загалом і судової гілки влади зокрема, а й коливає засади української державності, бо призводить до утвердження і розповсюдження у суспільстві неприйнятної думки про те, що правосуддя як таке позбавлене сенсу і будь-яких перспектив. В юридичній літературі (К. Лагода, Ю. Орлов) з цього приводу слушно зазначається, що невиконання судових рішень формує сигнальну систему, спрямовану на деструкцію держав-

63 Захист відбувся у Київському національному університеті імені Тараса Шевченка 16 вересня 2021 р.

ного механізму, призводить до соціальної дезорганізації, спонукає до оперування неправовими методами для вирішення конфліктів, які виникають у суспільстві, а відтак детермінує кримінально протиправну поведінку.

Виконання судових рішень розглядається як невід'ємна частина судового розгляду в розумінні ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, що передбачає право на справедливий суд. ЄСПЛ у своїх рішеннях неодноразово робив висновок про те, що невиконання судового рішення призводить до ситуації, несумісної з принципом верховенства права, негативно впливає на авторитет органів законодавчої, виконавчої та судової влади, оскільки в цьому разі не досягається кінцева мета правосуддя – захист інтересів громадян і реальне поновлення їхніх порушених прав. Крім того, невиконання або тривале виконання судових рішень погано відбивається на інвестиційній привабливості України.

Незважаючи на те, що у чинному Кримінальному кодексі України (далі – КК) міститься низка заборон (включаючи досліджувану здобувачкою ст. 382), покликаних забезпечити втілення у життя конституційного принципу обов'язковості судових рішень, є підстави констатувати неефективність теперішнього механізму кримінально-правового реагування на поведінку осіб, які не виконують судові рішення або перешкоджають їх виконанню. Очевидно, що цій ситуації сприяють недосконалість законодавства (зокрема, кримінального), суперечливість практики його застосування (зокрема, практика Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ККС ВС) у частині застосування ст. 382 КК не відзначається уніфікованістю), інші вагомні чинники, які вимагають комплексного наукового дослідження.

Хоч у сучасній кримінально-правовій науці України питання відповідальності за невиконання судового рішення, що набрало законної сили, або перешкоджання його виконанню вже ставали предметом низки кваліфікаційних робіт, чимало аспектів кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 382 КК, продовжують належати до числа дискусійних або вивчених недостатньо. З-поміж іншого це: кримінально-правова оцінка невиконання судового рішення, ухваленого з порушенням правил підсудності; охоплення складом аналізованого злочину випадків часткового або неналежного виконання судових рішень; коло тих судових рішень, невиконання яких підлягає кваліфікації за ст. 382 КК; належність злочину, передбаченого цією статтею КК, до числа триваючих посягань; межі врахування положень регулятивного законодавства (процесуального, про виконавче провадження, про конституційне судочинство тощо) при з'ясуванні змісту ознак складу злочину «невиконання судового рішення»; особливості кваліфікації невиконання рішень Конституційного Суду України (далі – КСУ) та ЄСПЛ і визначення перспектив досліджуваної кримінально-правової заборони в цій частині; співвідношення складу злочину «невиконання судового рішення» зі складами суміжних кримінальних правопорушень – причому як *de lege lata*, так і *de lege ferenda*. Автори монографічних робіт та інших публікацій висловлюють різновекторні пропозиції, які спрямовані на вдосконалення КК щодо відповідальності за невиконання різних судових рішень та які потребують наукового осмислення.

Зауваження.

1. У рубрику наукової новизни «вперше» включено положення про те, що суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 382 КК, є спеціальним. Це положення аргументується таким чином: наявність у ч. 2 вказаної статті КК формулювання «вчинені службовою особою» означає, що у суб'єкта згаданого кримінального правопорушення наявні спеціальні «негативні» характеристики – він не є службовою особою й особою, яка використовує своє службове становище (с. 25, 67, 96, 221). З приводу наведеної теоретичної позиції та її обґрунтування хотів би зауважити таке.

Я погоджуюсь з думкою про існування групи (різновиду) спеціальних суб'єктів кримінальних правопорушень із нормативно невизначеними ознаками, які встановлюються шляхом тлумачення закону (передусім КК) і наявність яких впливає із самої суті (змісту) того чи іншого кримінально протиправного посягання. Вважаю, що наявність специфічних і до того ж обмежувальних ознак, притаманних суб'єкту основного складу злочину «невиконання судового рішення», впливає не з ч. 2 ст. 382 КК, в якій недвозначно фігурує спеціальний суб'єкт злочину (службова особа), а зі

змісту діяння, передбаченого ч. 1 ст. 382 КК. У цьому сенсі мені імпонує висловлена в юридичній літературі (див.: Злочини проти правосуддя: навч. посіб. за заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. Харків, 2011. С. 114) і відтворена здобувачкою (с. 95–96) точка зору, згідно з якою питання про суб'єкта злочину, передбаченого ч. 1 ст. 382 КК, слід вирішувати диференційовано. Зокрема, якщо вказаний злочин вчиняється шляхом невиконання судового рішення, то його суб'єкт є спеціальним, бо ним може бути лише та особа, на яку законом і певним судовим рішенням покладено обов'язок з його виконання. Цей теоретичний підхід, до речі, знаходить чітке втілення у рішеннях ККС ВС.

Цікаво, що у рецензованій дисертації можна відшукати співзвучні міркування, судячи з яких належність суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 382 КК, до числа спеціальних визначається зовсім не «негативними» характеристиками, зумовленими згадуванням у ч. 2 досліджуваної статті КК про службову особу. Так, здобувачка пише: «Встановлений законом порядок виконання судового рішення передбачає наявність у суб'єктів, визначених безпосередньо у самому судовому рішенні або в законі, обов'язку здійснити певні дії або утриматися від визначених у судовому рішенні дій з метою виконання судового рішення» (с. 82); «... законодавець при формулюванні статті 382 КК України мав на увазі невиконання судового рішення як ігнорування покладеного судом обов'язку відповідним суб'єктом» (с. 122, 220). Виходить, що дослідниця не до кінця впевнена у тому, що саме і тільки наявність спеціально передбачених ознак у межах кваліфікованого складу злочину «невиконання судового рішення» обмежує зміст основного складу цього злочину, внаслідок чого суб'єкт останнього стає спеціальним.

Із розглядуваного питання кримінально-правової характеристики невиконання судового рішення пані Тертична демонструє щонайменше непослідовність у своїх судженнях, адже: 1) суб'єкта аналізованого злочину за кримінальним законодавством Азербайджану, Грузії, Естонії, Казахстану, Киргизстану, Латвії, Литви, Молдови, РФ, Узбекистану вона називає *загальним* при тому, що кваліфіковані види невиконання судового рішення у перерахованих пострадянських державах передбачають вчинення цього злочину спеціальним суб'єктом – посадовою особою, представником державної влади, посадовцем державного органу чи органу місцевого самоврядування, представником влади, державним службовцем, муніципальним службовцем тощо (с. 41, 42); 2) усупереч розглядуваному положенню наукової новизни авторка на інших сторінках своєї роботи (с. 101, 140, 145, 147, 148, 154, 214) суб'єкта злочину, передбаченого ч. 1 ст. 382 КК, викладеної в редакції Закону України від 7 липня 2010 р. «Про судоустрій і статус суддів», називає *загальним*, з чим (з урахуванням сказаного) погодитись складно.

У дисертації слушно зазначається, що різновид невиконання судового рішення, передбачений ч. 1 ст. 382 КК, втілює основний склад кримінального правопорушення, а різновиди, передбачені частинами 2, 3 ст. 382 КК, – кваліфіковані склади (с. 66–67). З урахуванням цього підходу і міркувань, висловлених вище, вважаю, що питання про співвідношення кола осіб, здатних нести відповідальність за ч. 1 ст. 382 і ч. 2 (3) цієї статті КК, варто розглядати під кутом проблематики не спеціального суб'єкта кримінального правопорушення, а кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності.

2. Дисертантка, виходячи з того, що вказівки лише на службову особу недостатньо для кваліфікації вчиненого за ч. 2 або ч. 3 ст. 382 КК, висловлюється за доповнення цих кримінально-правових норм зворотом «з використанням службового становища» (с. 97, 102–103, 123, 227).

Загалом наведена пропозиція заслуговує схвальної оцінки. Незрозуміло, однак, чому подібний підхід не знайшов втілення у ч. 4 авторської редакції ст. 382 КК, присвяченій умисному невиконанню *службовою особою* рішень ЄСПЛ, КСУ і Міжнародного кримінального суду (с. 227–228).

Крім цього, авторці не завадило б навести аргументи на користь використання у поліпшеній редакції ст. 382 КК саме ініційованого нею звороту (визнаю – традиційного для нашого кримінального закону). Річ у тім, що в юридичній літературі (див.: Громко В.Я. Вчинення злочину службовою особою як обставина, що обтяжує відповідальність за кримінальним правом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2015. С. 8, 177–180, 195) висловлюється думка про необхідність брати до уваги в аналогічних ситуаціях використання законодавцем подібних, проте відмінних конструкцій – «зловживання службовим становищем» і «зловживання повноваженнями»: перша позначає протиправні діяння «публічних» службових осіб, поняття яких закріплено в

примітці ст. 364 КК, а інша – діяння, зокрема, службових осіб юридичних осіб приватного права. Звідси робиться висновок про те, що вказана різниця унеможливує посилену кримінальну відповідальність службових осіб юридичних осіб приватного права, якщо у тій чи іншій нормі КК відповідальність пов'язується з використанням (зловживанням) службового становища.

Слід враховувати і те, що у чинному КК зустрічаються й інші варіанти позначення «потенційного» використання суб'єктом кримінального правопорушення можливостей, зумовлених наявністю у нього статусу службової особи (наприклад, у ч. 2 ст. 201-1 і ч. 5 примітки ст. 354 КК вказується на використання не тільки службового становища, а й влади).

Постає також питання, чи не є недоліком існуючої моделі кримінально-правової охорони встановленого порядку виконання судових рішень характерне для чинної редакції ст. 382 КК неврахування підвищеної суспільної небезпеки протиправної поведінки осіб, які надають публічні послуги та які, однак, не визнаються службовими особами у кримінально-правовому розумінні цього поняття. Можливо, у відповідних частинах вдосконаленої ст. 382 КК мова повинна йти також про діяння, вчинені особою, яка надає публічні послуги, шляхом зловживання нею своїми повноваженнями (а не лише про діяння, вчинені службовою особою з використанням службового становища)? До слова у проєкті нового КК до числа обставин, які підвищують ступінь тяжкості злочину на один ступінь, пропонується віднести формулювання «з використанням влади, службового становища, службових чи професійних повноважень або пов'язаних з ними можливостей» (п. «ж» ч. 1 ст. 2.1.10).

3. Дисертантка стверджує, що в її роботі дістало подальшого розвитку, зокрема, «визначення загальних тенденцій генезису законодавчої регламентації кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення в окремих джерелах (пам'ятках) права, що діяли (мали діяти) на теренах сучасної України» (с. 26–27).

Зазначу, що здобувачці на підставі опрацювання низки відповідних пам'яток права справедливо вдалось виокремити певні особливості розвитку вітчизняного кримінального законодавства про відповідальність за невиконання судових рішень. Вказані особливості відбиті у таких, що текстуально збігаються (і цю обставину я вимушений оцінити критично), висновках до розділу 1 (с. 54–56) і загальних висновках до дисертації (с. 213–214). При цьому відповідні міркування пані Тертичної носять поверховий, констатуючий характер, є відтворенням давно відомої інформації і, головне, не містять жодних авторських пояснень ні тих чинників, які зумовили виникнення відповідних законодавчих особливостей, ні того, що саме з нашого історичного досвіду варто «брати на озброєння» (чи, навпаки, ігнорувати) сучасному вітчизняному нормотворцю. Переконали у тому, що коли дослідник вивчає історичний досвід кримінально-правової охорони певних суспільних відносин (соціальних цінностей) в Україні, він має бути зорієнтований на критичне осмислення цього досвіду, на вибіркоче і творче запозичення окремих елементів правової спадщини українського народу.

Подібна самодостатність загалом притаманна і висловлюванням здобувачки в частині оцінки відповідного зарубіжного досвіду. Чи не єдине положення, яке з цього досвіду, на погляд авторки, заслуговує на запозичення (хоч і тут зроблено застереження щодо проблемності такого кроку в загальнотеоретичному плані), – це заохочувальний припис, закріплений у КК Азербайджану (с. 46, 58). Щоправда, і ця думка залишилась незавершеною, що так само складно оцінити схвально, й особливо з огляду на те, що деякі попередники пані Тертичної (О. Романишин, В. Налуцишин) пропонували доповнити ст. 382 КК «азербайджанським аналогом» – нормою, яка б передбачала (звісно, за певних умов) звільнення від кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення.

Оскільки термін «тенденція» передбачає розвиток того чи іншого явища (події тощо) у певному напрямі, а зміст підрозділу 1.2, узгоджуючись з його назвою, відображає *наявні особливості* відповідальності за невиконання судового рішення за сучасним кримінальним правом окремих зарубіжних держав, таке завдання дисертаційного дослідження, як «виявити *основні тенденції нормативної регламентації* (курсив мій – О. Д.) кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення за кримінальним правом окремих зарубіжних держав» (с. 22), потребує уточнення.

4. Міркування дисертантки щодо юридичної природи злочину, описаного в ч. 4 ст. 382 КК, носять суперечливий характер: на с. 69 стверджується, що «ч. 4 ст. 382 КК України передбачає окремий різновид кримінального правопорушення, склад якого не може розглядатись як кваліфікований по відношенню до основного складу, який «представляє» диспозиція ч. 1 ст. 382 КК», а на с. 101–102, 222 умисне невиконання службовою особою рішення ЄСПЛ, рішення КСУ та умисне недодержання нею висновку КСУ віднесено вже до кваліфікованих видів невиконання судового рішення.

Якщо діяльність КСУ не охоплюється поняттям правосуддя навіть у широкому розумінні цього поняття, як на цьому послідовно наполягає пані Тертична (с. 26, 81, 119, 120, 218), а отже, виходить за межі родового об'єкта кримінальних правопорушень, передбачених розділом XVIII Особливої частини КК, то навряд чи запропоноване авторкою уточнення назви ст. 382 КК може визнаватись задовільним вирішенням цієї проблеми.

Щодо перспектив ч. 4 ст. 382 КК постає і більш глобальне питання, яке, на жаль, не знайшло належного висвітлення у дисертації, а саме: чи потрібне взагалі кримінально-правове забезпечення порядку виконання рішення (дотримання висновку) КСУ? В юридичній літературі (М. Мазур, А. Беніцький) добре описані чинники, через які застосування ст. 382 КК у вказаній частині унеможливується (або принаймні серйозно ускладнюється), а також висловлено думку про достатність політичної і дисциплінарної відповідальності як можливих наслідків невиконання рішення КСУ (див.: Хавронюк М. Правовий капкан. *Юридичний вісник України*. 9–15 грудня 2016 р., № 49). Саме ця думка (треба так розуміти) знайшла втілення у проекті нового КК (контрольний текст станом на 25.07.2021 р.): зі змісту ст. 7.6.1 «Невиконання або перешкоджання виконанню судового рішення» і ст. 7.6.6 «Невиконання рішення Європейського суду з прав людини або Міжнародного кримінального суду» проекту випливає, що його розробники пропонують обійтись без заборони, присвяченої умисному невиконанню службовою особою рішення КСУ та умисному недотриманню нею висновку КСУ.

До слова здобувачці варто було піддати ретельно-критичному аналізу відповідний «пілотний» розділ проекту нового КК, з'ясувавши з-поміж іншого те, наскільки робочою групою взяті до уваги наукові здобутки (зрозуміло, передусім у частині кримінально-правової характеристики невиконання судового рішення).

5. У відгуку офіційного опонента проф. А. Музики на докторську дисертацію Ю. Пономаренка «Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень» зазначається, що в сучасну інформаційну еру ми змушені не стільки розшукувати інформацію, скільки правильно відібрати її серед тієї навали відомостей, які щодня заволодівають нашою увагою. Тому не завжди доречними є закиди дослідникам, які у своїх працях не використали те або інше джерело. Загалом ця думка мені імпонує. Тим не менше, я змушений констатувати і деякі інші недоліки, пов'язані з опрацюванням дисертанткою джерельної бази.

Так, пані Тертична, судячи зі змісту дисертації і списку використаних джерел, залишила поза своєю увагою щонайменше три відомі їй (с. 20–21) наукові кваліфікаційні праці, безпосередньо присвячені проблемам кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 382 КК: 1) Букач М.О. Кримінальна відповідальність за невиконання судового рішення: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2017; 2) Налуцишин В.В. Кримінальна відповідальність за невиконання судового рішення за законодавством України та держав Європейського Союзу: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2019; 3) Чорна О.В. Кримінальна відповідальність за невиконання рішення суду у кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук. Діпро, 2019. Окремі наукові статті, належні перу згаданих дослідників й опрацьовані здобувачкою (у списку використаних джерел це джерела під номерами 11, 109, 110, 187, відповідно), немає підстав вважати рівноцінною заміною текстів згаданих дисертацій або хоча б їхніх авторефератів.

Непоміченою для дисертантки залишилась і монографія К. Лагоди та Ю. Орлова «Невиконання судового рішення: кримінологічна характеристика та запобігання» (Харків, 2016), в якій (с. 150–153, 187–192) у порядку вдосконалення кримінально-правових заходів запобігання невиконанню судових рішень наводяться цікаві пропозиції щодо подолання адміністративної преюдиції, нібито (?) притаманної аналізованому злочину і щодо гармонізації ст. 382 КК із законодавством про виконавче провадження.

Пані Тертична не коментує і не оцінює низку законодавчих новел, ініційованих її попередниками і спрямованих на вдосконалення ст. 382 КК, що не може не породжувати сумніви в оптимальності редакції досліджуваної кримінально-правової заборони, сформульованої здобувачкою. Йдеться, зокрема, про пропозиції: визнати предметом розглядуваного злочину судове рішення, яке звернуто до виконання (В. Головчук), а так само аналогічні акти інших судових органів, що набрали законної сили у порядку, встановленому законодавством України та міжнародними договорами, які ратифікувала Верховна Рада України (В. Налуцишин); віднести необережне невиконання судового рішення до кримінальних проступків (М. Букач); доповнити диспозицію ч. 1 ст. 382 КК застереженням «за відсутності ознак злочинів, передбачених статтями 164, 165, 166, 388, 389, 389-1, 390, 391, 392, 393, 394, 395 цього Кодексу» (М. Букач) та альтернативною вказівкою на неналежне виконання судового рішення (М. Букач, Л. Палюх); виключити зі ст. 382 КК її ч. 4, що, на думку автора такої пропозиції (В. Налуцишин) не означатиме декриміналізацію поведінки, наразі забороненої цією нормою.

6. Дисертантка стверджує, що емпіричну базу її дослідження становлять 108 обвинувальних вироків, ухвалених за ст. 382 КК (с. 24). Залишається сприйняти цей показник на віру, оскільки він не підтверджується ні списком використаних джерел (вироки судів тут фігурують під номерами 14–35), ні додатками 2, 3.

Емпіричну базу дисертаційного дослідження виправдано збагатити б звернення до практики Верховного Суду у частині застосування ст. 382 КК (це, зокрема, постанови ККС ВС – від 3 жовтня 2018 р у справі № 390/757/16-к; від 18 грудня 2018 р. у справі № 642/9393/15-к; від 14 травня 2019 р. у справі № 319/841/16-к; від 27 листопада 2019 р. у справі № 753/11953/17-к; від 10 грудня 2019 р. у справі № 701/340/17; від 12 лютого 2020 р. у справі № 659/1012/18; від 2 квітня 2020 р. у справі № 349/1531/17).

Окрему увагу вважаю за доцільне привернути до постанови ККС ВС від 30 січня 2019 р. у справі № 492/910/14-к, в якій вирішувалось питання про правильність звільнення від покарання у зв'язку із закінченням строків давності (ч. 5 ст. 74 КК, ст. 49 КК) особи, яка вчинила злочин, передбачений ч. 1 ст. 382 КК (особа не виконала рішення суду повернути потерпілій напівпричіп у повністю укомплектованому та придатному для експлуатації стані).

З одного боку, у цьому разі ККС ВС відтворив чи не панівний у вітчизняній юридичній літературі і правозастосуванні підхід, згідно з яким невиконання судового рішення є триваючим кримінальним правопорушенням і в правильності якого (підходу) не сумнівається і здобувачка, відтворюючи відповідну точку зору А. Галахової (с. 93–94). Отже, ККС ВС у згаданій постанові зазначив, що скоєний злочин є триваючим, «оскільки вказана особа, будучи зобов'язаною рішенням суду, яке набрало законної сили, вчинити певні дії, умисно утрималася від їх вчинення, тобто об'єктивна сторона злочину полягала у формі протиправної бездіяльності, яка тривала протягом певного періоду часу». Одним із традиційних видів триваючих кримінальних правопорушень вважаються кримінальні правопорушення, що полягають у невиконанні обов'язку, який має тривалий характер (О. Ободовський).

З іншого боку, ККС ВС вирішив, що у випадку вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 382 КК, у формі умисного невиконання рішення суду в цивільній справі, яким особу зобов'язано вчинити певну дію, питання про визначення дня, з якого відраховується строк давності для притягнення до кримінальної відповідальності, має особливості, обумовлені специфікою об'єктивної сторони злочину та існуванням передбаченого законодавством механізму примусового виконання судових рішень. Виходячи з цього, ККС ВС не сприйняв запропонований у касаційній скарзі прокурора підхід, вважаючи, що останній призвів би до того, що особу можна притягнути до кримінальної відповідальності протягом невизначеного періоду часу після завершення передбаченої законом процедури примусового виконання судового рішення. Врешті-решт ККС ВС погодився із висновком апеляційного суду про необхідність відрахування в розглядуваному кримінальному провадженні строку давності з моменту закінчення виконавчого провадження, коли в установленому законом порядку було офіційно констатовано неможливість виконання судового рішення без участі боржника.

Однак такий висновок, на мій погляд, не зовсім узгоджується з первісною тезою про триваючий характер невиконання судового рішення. Показово, що у своєму науковому висновку з

приводу аналізованої ситуації член НКР при ВС проф. В. Тютюгін зазначив таке: що стосується закінчення виконавчого провадження, яке відбулось 5 жовтня 2012 р., то цей часовий момент жодним чином не може слугувати межею відрахування (початком спливу) строку давності, бо не свідчить про те, що особа добровільно виконала покладений на неї судовим рішенням обов'язок чи про те, що її примусили до його виконання, оскільки і після цього особа продовжувала ухилятися від виконання судового рішення.

Видається, що критичний аналіз постанови ККС ВС від 30 січня 2019 р. у справі № 492/910/14-к, при підготовці якої думки членів НКР при ВС розділились (див. також: Загиней З.А. Початок перебігу строків давності за вчинення триваючих злочинів. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2019. № 1. С. 22–31), дозволив би здобувачці чіткіше встановити момент закінчення невиконання судового рішення, ретельніше з'ясувати правову природу досліджуваного кримінального правопорушення і, можливо, навіть поколивати усталену тезу про його належність до числа триваючих деліктів.

Відгук на дисертацію В.П. Беленка
«Кримінально-правова та кримінологічна характеристика погрози
або насильства щодо працівника правоохоронного органу»⁶⁴

З огляду на те, що боротьбою з кримінальними правопорушеннями і підтриманням правопорядку в Україні опікуються спеціально створені (правоохоронні) органи, у чинному Кримінальному кодексі (далі – КК) передбачено низку заборон, що передбачають відповідальність (зазвичай посилену) за посягання на правоохоронців, інших представників влади. Однак формулювання цих заборон не відзначаються досконалістю, внаслідок чого у теорії і на практиці чимало ознак складів відповідних кримінальних правопорушень тлумачиться суперечливо. Значні труднощі пов'язані із з'ясуванням співвідношення суміжних складів кримінальних правопорушень проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян і кримінальних правопорушень проти журналістів, передбачених розділом XV Особливої частини КК, оскільки чимало їх характеристик дублюють одна одну. При цьому постановою Пленуму Верховного Суду України від 26 червня 1992 р. № 8 «Про застосування судами законодавства, що передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність та власність суддів і працівників правоохоронних органів» цілком природно не враховує законодавчі зміни, зумовлені ухваленням КК 2001 р. (фактично згадане джерело значною мірою є морально застарілим, хоч автори різних науково-практичних коментарів КК активно ним послуговуються). Зазначене актуалізує розроблення пропозицій, спрямованих на поліпшення правозастосовної практики у частині кваліфікації кримінально протиправних посягань на правоохоронців.

Не доводиться у цьому разі (зокрема, через «панування» у судовій практиці ст. 75 КК «Звільнення від відбування покарання з випробуванням») вести мову і про ефективність кримінально-правових заходів. Як справедливо зазначає Б.М. Головкін у відгуку на автореферат дисертації Б.В. Беленка, слід кардинально переглянути ставлення держави до призначення судами покарання за вчинення насильницьких злочинів проти працівників правоохоронних органів під час виконання ними службових обов'язків, припинивши практику масового звільнення злочинців від відбування покарання з випробуванням, бо це сприймається злочинним середовищем як беззахисність правоохоронців перед насильством з їх боку, що, своєю чергою, стимулює насильницьку мотивацію і рішучість до повторного вчинення злочинів проти службових осіб, які забезпечують охорону правопорядку.

Сказане повною мірою стосується і злочинів, передбачених ст. 345 КК «Погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу», частина ознак кримінально-правової характеристики яких тлумачиться неоднозначно – починаючи з кола потерпілих і закінчуючи відмежуванням від складів суміжних кримінальних правопорушень.

Попри традиційність теми, якій присвячено дисертацію В.П. Беленка, її «вузькість» і, до того ж, активне опрацювання, зокрема, кримінально-правовою наукою, досліджувана проблематика продовжує зберігати свою злободенність – як через невирішеність споконвічних питань на кшталт поняття насильства як однієї з фундаментальних кримінально-правових категорій, так і через контраверсійність теоретичних підходів щодо (не-)збереження низки (системи) спеціальних статей КК, покликаних забезпечувати посилений захист працівників правоохоронних органів (передусім поліцейських). Якщо свого часу В.І. Осадчий у докторській дисертації висунув та обґрунтував пропозицію виокремити в Особливій частині КК самостійний розділ «Злочини проти правоохоронної діяльності», то члени робочої групи сповідують (треба так розуміти) інший підхід. Так, у розділі 8.7 проекту нового КК «Злочини та проступки проти порядку публічного управління та авторитету держави» аналогом ст. 345 чинного КК може вважатись ст. 8.7.4 «Насильство у зв'язку з виконанням особою службових повноважень чи професійних обов'язків, реалізацією суб'єктивного права чи виконанням юридичного обов'язку», в якій специфіка правоохоронної діяльності як об'єкта кримінально-правової охорони хоч і простежується, але, так би мовити, неявно. Фахова відповідь на питання про прийнятність (виправданість, своєчасність) відмови від

64 Захист відбувся у Національній академії внутрішніх справ 23 грудня 2021 р.

спеціальної кримінально-правової охорони працівників правоохоронних органів може бути надана лише за результатами монографічних досліджень, одним з яких і є кандидатська дисертація В.П. Беленка.

Зауваження.

1. Складно підтримати пропозицію здобувача щодо доповнення диспозиції ч. 1 ст. 345 КК зворотом «якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози» (с. 65, 113, 225, 340). У дисертації відсутня переконлива аргументація на користь запровадження ініційованої законодавчої новели. Адже не може вважатись такою аргументацією сумнівне твердження здобувача про те, що «в разі, коли погроза не є реальною або дійсною, потерпілому не спричиняється шкода, а отже, суспільним відносинам шкода не заподіюється. Таке діяння не може визнаватися злочинном. Під час кваліфікації зазначених вище дій як злочину, передбаченого ч. 1 ст. 345 КК України, нехтують принципом винної відповідальності» (с. 64).

Чи не аксіоматичним у вітчизняному кримінальному праві є положення про те, що у випадках відмінної від виявлення наміру кримінально караній погрози закон передбачає відповідальність не за небезпечні думки, а за закінчене діяння, коли сам по собі факт виявленої зовні і доведеної до відома потерпілого погрози визнається посяганням на певні об'єкти кримінально-правової охорони. Передбачені чинним КК випадки кримінально караних погроз і закликів, а наразі й пропозицій та обіцянок 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. Хіба погрози вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна, зумовлені виконанням службових обов'язків працівником правоохоронного органу, які (погрози) набувають вигляду, наприклад, встановлення на видному місці несправних та імітаційних вибухових пристроїв, вінків для поховання, інших предметів (наприклад, сокири), – навіть якщо згодом буде встановлено відсутність реальних підстав побоюватися здійснення цих погроз, – не завдають шкоди належній діяльності правоохоронних органів, психічній недоторканності їхніх працівників тощо?

Очевидно, що відсутність у ч. 1 ст. 345 КК (на відміну, наприклад, від ст. 129 КК) застереження «якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози» є свідомим та, як на мене, схвальним рішенням нашого законодавця, викликаним його прагненням забезпечити працівникам правоохоронних органів та їхнім близьким родичам підвищений рівень кримінально-правової охорони. Ба більше: дисертант погоджується з В.І. Осадчим у тому, що «цим підкреслено посилений захист осіб саме у зв'язку з їх правоохоронною діяльністю» (с. 64). В юридичній літературі обґрунтовано, що доведення реальності погрози під час застосування відповідних статей КК (зокрема, його ст. 129) викликає серйозні труднощі (див.: Алфьоров С.М., Шаблистий В.В. Кримінальна відповідальність за погрози застосуванням фізичного насильства: монографія. Запоріжжя: ФОП Зеленкевич Л.П., 2011. С. 72–76). З урахуванням цієї практично значимої обставини, а також з огляду на зростання кількості кримінально протиправних посягань на правоохоронців, передусім на поліцейських (дисертант переконливо доводить наявність такої тривожної тенденції), вважаю, що від зазначеного посиленого кримінально-правового захисту правоохоронців відмовлятися не варто. Інакше кажучи, «проадвокатська» ідея доповнення ч. 1 ст. 345 КК зворотом «якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози» явно не на часі.

Відзначу і те, що погроза вбивством чи насильством, поєднана з використанням транспортного засобу, зброї або іншого предмета, спеціально призначеного чи заздалегідь підготовленого для заподіяння шкоди життю або здоров'ю людини, завжди засвідчує реальність такої погрози. Через це пропозиції дисертанта щодо включення до ч. 1 ст. 345 КК згаданого застереження й одночасно відповідного розширення переліку кваліфікуючих ознак злочину, передбаченого, зокрема цією кримінально-правовою нормою, видаються суперечливими.

2. Дисертант запропонував типологію жертв досліджуваного ним злочину (підрозділ 2.3) залежно від виду їхньої поведінки (суспільно корисна (правомірна, позитивна), необачна (легковажна), неправомірна, асоціальна (аморальна)).

Наведена типологія у частині згадування про *неправомірну* поведінку навряд чи узгоджується з панівною у кримінальному праві і, до речі, підтримуваною В.П. Беленком (с. 25, 27, 62, 77 та ін.) тезою про те, що вчинення передбачених ст. 345 КК діянь щодо правоохоронця у зв'язку з його незаконною діяльністю не утворює складу злочину, передбаченого певною частиною цієї статті КК, і підлягає кваліфікації за іншими статтями КК. Вважаю, що цій правильній тезі також суперечить: а) висловлювання дисертанта про те, що «у випадку, якщо погрозам або насильству щодо правоохоронця передувала його неправомірна поведінка, то суд особі, яка вчинила злочин, передбачений ст. 345 КК України, завжди зможе належним чином індивідуалізувати покарання...» (с. 108); б) віднесення до причин того, чому правоохоронці можуть давати неправдиві відомості про обставини вчинення щодо них караних за ст. 345 КК погроз або насильства, бажання приховати власну протиправну поведінку, яка передувала посяганню (с. 37, 290).

3. Дисертант висловлюється за кваліфікацію вчиненого за сукупністю злочинів, передбачених ст. 345 і ст. 365 КК, пов'язуючи наявність такої кримінально-правової оцінки з двома обставинами: 1) діяння вчинено працівником правоохоронного органу; 2) заподіяно істотну шкоду (с. 74, 114). Крім того, що у наведеній рекомендації можна розглядіти порушення конституційного принципу «*non bis in idem*», вона не враховує правову позицію, яка сформульована у постанові Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2018 р. у справі № 301/2178/13-к та яка виходить з того, що ч. 2 ст. 365 КК містить не кваліфікуючу ознаку, а самостійний (основний) склад злочину «Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу». Йдеться про те, що: об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 2 ст. 365 КК, вичерпується діями, які явно виходять за межі наданих працівнику правоохоронного органу прав чи повноважень і містять принаймні одну з ознак: супроводжуються насильством або погрозою застосування насильства, застосуванням зброї чи спеціальних засобів або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями, за відсутності ознак катування; заподіяння наслідків у вигляді істотної шкоди у розумінні п. 3 примітки ст. 364 КК не є обов'язковою умовою для кваліфікації дій за ч. 2 ст. 365 КК.

4. У межах окремого підрозділу дисертації (2.2) розроблено кримінологічну характеристику особи, яка вчиняє погрози або насильство щодо працівника правоохоронного органу у зв'язку з виконанням ним службових обов'язків (це – чоловік віком 25–50 років, громадянин України, місцевий мешканець, із загальною середньою або професійно-технічною освітою, який офіційно не працевлаштований, зловживає алкогольними напоями і раніше вчинив адміністративне чи кримінальне правопорушення, іноді – раніше судимий), а також запропоновано таку, що ґрунтується на низці критеріїв, типологію осіб, які вчиняють вказані посягання на правоохоронців та їхніх близьких. Дисертант стверджує, що це «дозволяє диференційовано й комплексно підійти до формування тактики та стратегії протидії погрозам або насильству щодо правоохоронців, передусім поліцейських» (с. 10 автореферату).

Складно зрозуміти, яким чином ця інформація, для отримання якої здобувач провів велику за обсягом і копітку роботу, може знадобитись при виробленні заходів (до того ж ефективних) із запобігання досліджуваним посяганням. Принаймні у підрозділі 3.2 «Спеціально-кримінологічні заходи запобігання погрозам або насильству щодо працівника правоохоронного органу» ця обставина (потреба кримінологічної характеристики і типології злочинців саме задля відповідного запобігання) чітко не простежується.

5. Потребує пояснень наскрізне використання В.П. Беленком звороту «склад злочину, передбаченого ст. 345 КК» і похідних від нього зворотів – при тому, що дисертант: а) підтримує точку зору В.І. Осадчого, згідно з якою в ч. 1–3 ст. 345 КК передбачено самостійні (окремі) склади злочинів, а в її ч. 4 – їх кваліфікований склад (с. 56); б) погоджується з А.М. Удодом у тому, що діяння, передбачені ч. 1 ст. 345 та іншими частинами цієї статті КК, можуть утворювати реальну сукупність злочинів (с. 89); в) сприймає погляд І.М. Давидович на ст. 345 КК як на статтю кримінального закону, яка містить описання принаймні двох злочинів різного виду (с. 68). Справді ч. 1–3 ст. 345 КК встановлюють відповідальність не за кваліфіковані види одного й того ж злочину, а за самостійні, хоч й однорідні кримінально протиправні посягання; відтак писати в однині про склад злочину, передбаченого ст. 345 КК, не зазначаючи при цьому її конкретну частину, навряд чи коректно.

6. Дисертант загалом сумлінно підійшов до опрацювання джерельної бази. Тим не менше, деякі сформульовані науковцями-попередниками пропозиції *de lege ferenda*, які безпосередньо стосуються вдосконалення ст. 345 КК і пов'язаних з нею кримінально-правових заборон, В.П. Беленок, на жаль, залишив поза своєю увагою або, згадавши їх, не піддав критичному аналізу. Йдеться про пропозиції:

сформулювати шляхом об'єднання складів злочинів, передбачених ст. 343 і ст. 345 КК, склад нового ускладненого злочину «Втручання у здійснення повноважень із забезпечення правопорядку», в якому теперішні ознаки погрози або насильства щодо працівника правоохоронного органу відіграватимуть роль кваліфікуючих (особливо кваліфікуючих) ознак (див: Цховребов А.О. Кримінальна відповідальність за втручання в діяльність працівника правоохоронного органу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Дніпро, 2017. С. 6, 15–16);

запровадити у межах ст. 345 КК кримінальну відповідальність за погрозу звільненням за належне виконання професійних обов'язків як психічний примус до вчинення дій, необумовлених функціональними обов'язками (див.: Кирбат'єв О.О. Кримінально-правова охорона професійної діяльності працівників правоохоронних органів: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Запоріжжя, 2021. С. 7);

наголосити безпосередньо у тексті ст. 345 КК на тому, що передбачені цією статтею КК посягання вчиняються саме у зв'язку з правомірним виконанням працівником правоохоронного органу службових обов'язків (див.: Бойко А.В. Кримінальна відповідальність за погрозу або насильство щодо працівника правоохоронного органу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2013. С. 9–10);

розширити коло потерпілих, зокрема, від злочинів, передбачених ст. 345 КК, за рахунок працівників державної виконавчої служби та їхніх близьких родичів або членів сім'ї (див.: Чуб І.М. Втручання в діяльність працівника правоохоронного органу: кваліфікація та відмежування від суміжних злочинів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2014. С. 4, 16).

Ще й таке. Здобувач пише, що проблемні питання, які стосуються співмірності санкцій ст. 345 КК, їх узгодженості між собою та із санкціями близьких кримінально-правових заборон не можуть бути вирішені в межах його дослідження, а далі (із посиланням на праці інших науковців) вказує на відсутність науково-обґрунтованої теорії караності і нагальну потребу у створенні такої теорії (с. 99). Проте відповідну прогалину у наукових розвідках вже усунуто: у своєму відгуку офіційного опонента на докторську дисертацію Ю.А. Пономаренка «Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень», захищену у травні цього року, я написав, що концептуальні засади побудови санкцій у кримінальному праві не обійдені увагою в юридичній науці України (достатньо пригадати докторські дисертації Т.А. Денисової, О.О. Книженко, Н.А. Орловської, О.П. Рябчинської). Однак Ю.А. Пономаренко не просто розвинув вчення про кримінально-правові санкції, а й спромігся розробити оригінальну (причому цілісну, несуперечливу, методологічно і логічно вивірену) теорію визначення караності кримінальних правопорушень, на підставі чого запропонував присвячений такій караності ретельно продуманий модельний розділ Загальної частини перспективного кримінального закону.

7. У розділ 1 дисертації, присвячений кримінально-правовій характеристиці погрози або насильства щодо працівника правоохоронного органу, включено підрозділ 1.1 «Стан наукового розроблення проблем кримінально-правової та кримінологічної характеристики погрози або насильства щодо працівника правоохоронного органу».

Досить дивно, що у межах вказаного («кримінально-правового») розділу розкривається з-поміж іншого стан наукового розроблення проблем *кримінологічної* характеристики погрози або насильства щодо працівника правоохоронного органу. Далі. Стан наукового розроблення певної (навіть кримінально-правової) проблематики – за всієї доречності висвітлення такого стану автором наукової кваліфікаційної роботи – навряд чи «вписується» в поняття кримінально-правової характеристики певного кримінального правопорушення, причому незалежно від того, яке розуміння вказаної характеристики (праці В.І. Борисова, А.А. Вознюка, О.О. Пащенко та ін.) дослідник сприймає. Те саме стосується таких розглянутих у межах підрозділу 1.1 злободенних питань, як труднощі кваліфікації злочинів, передбачених ст. 345 КК, складнощі їх доказування, низька

ефективність досудового розслідування у відповідних кримінальних провадженнях і рівень латентності погроз або насильства щодо працівників правоохоронного органу. І найголовніше: за результатами опрацювання здобутків попередників варто було конкретизувати, які питання кримінально-правової характеристики погрози або насильства щодо працівника правоохоронного органу продовжують належати в юридичній літературі до числа дискусійних або невіршених, а отже, визначатимуть вектор наукового пошуку дисертанта. Натомість В.П. Беленок обмежився загальними фразами про те, що: чимало питань у досліджуваній ним сфері залишились нерозв'язаними; значна частина сформульованих науковцями висновків і пропозицій є фрагментарними, недостатньо аргументованими, розрізненими і суперечливими (с. 34, 111, 224).

Відгук на дисертацію Є.Ю. Драчевського «Кримінально-правова охорона господарських відносин у сфері організації і проведення азартних ігор та лотерей»⁶⁵

Ухвалення Закону України від 14 липня 2020 р. «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» (далі – Закон від 14 липня 2020 р.) не лише ознаменувало довгоочікувану легалізацію грального бізнесу, який, починаючи з 2009 р., внаслідок непрофесійних дій державної влади опинився у тіньовому секторі економіки, а й призвело до зміни положень Кримінального кодексу України (далі – КК), покликаних забезпечувати виконання положень регулятивного законодавства. Не дивлячись на те, що нова (ст. 365-3 КК «Бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей») та оновлена (ст. 203-2 КК «Незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей») кримінально-правові заборони вже піддавались науковому аналізу, окреме монографічне дослідження, в якому б комплексно (із зверненням до здобутків правничої доктрини, положень регулятивного законодавства і матеріалів правозастосовної практики) вивчались сучасний стан і перспективи кримінально-правової охорони встановленого порядку здійснення господарської діяльності з організації та проведення азартних ігор та лотерей, у вітчизняній юридичній літературі було відсутнє.

Дисертація Є. Драчевського своєчасно і, головне, фахово заповнює цю прогалину у наукових розвідках. Потреба у проведенні такого поглибленого і розгорнутого дослідження, його теоретичне і практичне значення зумовлені існуванням низки міжгалузевих колізій у правовому регулюванні суспільних відносин, пов'язаних з організацією і проведенням азартних ігор і лотерей, неповною узгодженістю кримінально- та адміністративно-правових заборон, присвячених деліктам у вказаних сферах господарської діяльності, належністю окремих аспектів кримінально-правової характеристики злочинів, передбачених ст. 203-2 і ст. 365-3 КК, до числа дискусійних, необхідністю висунення розрахованих на правозастосувачів рекомендацій щодо кваліфікації цих злочинів.

Проблематика відповідальності за кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності, як відомо, є однією з найскладніших у курсі Особливої частини кримінального права України не в останню чергу через традиційну бланкетність диспозицій кримінально-правових заборон – зв'язок останніх із положеннями регулятивного законодавства (вкрай об'ємного, суперечливого і нестабільного). Це породжує значні труднощі у частині як коментування відповідних статей КК, так і визначення шляхів удосконалення кримінально-правових заборон.

Актуальності обраній темі додає і та обставина, що наразі триває робота над проектом нового КК. На сьогодні фахівці з кримінального права перебувають на своєрідному роздоріжжі, бо, з одного боку, є чинний КК і практика внесення численних змін до нього (ситуація тут перестала бути керованою); з іншого, наша увага не може не бути прикута до діяльності робочої групи. У Книзі 6 проекту КК пропонується виокремити розділи 6.5–6.7, присвячені злочинам і кримінальним проступкам проти фінансової системи, проти порядку господарювання і проти інтересів споживачів, відповідно. На момент підготовки відгуку опонента змістовне наповнення цих розділів залишається невідомим. Сподіваюсь на те, що у проекті КК знайде відбиття комплексний і системний підхід до кримінально-правової охорони господарської та фінансової діяльності, на те, що здобутки кримінально-правової науки (включаючи рецензовану працю) стануть у нагоді членам робочої групи.

Визначаючи актуальність теми кандидатської дисертації Д. Васильєвої «Кримінологічна характеристика злочинів у сфері грального бізнесу» (Харків, 2020 р.), О. Житний як офіційний опонент вказав на об'єктивно існуючу потребу організації ефективної національної політики забезпечення контролю за господарською діяльністю в сфері провадження азартних ігор, що вимагає не лише створення відповідного правового й інституційного поля і забезпечення законних прав та інтересів цього сегменту ринку надання послуг, а й захисту публічних економічних інтересів, по-

⁶⁵ Захист відбувся у Донецькому національному університеті імені Василя Стуса 29 грудня 2021 р.

передження перетворення цієї сфери діяльності в об'єкт кримінальних практик, запобігання її негативному впливу на поведінку і майновий стан громадян, які стають «споживачами» вказаних послуг. Зазначене, як видається, повною мірою стосується і кваліфікаційної наукової роботи Є. Драчевського. Не буде зайвим зауважити і те, що кандидатська дисертація Н. Петричко «Незаконні азартні ігри: кримінально-правове та кримінологічне дослідження» (Київ, 2010 р.) виконувалась і захищалась у принципово іншій, ніж сьогодні, правовій реальності, – за умов дії Закону від 15 травня 2009 р. «Про заборону грального бізнесу в Україні», який, нагадуючи за своїми наслідками сумнозвісний американський «сухий закон», став потужним криміногенним чинником.

Зауваження.

1. Дисертант послідовно наполягає на тому, що в оновленій ст. 203-2 КК до кримінально протиправної слід відносити лише безліцензійну діяльність, бо саме вона завдає господарським відносинам найбільшої шкоди, а заборонені регулятивним законодавством види діяльності не повинні визнаватись посяганнями на господарські відносини (с. 13, 156–157, 165, 186, 219, 222 та ін.).

Частково сприймаючи запропонований підхід та аргументи на його користь (я виклав їх стисло), водночас поставлю для обговорення питання: чи не призведе законодавча реалізація згаданої ідеї здобувача до, так би мовити, штучного розчленування кримінально-правового матеріалу, який стосується одного і того ж регулятивного законодавства? Подібний, як на мене, не зовсім вдалий підхід знаходить відбиття у чинній редакції ст. 203-2 КК. Згідно з ч. 4 ст. 2 Закону від 14 липня 2020 р. на території України забороняється проводити будь-які інші види діяльності у сфері організації та проведення азартних ігор, крім передбачених ч. 1 цієї статті. Якщо така заборонена діяльність здійснюється, то вона не може розцінюватись як «організація або проведення азартних ігор без ліцензії на провадження відповідного виду діяльності з організації та проведення азартних ігор, що видається відповідно до закону», а отже, не охоплюється диспозицією ст. 203-2 КК (якщо у вчиненому не вбачатимуться ознаки іншої (третьої) форми об'єктивної сторони складу аналізованого злочину). Наразі зайняття видами господарської діяльності, щодо яких є спеціальна заборона, встановлена законом, за відсутності ознак діяння, передбаченого КК (сказане, вочевидь, стосується й організації та проведення заборонених Законом від 14 липня 2020 р. азартних ігор), має розцінюватись як адміністративний проступок (ст. 164-16 КУпАП); її санкції за своєю суворістю явно поступають санкціям ст. 203-2 КК. Погодитись із такою законодавчою логікою навряд чи можна – тим більше з огляду на притаманну цій статті КК відсутність уніфікованого підходу до визначення меж кримінально протиправної поведінки у сфері грального і лотерейного бізнесу: проведення забороненої лотереї визнається злочином у той час, як організація або проведення забороненої азартної гри, як вже зазначалось, – адміністративним проступком.

Складно зрозуміти, чому не вважати організацію і проведення заборонених Законом від 14 липня 2020 р. азартних ігор посяганням не на відносини (засади) моральності, а на «суспільні відносини, покликані гарантувати дотримання встановленого законом порядку зайняття господарською діяльністю у сфері організації та проведення азартних ігор...».

Обстоюючи тезу про те, що заборонені регулятивним законодавством види діяльності не повинні визнаватись посяганнями на господарські відносини, дисертант певною мірою суперечить сам собі, адже допускає включення до КК у майбутньому своєрідного «правонаступника» колишніх ст. 202 і ст. 203 КК – загальної норми про кримінальну відповідальність за усі найбільш суспільно небезпечні прояви порушень встановленого порядку зайняття господарською діяльністю, зокрема за безліцензійне або інше незаконне провадження діяльності щодо організації або проведення азартних ігор та лотерей (с. 14, 221–222). Виходить, що пан Євгеній не сумнівається у «господарській природі» не лише безліцензійної діяльності, а й, наприклад, здійснення підприємницької діяльності без належної державної реєстрації і здійснення забороненої регулятивним (господарським) законодавством діяльності. Нагадаю також, що ст. 203 КК «Зайняття забороненими видами господарської діяльності» передбачала відповідальність за здійснення певних видів

господарської діяльності, які суб'єкт (фізична або юридична особа) взагалі не мав права здійснювати або на здійснення яких він не міг одержати дозвіл без зміни свого правового статусу.

Досить дивною є та обставина, що, незважаючи на згадування у назві рецензованої роботи про господарські відносини у сфері організації і проведення азартних ігор та лотерей, а також на наскрізне посилання у тексті дисертації на ці відносини, автор утримується від визначення та характеристики як вказаних відносин, так і господарських відносин загалом.

2. Висловлювання дисертанта щодо юридичної природи поведінки, яка утворює третю форму об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 203-2 КК («організація чи функціонування закладів з метою надання доступу до азартних ігор чи лотерей, які проводяться в мережі Інтернет»), видаються не зовсім послідовними. З одного боку, Є. Драчевський стверджує, що, використавши наведене формулювання, законодавець відніс до кримінально протиправної поведінку, дозволену регулятивним законодавством, а відтак порушив один із принципів криміналізації – системно-правової несуперечливості (с. 70, 93, 145–146, 219). З іншого, дослідник вважає зазначену поведінку подібною (близькою) до таких «антиморальних» і кримінально протиправних (і при цьому *недозволених* регулятивним законодавством) видів діяльності, як проведення видовищного заходу сексуального характеру за участю неповнолітньої особи, створення або утримання місць розпусти і звідництва, сутенерство (статті 301-2, 302, 303 КК, відповідно) і вже з урахуванням цієї обставини пропонує вирішувати питання про долю досліджуваної кримінально-правової заборони у відповідній частині (с. 112–113).

Поділяючи позицію дисертанта щодо невдалості нормативного позначення третьої форми об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 203-2 КК, водночас хотів би зазначити, що організація або забезпечення функціонування (утримання) закладу з метою надання доступу до азартних ігор чи лотерей, які проводяться в мережі Інтернет, за певних умов порушує приписи регулятивного законодавства (наприклад, надання доступу до недержавних лотерей), а отже, в цій частині про порушення такого принципу криміналізації, як принцип системно-правової несуперечливості, не йдеться. При вдосконаленні ст. 203-2 КК я (з урахуванням міркувань, наведених у зауваженні 1, і зручності для правозастосувача) не відмовлявся б від згадування третьої форми об'єктивної сторони складу розглядуваного злочину – звісно, за умови узгодження її (форми) нормативного описання з регулятивним законодавством.

3. Авторська редакція ст. 203-2 КК (с. 225), яка загалом відрізняється чіткістю, лаконічністю і логічно впливає з проведеного дослідження, викликає і деякі інші зауваження і запитання.

Так, схвально оцінюю пропозицію дисертанта викласти цю заборону у такій редакції, щоб уможливити її інкримінування у випадках організації або проведення *однієї* азартної гри, проведення *однієї* лотереї без належної ліцензії. Однак чи не суперечить такій правильній авторській задумці використання у назві проєктованої ст. 203-2 та в її ч. 2 (при описанні спеціального рецидиву) звороту «безліцензійна діяльність»? Вимушений ставити це питання, бо у кримінологічній літературі доведено, що злочинна *діяльність* як система діянь суб'єктів, розрахована на забезпечення вчинення невизначеної кількості злочинів, не може стосуватись одного конкретного злочину (див.: Закалюк А.П. Курс сучасної кримінології: теорія і практика: У 3 кн. Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. С. 146–147, 155).

Дисертант майже переконав мене у тому, що поведінка круп'є, касирів, продавців, операторів, менеджерів гральних залів, адміністраторів має розцінюватись як проведення азартних ігор (а не просто як надання можливості доступу до цих ігор), а тому вказані особи повинні визнаватись виконавцями кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203-2 КК (с. 13, 156–157, 194–196, 198, 215, 224). Водночас вважаю, що варто спробувати на законодавчому рівні внести ясність із цього спірного (як у теорії, так і на практиці) питання кваліфікації – тим більше з урахуванням принципу «усі сумніви – на користь особи, діяння якої кваліфікується», яким (принципом) дисертант активно послуговувався при вирішенні дискусійних питань кримінально-правової характеристики злочину «незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей».

Склад цього злочину (у частині незаконної організації азартних ігор) Є. Драчевський вважає усіченим (с. 166). Через це хотів би привернути увагу до того, що у кримінально-правовій науці ведеться серйозна полеміка з питання про зміст понять на кшталт «організація» (використане як у чинній, так і в авторській редакції ст. 203-2 КК) і «створення» у тому сенсі, означають вони лише завершену дію-результат чи охоплюють також дію-процес. Тому при висуненні пропозицій щодо змін до КК (і поліпшення ст. 203-2 КК тут не виняток) слід прагнути до того, щоб чіткіше фіксувати свою наукову позицію, усуваючи у законодавчому порядку ґрунт для подібних дискусій.

Навряд чи може бути підтримана позиція дисертанта – автора повноцінного монографічного дослідження на «вузьку» тему, який, запропонувавши закріпити в оновленій ст. 203-2 КК отримання доходу у великому розмірі як кваліфікуючу ознаку, пошук оптимальних параметрів цієї кількісної ознаки «доручив» членам робочої групи, які пишуть проєкт нового КК (с. 155).

Дисертант фактично самоусунувся від дослідження й іншої, не менш злободенної проблеми, безпосередньо пов'язаної із зверненням до згаданої ознаки, – проблеми тлумачення поняття «дохід», яке у часи існування ст. 202 і ст. 203 КК неоднозначно трактувалось як в юридичній літературі, так і на практиці. Невирішеність цієї проблеми матиме наслідком те, що за умови реалізації пропозицій дисертанта при інкримінуванні аналізованої кримінально-правової заборони правозастосувачі будуть зіштовхуватись із подібними труднощами.

Пропозиція здобувача посилювати кримінальну відповідальність у разі прийому ставки в особи, яке не може бути гравцем згідно із законодавством, заслуговує на підтримку. Однак потребує пояснення, чому у цьому ж контексті не фігурують інші серйозні порушення умов ліцензування (на кшталт примушування відвідувачів до участі в азартних іграх).

4. Фіналізуючи обґрунтування структури свого дослідження, дисертант зауважує, що, незважаючи на підтримуване ним розуміння звороту «кримінально-правова охорона», структура його дослідження не передбачає виділення окремого розділу (підрозділу), присвяченого характеристиці покарань за вчинення розглядуваних кримінальних правопорушень (ні в статичній, ні в динамічній). Цей факт здобувач пояснює діяльністю робочої групи щодо підготовки проєкту нового КК, яким буде передбачений абсолютно інший, ніж існуючий наразі, підхід як щодо системи покарань, так і стосовно побудови санкцій (с. 21). Із такими аргументами можна погодитись лише частково.

По-перше, враховуючи нищівну критику з боку як багатьох науковців, так і практиків на адресу найбільш контраверсійних положень проєкту КК (серед них – типізація санкцій за вчинення кримінальних правопорушень однієї категорії і переміщенням їх з Особливої до Загальної частини КК), із великою вірогідністю можна припустити те, що цей документ або взагалі не набуде статусу закону (тобто історія завершиться тим, що буде видана книга – щось на кшталт шикарного ще совіцького видання: Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. Ответ. ред. В.Н. Кудрявцев, С.Г. Келина. Москва: Наука, 1987. 276 с.), або ж це відбудеться щонайменше через декілька років, протягом яких застосовуватиметься ст. 203-2 КК з її недосконаліми (щоб не сказати – просто неадекватними) санкціями.

По-друге, навіть якщо припустити, що проєкт КК буде прийнятий як закон у строки, які декларуються його розробниками (а подати документ до парламенту планується наприкінці 2022 р.), з порядку денного не знімається питання щодо обґрунтування якщо не конкретних розмірів покарань, то принаймні того, чим саме за ступенем тяжкості має визнаватись незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей – особливо тяжким злочином (як тепер), тяжким злочином, проступком тощо.

5. Текст дисертації, на жаль, не позбавлений окремих неточностей.

Так, на с. 14, 91, 218 здобувач беззастережно вказує на законність рішень тих судів, які закривають провадження, що були відкриті за первинною редакцією ст. 203-2 КК, але розглядаються після набрання чинності Законом від 14 липня 2020 р., із посиланням при цьому на набрання чинності законом, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою (п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК). Тут не завадило б зробити уточнення стосовно того, що зроблений висновок не стосується випадків вчинення діянь, що як раніше, так і тепер визнаються кримінально протиправними. Адже ухвалення Закону від 14 липня 2020 р. призвело до частко-

вої декриміналізації діянь (або, як правильно пише дисертант, «декриміналізації значного масиву діянь»), передбачених попередньою редакцією ст. 203-2 КК.

У положеннях, які висуваються на захист, основним безпосереднім об'єктом кримінального правопорушення, передбаченого чинною редакцією ст. 203-2 КК, автор називає «суспільні відносини, покликані гарантувати дотримання встановленого законом порядку зайняття господарською діяльністю у сфері організації та проведення азартних ігор і лотерей» (с. 12–13). Водночас на с. 220 здобувач вважає такий підхід безспірним лише стосовно перших двох форм об'єктивної сторони складу зазначеного посягання.

Заперечуючи можливість інкримінування у певних випадках ст. 368 КК працівнику правоохоронного органу, який здійснює «кришування» незаконного грального бізнесу, дисертант пише, що вигода, яка носить нематеріальний характер, не підпадає під ознаки неправомірної вигоди як предмета злочину, передбаченого згаданою статтею КК (с. 78). Однак в антикорупційному законодавстві України (включаючи КК, див., зокрема, примітку його ст. 364-1) втілено підхід, згідно з яким неправомірною вигодою визнається все те: а) чим можна підкупити відповідного суб'єкта (або віддячити йому) і здійснити на нього вплив шляхом надання будь-яких благ і послуг незалежно від того, мають вони майнові чи немайнові властивості; б) що має цінність в очах того, хто її одержує, та задовольняє найрізноманітніші потреби, бажання і примхи людини. Інша справа – наскільки такий законодавчий підхід затребуваний наразі правозастосувачами.

Назва підрозділу 1.1 «Підстави та приводи криміналізації діянь, передбачених статтями 203-2 та 365-3 КК України» не зовсім точно відбиває його зміст, оскільки у цій структурній частині дисертації наводиться з-поміж іншого обґрунтування її назви і структури, висловлюються міркування про зміст і співвідношення криміналізації та декриміналізації, аналізується відповідна судова практика. Відтак при підготовці (за результатами захисту кваліфікаційної наукової роботи) монографії варто буде або відшукати вдалішу назву зазначеного підрозділу, або подумати над удосконаленням структури праці.

Роль закону України про кримінальну відповідальність у забезпеченні належного функціонування сфери соціального страхування⁶⁶

Відповідно до Конституції України всі громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом. Вказане право гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, інших джерел соціального забезпечення. При цьому, як зазначається в ч. 3 ст. 46 Основного Закону країни, пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом.

Реалізація соціальної функції Української держави на сьогодні серйозно ускладнена з огляду на погіршення демографічної ситуації та масштабну тінізацію економіки. Фахівці наводять різні показники, що характеризують масштаби тіньової економіки (останнім часом в деяких публікаціях зустрічається навіть показник у 60%). За нещодавно озвученою керівництвом держави інформацією, щомісячні тіньові зарплати, з яких не сплачуються страхові внески, становлять понад 20 млрд. грн., а 70–80 % бізнесменів або доплачують, або повністю виплачують зарплату своїм працівникам «у конвертах». У зв'язку з обговоренням концепції пенсійної реформи можна було почути, що майже 8 млн. наших співвітчизників уособлюють тіньову зайнятість.

Справді для значної частини працездатного населення України саме тіньова економіка є сферою докладання їхніх трудових зусиль і, відповідно, джерелом матеріального благополуччя. Кримінологи не випадково пишуть про появу в нашому суспільстві цілої верстви «вимушених підприємців», про виконання незареєстрованим сектором ринку праці функції соціального амортизатора. Останнім часом держава вживає непопулярних і жорстких заходів, спрямованих, зокрема, на легалізацію фонду оплати праці; щоправда, вести мову про наукове забезпечення запровадження таких заходів, їхню міжгалузеву узгодженість не доводиться.

Виявляється також, що за ст. 212-1 КК України, яка передбачає відповідальність за ухилення від сплати соціальних внесків та проблематика якої безпосередньо стосується величезного наразі дефіциту Пенсійного фонду України, в 2015 р. було засуджено «аж» 5 осіб, а в 2016 р. – жодної.

За таких обставин перед кримінально-правовою наукою постає питання про пошук шляхів удосконалення та підвищення ефективності закріпленої в ст. 212-1 КК України заборони, покликаної забезпечувати формування доходної частини системи загальнообов'язкового державного соціального страхування і тісно пов'язаної з українським нестабільним регулятивним законодавством. Тим більше, що та законодавча лихоманка, яка протягом декількох останніх років спостерігається з питання адміністрування соціальних внесків, не сприяє ні з'ясуванню меж поведінки, яка відповідно до ст. 212-1 КК України вважається злочинною, ні забезпеченню однаковості відповідної правозастосовної практики, ні визначенню перспектив цієї кримінально-правової заборони.

До слова, позбавлений казуїстики підхід окремих зарубіжних законодавців, які відповідальність за ухилення від сплати податків і за ухилення від сплати прирівняних до них соціальних платежів передбачають у межах однієї кримінально-правової норми, не узгоджується із реалізованим у межах вітчизняного КК висновком про соціально-правову зумовленість виокремлення кримінально-правової заборони ухилення від сплати страхових внесків, покликаної охороняти відмінну від системи оподаткування систему загальнообов'язкового соціального страхування.

Доречно нагадати і ту обставину, що, описуючи ознаки складу злочину «ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових вне-

⁶⁶ Рецензія на книгу: Кримінально-правова охорона соціального та пенсійного страхування / В.С. Кошевський, П.А. Воробей, А.В. Савченко, О.О. Семенюк, О.Г. Колб: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2017. 152 с. Рецензія опублікована: Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2017. № 4. С. 350–355.

сків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» і спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності за цей злочин, законодавець вирішив «не ламати голову» і фактично відтворив відповідні характеристики ухилення від сплати податків і зборів, караного за ст. 212 КК України. Дати аргументовану і кваліфіковану відповідь на питання, наскільки доречним є такий варіант оптимізації кримінального законодавства, як і визначати шляхи подальшого його вдосконалення, можна лише за результатами повноцінного монографічного дослідження, яке передбачає вивчення генези кримінальної відповідальності за ухилення від сплати страхових внесків в Україні, звернення до відповідного зарубіжного досвіду, докладний аналіз основного і кваліфікованих складів злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України, а також спеціального виду звільнення від кримінальної відповідальності у випадку його вчинення.

Усі ці складові присутні у монографії, написаній колективом вчених із НАВС, яка нещодавно побачила світ.

Достовірність та обґрунтованість наукових положень, висновків і рекомендацій, сформульованих у рецензованій монографії, забезпечується вдалою і продуманою логікою викладення матеріалу, широтою й різноманітністю опрацьованої джерельної бази, використанням різноманітних методів наукового пізнання, веденням коректної полеміки.

Проблематика кримінальної відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності традиційно вважається однією з найскладніших у курсі Особливої частини кримінального права України і не в останню чергу через чітко виражену і, вочевидь, вимушену бланкетність диспозицій відповідних кримінально-правових заборон. Тому автори монографії цілком доречно занурились у численні нормативно-правові акти, належні до різних галузей регулятивного (соціального, фінансового, трудового, цивільного тощо) законодавства, змогли на високому теоретичному рівні показати специфіку його взаємодії з кримінально-правовими приписами. Як наслідок, книга значною мірою набула якості повноцінного міждисциплінарного дослідження, яке буде цікавим і корисним не лише для фахівців з кримінального права. Гортаючи сторінки книги, неодноразово ловив себе на думці, що для кваліфікованого розв'язання проблем, пов'язаних із кримінально-правовим забезпеченням охорони системи загальнообов'язкового державного соціального страхування, конче потрібним є об'єднання зусиль фахівців з різних галузей права (передусім кримінального і фінансового).

Слід визнати логічною і добре продуманою послідовність викладення матеріалу, яку з урахуванням досліджуваної теми можна вважати усталеною для наукових робіт з Особливої частини кримінального права. Зокрема, належну фундаментальність монографічного дослідження забезпечило включення в його структуру підрозділів 1.2 і 1.3, присвячених, відповідно, генезі вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність за ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування та зарубіжному досвіду кримінально-правової протидії ухиленню від сплати страхових внесків.

Поділяю міркування авторів монографії про: неправильність ототожнення відносин щодо наповнення фондів соціального страхування і відносин, пов'язаних зі сплатою страхових внесків, і посягання злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України, на відносини другого виду; безпідставність визнання ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування триваючим злочином і водночас про можливість вчинення цього діяння у формі продовжуваного злочину; визнання суб'єктом злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України, зокрема, членів сімей фізичної особи – підприємця, які займаються з ним підприємницькою діяльністю, отримують частину доходу від заняття цією діяльністю та не перебувають з ним у трудових або цивільно-правових відносинах, а так само осіб, які не належать до кола осіб, що підлягають загальнообов'язковому державному пенсійному страхуванню, однак добровільно виявили бажання взяти участь у солідарній системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування; можливість вчинення аналізованого злочину як з прямим, так і з непрямим умислом; можливість інкримінування ст. 367 КК України «Службова недбалість» службовим особам, які не сплатили страхові внески через необережність; правильність кваліфікації ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'яз-

кове державне пенсійне страхування, поєднаного з підробленням і використанням підробленого документа, за сукупністю злочинів, передбачених ст. 212-1 і ст. 366 (ст. 358 КК); доцільність розширення змісту спеціального рецидиву як особливо кваліфікуючої ознаки злочину, передбаченого ст. 212-1 КК України, за рахунок непогашеної судимості особи за умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів); необхідність впровадження іноземного досвіду у законодавство про кримінальну відповідальність України для більш ефективної боротьби із злочинністю. У книзі наводиться і чимало інших, співзвучних мені думок та ідей.

Звичайно, не всі наведені в монографії положення однозначні, безспірні для автора цих рядків, який час від часу також займається розглядуваною кримінально-правовою проблематикою. Утім, такі розбіжності у поглядах на непрості кримінально-правові питання є цілком нормальною ситуацією в науці. Деякі із сформульованих у книзі пропозицій мають дискусійний характер, однак це в жодному разі не применшує значення рецензованої праці, а всі ініційовані її авторами законодавчі новели заслуговують на те, щоб стати об'єктом прискіпливого наукового аналізу і, частково, приводом для змістовної дискусії.

Вважаю також, що якість монографії лише поліпшилась, якби її автори опрацювали наукову кваліфікаційну роботу Д.Ю. Стапаненка, присвячену цій самій проблематиці (див.: Степаненко Д.Ю. Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2014. 263 с.).

Самобутнє видання з кримінального права України⁶⁷

Вирішення питань підготовки висококваліфікованих фахівців-правознавців вимагає наявності відповідної навчальної літератури. За час дії чинного Кримінального кодексу України видано чимало підручників, посібників, інших навчально-методичних праць із кримінального права взагалі та його Загальної частини зокрема, науковий рівень та якість яких відрізняються (що є цілком природним явищем) та які знайшли свого читача. Проте навряд чи можна стверджувати, що потреби правничої освіти, наукової спільноти і правозастосовної практики повною мірою задоволені. Настав час для написання більш розгорнутих і ґрунтовних праць, і в цьому сенсі рецензований підручник, успішно та своєчасно усуваючи прогалину у вітчизняній юридичній літературі, за всіма критеріями об'єктивного аналізу є новаторською і фундаментальною навчально-науковою працею.

За великим рахунком (якщо виходити з кола висвітлюваних питань та їхньої спрямованості), аналогами книги, написаної П.С. Берзіним, у сучасній Україні можуть вважатись хіба що такі видання, як: Панов М.І. Вступ до навчального курсу «Кримінальне право України»: лекція. Київ: Ін Юре, 2015. – 104 с.; Сучасна кримінально-правова система в Україні: реалії та перспективи / Ю.В. Баулін, М.В. Буроменський, В.В. Голіна та ін. Київ: Ваіте, 2015. – 688 с. Однак якщо перша зі згаданих праць є хоч і розширеною, але всього однією лекцією, то друга – колективним монографічним дослідженням, розрахованим передусім (а, можливо, будемо відверті, лише) на тих, хто професійно займається науковою діяльністю. Натомість підручник, одноосібно написаний П.С. Берзіним, є різновидом якісної навчальної літератури нового покоління. Будучи цілісним за формою і закінченим за змістом, він базується на глибокому аналізі науково-теоретичної думки вчених як кримінального, так і суміжних галузей права, істотній фактологічній та емпіричній основі, дослідженні стану правотворчої діяльності багатьох зарубіжних держав.

У книзі на високому науковому рівні розглядаються питання характеристики кримінального права як галузі права і законодавства, як юридичної науки і навчальної дисципліни, визначення кримінального права в системі права, механізму кримінально-правового регулювання, системи, принципів і джерел кримінального права, чинності і застосування цих джерел.

Автору вдалося сформулювати чіткий і ретельно продуманий понятійний апарат, здійснити низку наукових класифікацій, які відзначаються логічністю й аргументованістю, висловити власне розуміння низки проблемних кримінально-правових питань, сформулювати оригінальні пропозиції щодо їхнього розв'язання. П.С. Берзін не просто у доступній формі викладає традиційний, проте вельми непростий для засвоєння матеріал (зокрема, конструктивним слід визнати виділення у підручнику багатьох структурних частин і прикладів), а й прагне зорієнтувати майбутнього читача з тих питань Загальної частини кримінального права України, які у науці і правозастосовній практиці належать до числа дискусійних. Як наслідок, рецензована праця, хоч і має назву підручника, значною мірою написана у монографічному жанрі, а це дає підстави сподіватись на те, що вона стане в нагоді не лише для вдумливих студентів, а й для аспірантів і викладачів.

Як позитив слід відзначити й ту обставину, що перед викладенням відповідного матеріалу на початку кожної глави і кожного параграфу наводиться стислий перелік рекомендованої літератури, в яких розглядаються питання відповідної теми. Крім цього, кожну главу логічно завершує перелік питань для перевірки якості засвоєння матеріалу і поточного контролю.

Павло Сергійович Берзін добре відомий серед наукової спільноти у т. ч. своїми історико-правовими дослідженнями в галузі кримінального права. Тому певною мірою очікуваним і закономірним стало те, що однією з найбільш потужних і цікавих є глава підручника, присвячена джерелам вітчизняного кримінального права, включаючи історію кримінального законодавства, правових звичаїв, правових прецедентів, релігійних норм і правової доктрини.

Звичайно, як будь-яка творча праця робота мого колеги не позбавлена окремих вад і дискусійних положень. Так, при розкритті змісту законності і верховенства права автору підручника

67 Рецензія на книгу: Берзін П.С. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник: у 3-т. Т. 1: Загальні засади. Київ: ВД «Дакор», 2018. 404 с. Рецензія опублікована: Вісник кримінального судочинства. 2018. № 1. С. 203–204.

не завадило б більше зосередитись на співвідношенні цих загально-правових принципів кримінального права, а також на проблематиці реалізації принципу верховенства права при застосуванні кримінального закону, адже її актуальність в Україні серйозно посилюється у зв'язку із закріпленням конституційного положення про керування верховенством права при здійсненні правосуддя (див., наприклад: Дудоров О.О., Мазур М.В. Реалізація принципу верховенства права при застосуванні закону про кримінальну відповідальність: постановка проблеми, міжнародний і зарубіжний досвід. Юридичний електронний науковий журнал. 2017. № 5. С. 129–140; Дудоров О.О. Верховенство права: окремі кримінально-правові аспекти // Актуальні питання розвитку державності та правової системи в сучасній Україні: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 27–28 жовтня 2017 р. / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. Запоріжжя: ЗНУ, 2017. – С. 77–85).

Використаний у підручнику наскрізний поділ вчинків людини, які, так би мовити, мають кримінально-правове значення, на діяння, що є «кримінально-правовою аномалією», і діяння, що не є такою аномалією, видається конструктивним. Щоправда, з наведених у книзі переліків цих вчинків не зовсім зрозумілою виглядає належність тих діянь, за вчинення яких особа у встановленому порядку звільняється від кримінальної відповідальності.

Загалом же є всі підстави констатувати, що П.С. Берзін учергове продемонстрував такі якості справжнього вченого, як велика працездатність, наполегливість і літературний хист. Переконали у тому, що підручник, про який йдеться, має всі шанси стати настільною книгою для тих, хто професійно займається кримінальним правом. Кожен із таких фахівців знайде у цій праці, яка потребує прискіпливого і предметного вивчення, багато цікавого і корисного.

Із вихідних даних підручника, а так само передмови випливає, що видання є тільки першим томом задуманої трилогії. То ж залишається очікувати наступних, не менш якісних і цікавих томів, побажавши Павлу Сергійовичу сил, насаги і терпіння здійснити свої творчі плани.

Актуальний аспект кримінально-правової охорони земельних відносин⁶⁸

Стаття 14 Конституції України називає землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Незважаючи на це конституційне гасло, наразі у сфері земельних відносин склалась ситуація, яку найбільш точно можна описати одним словом – беззаконня. В ухваленій у 2019 р. Стратегії екологічної політики на період до 2030 р. констатується, що стан земельних ресурсів України близький до критичного, і це підтверджується приголомшуючими даними про те, що: водною та вітровою ерозією уражені близько 57 % території України; понад 12 % території держави зазнають підтоплення; за різними критеріями забрудненими є близько 20 % земель України; щороку фіксується майже 23 тис. випадків зсувів; унаслідок абразії руйнується до 60 % узбережжя Азовського і Чорного морів та 41 % берегової лінії дніпровських водосховищ; більш як 150 тис. га земель порушені внаслідок гірничодобувної та інших видів діяльності; кількість підземних і поверхневих карстопроявів становить близько 27 тис. Свідченням гостроти існуючої ситуації є й та обставина, що Указом Президента України від 30 вересня 2019 р. № 722/2019 «Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року» однією з пріоритетних цілей визнано боротьбу з опустелюванням та припинення і повернення назад (розвертання) процесу деградації землі.

З огляду на виняткове значення землі для процесів життєдіяльності людини, є підстави вважати, що цей природний ресурс посідає особливе місце серед інших об'єктів довкілля. Забруднення земель, що становлять собою простір для здійснення людської життєдіяльності, а також базовий ресурс для сільськогосподарського виробництва, спричиняє як виникнення проблем у виробничому процесі, так і погіршення умов проживання людей загалом, зниження рекреаційної привабливості територій, погіршення здоров'я населення тощо. Суспільна небезпека забруднення або псування земель полягає у заподіянні шкоди землі як важливому екологічному фактору, зумовленої порушенням тих функцій, які покликані виконувати землі. Варто додати, що забруднення або псування земельних ресурсів завдає шкоди і відносинам, пов'язаним із використанням земель в різних сферах господарювання. Такі дії часто обмежують або навіть унеможливають використання землі за її цільовим призначенням. Наприклад, надмірне, або несанкціоноване, або з порушенням технології внесення у ґрунти земель сільськогосподарського призначення мінеральних добрив призводить до гальмування або повного припинення біохімічних процесів у ґрунтах. Наслідком цього є скорочення продуктивності сільськогосподарських угідь чи їхнє повне вилучення із господарського використання.

Природно, що за таких несприятливих обставин Україна як цивілізована держава намагається реагувати на існуючу ситуацію, зокрема, шляхом удосконалення механізму юридичного впливу на порушників земельного законодавства. Враховуючи те, що земельне законодавство не містить усього арсеналу заходів, покликаних впливати на суб'єктів земельних правопорушень, у переважній своїй більшості відповідні правові заходи боротьби з порушниками земельного законодавства знаходять своє закріплення в нормах адміністративного та кримінального законодавства, які передбачають відповідальність за найбільш небезпечні прояви земельних правопорушень. При цьому варто констатувати притаманні, зокрема, кримінально-правовій охороні земельних відносин численні вади, її недостатню ефективність загалом, а відтак необхідність вдосконалення Кримінального кодексу України у вказаній частині та практики його застосування. Надійним фундаментом для виваженого законотворення, а також поліпшення правозастосування можуть і повинні стати напрацювання кримінально-правової науки.

Водночас слід відзначити, що, не дивлячись на належність проблематики кримінальної відповідальності за злочини у сфері земельних відносин у доктрині України до числа активно досліджуваних, чимало важливих питань, пов'язаних із тлумаченням, застосуванням і визначенням

68 Рецензія на книгу: Крайник Г.С. Кримінальна відповідальність за забруднення або псування земель в Україні: монографія. Харків: Друкарня Мадрид, 2019. 204 с. Рецензія написана у співавторстві з Р.О. Мовчаном та опублікована: Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2019. Вип. 4. С. 301–308.

перспектив відповідних кримінально-правових заборон, залишаються дискусійними, а окремі з них – нез'ясованими.

Таким чином, актуальність теми книги, написаної Г.С. Крайником, не викликає жодних сумнівів, а її видання слід визнати своєчасним та усяляко вітати.

У рецензованій праці, яка є класичною монографією з Особливої частини кримінального права України, пан Григорій ретельно і на високому фаховому рівні розглянув як об'єктивні та суб'єктивні ознаки складу злочину «забруднення або псування земель», передбаченого ст. 239 КК України, так і кримінально-правові наслідки вчинення цього злочину проти довкілля. Знайомлячись з текстом книги, ми вчергове переконались у слушності думки знаного у світі педагога Адольфа Дістервега про те, що більше користі приносить огляд одного предмета з десяти різних боків, аніж вивчення десяти предметів з одного боку.

Достовірність та обґрунтованість переважної більшості наукових положень, висновків і рекомендацій, сформульованих у монографії, забезпечується вдалою і продуманою логікою викладення матеріалу, широтою і різноманітністю опрацьованої джерельної бази, застосуванням різноманітних методів наукового пізнання, веденням коректної полеміки.

Монографія справляє вельми позитивне враження, зокрема, і через те, що її автор не оминає питання, які є спірними у доктрині, чітко висловлює і докладно аргументує авторську позицію, доводячи розгляд дискусійних питань до логічного завершення – до висунення конкретних пропозицій, спрямованих на вдосконалення законодавства (причому не лише кримінального, а й адміністративного та земельного) і надання рекомендацій, спрямованих на поліпшення правозастосовної практики.

Книга містить оптимальне співвідношення висвітлення фундаментальних кримінально-правових проблем і, так би мовити, прагматичних питань тлумачення і вдосконалення кримінально-правової заборони, присвяченої забрудненню або псуванню земель. Оскільки диспозиція ст. 239 КК України є бланкетною, повне і всебічне розкриття обраної теми передбачало не лише аналіз кримінально-правової літератури, а й докладне опрацювання нормативно-правових актів із земельного та екологічного законодавства, а так само здобутків земельно-правової доктрини. Завдяки активному і доречному залученню інструментарію «суміжних» правничих наук рецензоване дослідження виправдано носить міждисциплінарний характер і може бути цікавим для фахівців, котрі цікавляться земельно-правовою проблематикою та питаннями екології.

Текст монографії містить достатню кількість посилань на матеріали конкретних кримінальних проваджень, яким дається кваліфікована оцінка фахівця-теоретика і за допомогою яких доречно ілюструються законодавчі і теоретичні положення.

Книга написана літературною українською мовою, читається легко і з цікавістю. Використані при її підготовці літературні джерела відзначаються новизною.

Не можемо не відзначити як позитив і наявність оригінальних додатків, зі змісту яких випливає, що автор монографії переймається як дотриманням вимог академічної доброчесності, так і практичною значущістю здобутих ним результатів.

У рецензованій праці міститься чимало співзвучних нам положень.

Так, Г.С. Крайник слушно зауважує, що, якщо не вважати землі без ґрунтів предметом досліджуваного злочину, то це призведе до формулювання хибного висновку про те, що за відсутності на поверхні суші ґрунту таку поверхню можна забруднювати безкарно (адже це нібито не земля), а щодо осіб, які забруднили відповідну ділянку суші, слід ухвалювати не обвинувальний, а виправдувальний вирок (с. 15, 19). Отже, автор монографії цілком виправдано не зводить предмет злочину, передбаченого ст. 239 КК України, до земель сільськогосподарського призначення. Ми так само вважаємо, що земля як предмет відповідного злочину (незалежно від її цільового призначення) може покривати не тільки ґрунт (тобто природно-історичне органічно-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), а й, наприклад, пісок, щебінь, монолітний камінь. До того ж відповідно до регулятивного (земельного) законодавства землі і ґрунти є самостійними об'єктами правової охорони, що чинна редакція ст. 239 КК України і бере до уваги.

Заслуговує на підтримку авторське визначення основного безпосереднього об'єкта злочинного забруднення або псування земель як суспільних відносин у сфері охорони і раціонального використання земель (с. 25). Імпонує при цьому те, що, на відміну від багатьох інших дослідників, Г.С. Крайник не згадує про відтворення земель, адже, як було доведено представниками земельно-правової доктрини, воно охоплюється «охороною земель» як родовим щодо «відтворення земель» поняттям.

Поділяємо висновок дослідника про те, що передбачений у ч. 1 ст. 239 КК України делікт створення небезпеки не досягає рівня суспільної небезпеки, притаманного кримінальному правопорушенню, у зв'язку з чим *de lege ferenda* вказівка на суспільно небезпечний наслідок у виді створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля потребує виключення зі згаданої кримінально-правової норми. Аргументуючи свою пропозицію, Г.С. Крайник доречно посилається, по-перше, на законодавчий досвід країн, в яких кримінальну відповідальність встановлено лише за такі прояви забруднення або псування земель, які спричинили реальну шкоду, по-друге, на ту обставину, що у правозастосуванні складно визначити подібні наслідки, в результаті чого абстрактну загрозу заподіяння шкоди довкіллю нерідко визнають реальною в контексті інкримінування ч. 1 ст. 239 КК України (с. 89–90).

Відзначимо з цього приводу і неприпустимість ситуації, коли близькі за змістом діяння, які спричиняють фактично однакові суспільно небезпечні наслідки, в одних випадках кваліфікуються як злочин, а в інших – як адміністративне правопорушення. За результатами вивчення матеріалів судової практики нам вдалося виокремити щонайменше чотири варіанти описання і встановлення такої криміноутворювальної ознаки, як створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля, і ця неуніфікованість судової практики є вкрай небажаною в аспекті дотримання засади верховенства права.

До слова Г.С. Крайник виступає з обґрунтованою критикою тих судів, які, кваліфікуючи вчинене за ч. 1 ст. 239 КК України, у своїх рішеннях навіть не згадують про таку обов'язкову ознаку складу аналізованого злочину, як «створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля» (с. 91). Таким чином, ми, як і пан Григорій, переконані в безпідставності законодавчого описання некваліфікованого забруднення або псування земель як делікту створення небезпеки і в необхідності викладення ч. 1 ст. 239 КК України в новій редакції. Крім іншого, відповідні міркування автора книги можуть стати у нагоді при фаховому обговоренні і більш глобального питання – якщо не про відмову від законодавчої конструкції створення небезпеки (і не лише стосовно складів кримінальних правопорушень проти довкілля), то принаймні про істотне обмеження сфери її застосування.

Загалом виваженою видається позиція Г.С. Крайника, який *de lege ferenda* до інших тяжких наслідків (ч. 2 ст. 239 КК України) пропонує відносити таку шкоду, як: а) тяжкі тілесні ушкодження одній, декільком або більше особам, у т. ч. внаслідок захворювання; б) середньої тяжкості тілесні ушкодження двом або більше особам, у т. ч. внаслідок захворювання; в) заподіяння матеріальної шкоди в особливо великому розмірі (с. 100).

Схвально оцінюємо пропозицію науковця щодо істотного збільшення передбаченого ч. 1 ст. 239 КК України розміру штрафу, а також щодо передбачення штрафу як додаткового покарання в ч. 2 ст. 239 КК України (с. 122–123).

Звичайно, не всі наведені в монографії положення є однозначними, безспірними для нас. Утім, такі розбіжності у поглядах на непрості кримінально-правові питання є цілком нормальною ситуацією в науці. Далі привернемо увагу пана Григорія до деяких положень, щодо яких ми вимушені були зробити певні застереження. Сподіваємось на те, що вони стануть автору в нагоді в подальшій творчій діяльності, зокрема, при перевиданні книги.

1. Незважаючи на свою перевагу, пов'язану передусім з його лаконічністю, слід констатувати, що запропоноване Г.С. Крайником розуміння родового об'єкта злочину, передбаченого ст. 239 КК України, як «суспільних відносин у сфері довкілля» (с. 47) не відображає зміст охоронюваних розділом VIII Особливої частини КК України правовідносин, а тому навряд чи є прийнятним. На підставі аналізу підходів, вироблених кримінально-правовою доктриною, та з урахуванням положень регулятивного законодавства родовим об'єктом злочинів проти довкілля

(зокрема, забруднення або псування земель) пропонуємо розуміти правовідносини, які гарантують такий стан навколишнього природного середовища та його окремих компонентів, за якого забезпечуються охорона та раціональне використання природних ресурсів, екологічна безпека, запобігання і ліквідація негативного впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище, збереження природних комплексів, унікальних територій та природних об'єктів, пов'язаних з історико-культурною спадщиною.

2. Як й інший дослідник відповідної проблематики М.В. Іщенко, Г.С. Крайник вважає, що забруднення або псування земель має розумітись виключно як первинний суспільно небезпечний наслідок порушення спеціальних правил, а тому неточною визнає позицію тих науковців, які забруднення або псування земель називають одночасно і діянням, і наслідком (с. 66–67).

Незважаючи на наявність у ній певної логіки, видається, що позиція, обстоювана паном Григорієм, не повною мірою враховує положення чинного законодавства (як кримінального, так і регулятивного). Зокрема, маємо на увазі те, що: 1) якби порушення спеціальних правил виступало, так би мовити, єдиним діянням, то диспозиція ч. 1 ст. 239 КК України, вочевидь, мала б дещо інший, ніж наразі, вигляд, наприклад, такий: «Порушення спеціальних правил, що призвело до забруднення або псування земель...»; 2) у наведеній у ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» дефініції поняття «псування земель» зміст останнього розкривається за допомогою формулювань «порушення природного стану земель, яке здійснюється...», «забруднення їх...», «невиконання вимог...», «використання земель у спосіб...», вживання яких схиляє до думки про те, що «псування» земель – це не лише наслідки, а й діяння; 3) за умови визнання «забруднення» та «псування» саме і лише наслідками, а порушення спеціальних правил – діянням хотілося б дізнатись думку пана Григорія, в чому ж у такому випадку полягає діяння як ознака об'єктивної сторони складу правопорушення, передбаченого ст. 52 КУпАП «Псування і забруднення сільськогосподарських та інших земель». Адже, якщо слідувати логіці автора монографії, то в цій «суміжній» адміністративно-правовій забороні взагалі відсутня вказівка на діяння.

З урахуванням представлених аргументів ми продовжуємо обстоювати положення про двоєдиний характер використаних у ч. 1 ст. 239 КК України термінів «забруднення» та «псування» земель, які, наш погляд, позначають і діяння, і первинні суспільно небезпечні наслідки.

3. Г.С. Крайник некритично відтворює запропоноване М.В. Іщенко визначення «псування земель». Це – негативна зміна якісних характеристик та/або кількісного стану земель, що відбувається шляхом протиправної дії чи бездіяльності суб'єктів щодо землі або внаслідок впливу природних явищ чи катастроф, забруднення їх хімічними, біологічними та радіоактивними речовинами, в тому числі тими, що викидаються в атмосферне повітря тощо, і зумовлює зниження природно-господарської цінності земель та приведення їх у стан, непридатний або обмежено придатний для подальшого використання за цільовим призначенням (с. 78).

На нашу думку, замість не зовсім зрозумілого формулювання «або обмежено придатний для подальшого використання за цільовим призначенням» у визначенні поняття псування земель доречніше використовувати словосполучення «або потребує спеціальних обмежень (включаючи консервацію)», бо зміст поняття «консервація земель» розкритий у нормах чинного законодавства (ст. 172 Земельного кодексу України). Крім того, слід враховувати й етимологію терміну «псування», який означає: робити непридатним для користування, вживання, споживання тощо. Як бачимо, про жодну «обмежену придатність» у цьому разі не йдеться. Зауважимо і те, що правник досить чітко висловив авторську позицію стосовно співвідношення «забруднення» та «псування» земель, зазначивши: «... терміни «забруднення земель» та «псування земель» містять різні ознаки, тому жоден з них не охоплює інший, а тому обидва вказані терміни мають бути збережені у чинній редакції ст. 239 КК України» (с. 81–82). З огляду на процитований фрагмент, доволі дивним виглядає той факт, що в аналізованому визначенні поняття «псування» земель однією з його складових названо їхнє «забруднення».

4. Присвятивши окремий підрозділ (4.2) відмінним від покарання кримінально-правовим наслідкам забруднення або псування земель, у т. ч. звільненню від кримінальної відповідальності, автор монографії обмежився загальною характеристикою видів такого звільнення і, на жаль, не розглянув специфічні проблеми правозастосування, пов'язані зі зверненням до норм розділу IX

Загальної частини КК України при здійсненні кримінально-правового реагування на вчинення злочинів проти довкілля, включаючи делікт, передбачений ст. 239 КК України. Йдеться, наприклад, про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям (зокрема, можливість повного відшкодування стохастичної шкоди, притаманної злочинам проти довкілля) або у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (зокрема, розуміння потерпілого від злочинів проти довкілля і можливість кримінально-правового примирення у такому разі).

Незважаючи на зроблені зауваження, відзначимо, що вони жодними чином не впливають на високий науковий рівень рецензованої праці, загальне враження від якої є вкрай позитивним. Ініційовані Г.С. Крайником пропозиції, спрямовані на вдосконалення законодавства і практики його застосування, виглядають добре продуманими та є логічним завершенням проведеного дослідження, у зв'язку з чим заслуговують на те, щоб бути сприйнятими законодавцем і правозаступачами, стати об'єктом прискіпливого наукового аналізу і (частково) предметом фахової дискусії.

Как учить уголовному праву: взгляд немецких профессоров в интерпретации отечественного ученого⁶⁹

Среди украинских ученых, занимающихся уголовным правом, Павел Сергеевич Берзин (доктор юридических наук, профессор кафедры уголовно-правовой политики и уголовного права Института права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко) хорошо известен благодаря своим оригинальным, глубоким и весьма трудоемким изысканиям, посвященным, в частности, истории развития уголовного права и зарубежному уголовному праву.

Немецкое уголовное право, как и немецкое право в целом, занимает особое место в истории формирования правовой мысли и нормотворчества стран постсоветского пространства, в том числе Украины. Не случайно в современной учебной литературе подчеркивается, что господствующая в Украине юридическая догма сложилась в результате развития континентальной правовой системы, под воздействием прежде всего немецкой юридической науки XVIII–XIX веков (см.: Машков А.Д. Теорія держави і права: підручник. Київ: ВД «Дакор», 2014. С. 6). Именно с изучением немецкого права связано создание юриспруденции в Российской империи (и всех стран, входящей в нее в разные исторические периоды) как сформированной системы правовых норм, основанной на передовых базисах европейских идеалов регулирования общественных отношений. Необходимо также отметить, что большинство «авторов» первого полноценного уголовного кодекса Российской империи (Уложения о наказаниях уголовных и исправительных (1845 год)) получали свое юридическое образование в учебных заведениях Германии, что непосредственно сказалось как на содержании Уложения, так и на его структуре. Двухчленная структура Уложения (его деление на общую и особенную часть) стала традиционной для уголовных кодексов большинства стран ближнего зарубежья и сохранилась до сегодняшнего дня в нормотворчестве.

Рецензируемое издание (см.: Немецкое уголовное право (Общая часть): Практикум / сост. и авт. коммент. П.С. Берзин. Киев: Алерта, 2021. 388 с.) аналогов которого в нашей юридической литературе не существует и являющееся одним из наиболее фундаментальных исследований немецкого уголовного права в странах постсоветского пространства, представляет собой органическое сочетание, с одной стороны, теоретической части в виде изложения основ немецкого уголовного права (его общей части) и, с другой стороны, имеющих прикладную направленность структурных частей, касающихся выполнения и проверки учебных заданий. Ведь, по справедливому мнению немецких правоведов, «пассивное» усвоение учебного материала недостаточно и неэффективно (с. 4, 262). Не можем не отметить то обстоятельство, что наличие в книге П.С. Берзина упомянутой практической составляющей созвучно убежденности украинских преподавателей в том, что глубокие знания уголовного права невозможны без обязательного сочетания пассивного (как правило, на лекциях) получения студентом знаний с его активной и настойчивой подготовкой к семинарским и практическим занятиям; во время проведения последних студент приобретает навыки применения уголовного закона при решении того или иного уголовного дела (задачи) (см.: Кримінальне право України: Практикум: навч. посіб. / за ред. С.С. Яценка. 3-те вид., перероб. і допов. Київ: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2010. С. 154).

Высокий уровень «Практикума» обусловлен симбиозом глубоких юридических знаний автора и его владением немецким языком на высоком уровне. Представляется, что автором был выбран правильный подход к изучению немецкого уголовного права: сконцентрировать свое изучение не на поверхностном исследовании данного права (сразу исследовать все, а в результате – получается ничего), а точно и глубоко исследовать и отразить отдельные (конкретные) институты общей части немецкого уголовного права.

Эмпирической основой труда стали не только нормативные положения немецкого уголовного права, а и учебники и лекции ведущих профессоров Германии (Хейнрих Б. (Heinrich B.), Гропп В. (Gropp W.), Каспар Дж. (Kaspar J.), Мурман У. (Murtmann U.)), а также правоприменительная

69 Рецензія написана у співавторстві з Р.А. Волинцем і Д.С. Птащенком та опублікована: Współpraca europejska. 2021. № 3 (51).

практика (материалы судебных решений, занимающих в правовой системе Германии особое положение). Кроме всего прочего, поражают (но не удивляют) педантичность и дотошность, исповедуемые немецкими коллегами при составлении методики работы над учебными заданиями, включающей, в частности, указания по отработке разнообразных источников, способам точного (корректного) их цитирования и даже (!) адресованное студентам напоминание о том, что коварные картриджи для печати имеют привычку опустошаться тогда, когда это особенно некстати (с. 296).

На примере ювенального (молодежного) и международного уголовного права Германии (с. 23–24, 43) лишний раз убеждаемся в прагматичности немецкого законодателя. Само по себе существование соответствующих источников немецкого уголовного права показывает, что уголовное законодательство ФРГ, в отличие от нашего законодательства, не тяготеет к полной кодификации уголовно-правовых запретов. Несмотря на необычность такого подхода для Украины, его преимуществами считаются возможность оперативного совершенствования средств уголовно-правовой охраны параллельно (одновременно) с принятием (изменением) законов, регулирующих ту или иную сферу жизнедеятельности общества, а также информирование субъектов специфических правоотношений о возможных уголовно-правовых последствиях нарушения требований специального закона.

Заслуживает отдельного внимания подход П.С. Берзина к изучению и воспроизведению специфической терминологии: автором дан не только перевод юридических понятий (причем максимально точный), но и в скобках приводится оригинальная терминология на немецком языке.

В качестве дополнительного задания для себя П.С. Берзин определил объяснение и иллюстрацию практики составления уголовно-правовых текстов для изучающих юридический немецкий язык (с. 5). Отсюда наличие, а точнее обилие в рецензируемом издании указанных немецкоязычных фрагментов. Воспринимая и поддерживая упомянутую авторскую задумку, все же заметим, что данная особенность текста книги создает некоторые неудобства для читателей, не имеющих в своих планах изучение немецкой уголовно-правовой терминологии.

Полагаем, что весьма продуктивным как в научном, так и учебном аспекте было бы проведение полноценного компаративистского анализа положений общей части немецкого и украинского уголовного права. Тем более, что во время чтения книги П.С. Берзина мы постоянно отмечали для себя принципиальную схожесть данных положений если не по всем, но по подавляющему большинству принципиальных вопросов уголовно-правового регулирования. Уверены в том, что выполнение указанной сложной задачи вполне по силам нашему уважаемому коллеге, сочетается с его стремлением отыскать «идеальное уголовное право» (с. 3) и стало бы логическим продолжением сравнительно-правовых исследований, проводимых в свое время профессором Станиславом Сергеевичем Яценко.

