

**МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ**

**ДНІПРОПЕТРОВСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ  
ВНУТРІШНІХ СПРАВ**

**НАВЧАЛЬНО-НАУКОВИЙ ІНСТИТУТ ПРАВА ТА ПІДГОТОВКИ  
ФАХІВЦІВ ДЛЯ ПІДРОЗДІЛІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ**

**Кафедра кримінального права та кримінології**

**КОНСПЕКТ ЛЕКЦІЙ**

**з дисципліни «АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ  
КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА»**

Для здобувачів вищої освіти  
другого (магістерського) рівня  
вищої освіти зі спеціальності  
262 «Правоохоронна  
діяльність»

**Дніпро – 2023**

**УКЛАДАЧІ:**

**Христова Ю.В.** – доцент кафедри кримінального права та кримінології,  
к.ю.н., доц.

**РЕЦЕНЗЕНТИ:**

1. Професор кафедри правоохоронної діяльності Університету митної справи та фінансів, доктор юридичних наук, доцент **Олексій ТИТАРЕНКО**.
2. Суддя Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області, доктор філософії у галузі права **Ірина ШАПОВАЛОВА**.

Конспект лекцій обговорений  
та схвалений на засіданні  
кафедри кримінального права  
та кримінології ННППФПНП  
«29» серпня 2023 № 2

### **ТЕМА 3. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У РАЗІ ПОПЕРЕДНЬОЇ КРИМІНАЛЬНО ПРОТИПРАВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ**

**(2 години)**

#### **План**

1. Види готування, що передбачені Загальною та Особливою частиною КК України.
2. Актуальні питання відмежування готування до кримінального правопорушення від виявлення наміру на вчинення кримінального правопорушення.
3. Помилка у фактичних ознаках вчиненого діяння та її значення для кваліфікації вчиненого як замаху на кримінальне правопорушення.

#### **РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:**

1. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / А. А. Васильєв, Є. О. Гладкова, О. О. Житний та ін. ; за заг. ред. проф. О. М. Литвинова; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2020. 428 с.
2. Сопілко І.М. Теоретичні основи кваліфікації кримінальних правопорушень: навч. посібник / І.М. Сопілко, С.Я. Лихова, О.П. Куліков. Тернопіль : Осадца Ю.В., 2022. 188 с.

#### **МЕТА ЛЕКЦІЇ:**

- ✓ навчальна: формування знань про сучасні динамічно-перемінні актуальні теоретичні та прикладні проблеми застосування кримінального законодавства у разі попередньої кримінально протиправної діяльності;
- ✓ розвиваюча – формування пізнавальної активності здобувачів освіти, залучення їх у процес наукового пошуку для подальшого самостійного осмислення ними перспектив та головних напрямів розв’язання зазначених проблем;

✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи функціонування правової держави. Формувати ціннісні орієнтири відповідно до ідеалів гуманізму, демократії, соціальної справедливості, поваги до особи; виховувати активну громадянську позицію; сприяти усвідомленню ролі та значення юридичної діяльності в розбудові та зміцненні української держави; формувати у працівників поліції високий рівень правової свідомості та правової культури, професійних та особистісних якостей.

## **ВСТУП**

В об'єктивній дійсності будь-яке діяння, в тому числі й кримінально протиправне, яке було розпочато, у відповідний момент завершується. При цьому завершення кримінального правопорушення може бути зумовлено двома факторами: а) закінчення кримінального правопорушення та б) його припинення як з об'єктивних причин (що не залежать від волі суб'єкта), так і з суб'єктивних причин (за волею суб'єкта).

Так, у разі закінчення кримінального правопорушення воно визнається закінченим. У разі припинення кримінального правопорушення воно визнається незакінченим.

Якщо припинення відбулося з причин, що не залежали від волі суб'єкта кримінального правопорушення, то то має місце попередня кримінально протиправна діяльність на стадії готування до кримінального правопорушення (ст. 14 КК) або на стадії замаху (ст. 15 КК).

Якщо припинення відбулося за волею суб'єкта кримінального правопорушення, то має місце добровільна відмова при незакінченому кримінальному правопорушенні (ст. 17 КК).

Попри вагомій дослідженні та значний внесок у розвиток інституту стадій вчинення злочину, окреслена тема є досі актуальною. Науковці й надалі висвітлюють дискусійні питання, що стосуються готування до злочину, замаху

на злочин, кримінальної відповідальності та призначення покарання за незакінчений злочин. У кримінально-правовій літературі немає спільної позиції щодо наявності стадій вчинення злочину в окремих видах злочинів (наприклад, у злочинах із подвійною формою вини, триваючих, усічених, двооб'єктних складах злочинів тощо). Нез'ясованими залишаються питання стосовно визначення категорій тяжкості та видів злочинів, за готування до яких належить передбачити кримінальну відповідальність, а також доцільності диференціації відповідальності за непридатний замах. І надалі зазнають критики положення чинного законодавства про зменшення розміру найбільш суворого виду покарання за готування до злочину та замах на злочин, призначення довічного позбавлення волі за окремі незакінчені посягання тощо. Проблема полягає також і в неоднакових підходах до кваліфікації незакінченого злочину у правозастосуванні.

## **1. ВИДИ ГОТУВАННЯ, ЩО ПЕРЕДБАЧЕНІ ЗАГАЛЬНОЮ ТА ОСОБЛИВОЮ ЧАСТИНОЮ КК УКРАЇНИ**

Деякі види готування до кримінального правопорушення відрізняються певними специфічними особливостями, що обумовило їх окремий розгляд у науковій літературі як «спеціальних видів готування».

Зокрема, до таких спеціальних видів готування відносили:

- невдале підбурювання і пособництво;
- змову, організацію і участь у банді;
- інші кримінальні правопорушення з усіченими до стадії готування складами;
- незаконне придбання чи виготовлення зброї тощо.

Специфіку цих діянь дослідники даної проблеми вбачали в тому, що вони, являючи собою самостійні кримінально протиправні діяння, водночас мали кваліфікуватися і як готування до кримінального правопорушення. Дійсно, невдале підбурювання і пособництво, наприклад, хоча і є частиною

інституту співучасті, у більшості випадків кваліфікуються як готування до кримінального правопорушення.

Те саме можна зазначити і про такі кримінальні правопорушення, як підроблення документів чи незаконне придбання, виготовлення зброї тощо, — судова практика відстоює позицію, що ці кримінальні правопорушення, за наявності наміру особи на вчинення ще й іншого кримінального правопорушення, підлягають кваліфікації як готування до кримінального правопорушення. Це підтверджується такими постановами Пленуму Верховного Суду:

- «Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами» N 3 від 26.04.2002;

- «Про застосування судами законодавства, що передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність та власність суддів і працівників правоохоронних органів» N 8 від 26.06.1992;

- «Про практику розгляду судами кримінальних справ про виготовлення або збут підроблених грошей чи цінних паперів» N 6 від 12.04.1996;

- «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» N 3 від 25.04.2003 тощо.

Про такі кримінальні правопорушення, як бандитизм — ст. 257 (у формі організації банди) чи створення злочинної організації (ст. 255), у теорії кримінального права говорять як про кримінальні правопорушення з усіченим до стадії готування складом.

Зазначене дає підставу зробити висновок, що перелік видів готування не обмежується ч. 1 ст. 14 Загальної частини КК, і до окремих, самостійних видів готування теорія кримінального права і судова практика відносять деякі кримінальні правопорушення, передбачені Особливою частиною КК, зокрема, кримінальні правопорушення з усіченим складом. Необхідно підкреслити, що шляхом конструювання кримінальних правопорушень з усіченим складом законодавець встановив посилену кримінальну відповідальність за найбільш

суспільно небезпечні види готування. При цьому відповідальність за такі види готування було закріплено в Особливій частині КК.

Таку точку зору відстоюють українські дослідники, зокрема П.С. Матишевський, який відзначив, що «іноді дії, пов'язані з готуванням до одного кримінального правопорушення, утворюють самостійний склад іншого кримінального правопорушення, наприклад, придбання або виготовлення вогнепальної зброї для наступного розбійного нападу».

П.Л. Фріс також вважає, що існує як «готування в чистому вигляді», так і готування у виді самостійних складів кримінальних правопорушень, передбачених Особливою частиною КК.

С.Д. Шапченко зауважує, що «в деяких випадках окремі дії, які за своїм кримінально-правовим змістом можуть розглядатися як підготовчі, передбачені у статтях Особливої частини КК як ознаки складу закінченого кримінального правопорушення певного виду» — змова на вчинення дій з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади тощо.

О.О. Дудоров вважає, що у випадках, передбачених Особливою частиною КК, такі види готування, як підшукування співучасників та змова на вчинення кримінального правопорушення, можуть утворювати самостійні склади кримінального правопорушення (передбачені, наприклад, статтями 109, 255, 392).

Тобто КК передбачає відповідальність за готування як за самостійний вид кримінального правопорушення не тільки у Загальній частині, а й у Особливій частині КК.

Таким чином, доцільно виділяти: 1) загальні види готування (передбачені Загальною частиною КК) та 2) спеціальні види готування (передбачені Особливою частиною КК).

При цьому до першого виду слід віднести готування, передбачене ч. 1 ст. 14 КК, тобто дії, які не містять складу окремого кримінального

правопорушення, передбаченого Особливою частиною КК, у тому числі і так зване «невдале підбурювання» і «невдале пособництво» тощо. Питання, які ж кримінальні правопорушення, передбачені Особливою частиною КК, віднести до другого із зазначених видів, є найбільш принциповим для обґрунтування зазначеної вище класифікації.

Так, детальне дослідження Особливої частини КК, а також численних постанов Пленуму Верховного Суду щодо практики застосування кримінального закону дає підстави зробити висновок, що до видів готування можна віднести:

1) кримінальні правопорушення з усіченим до стадії готування складом. Такими кримінальними правопорушеннями є: змова на вчинення дій з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади (ч. 1 ст. 109 КК), організація групи, діяльність якої здійснюється під приводом проповідкування релігійних віровчень і поєднана із заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпустою (ст. 181 КК), створення злочинної організації (ст. 255 КК), організація банди (ст. 257 КК), створення терористичної групи чи терористичної організації (ст. 258-3 КК), створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань (ч. 1, ч. 2 ст. 260 КК), організація групових дій, що призвели до грубого порушення громадського порядку (ст. 293 КК), створення місць розпусти (ст. 302 КК), сутенерство (ч. 4 ст. 303 КК), організація місць для незаконного вживання, виробництва чи виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 317 КК), незаконна організація місць для вживання одурманюючих засобів (ст. 322 КК), організація незаконного переправлення осіб через державний кордон України (ст. 332 КК), організація організованої групи з метою тероризування засуджених (ст. 392 КК), участь у змові, спрямованій на планування, підготовку, розв'язування та ведення агресивної війни (ст. 437 КК);

2) кримінальні правопорушення, об'єктивна сторона яких сформульована тотожно або подібно до формулювань, які містяться у ч. 1 ст. 14 КК.



Наприклад, підробка документів, незаконне поводження зі зброєю (виготовлення, придбання, переоблаштування засобів вчинення кримінального правопорушення) тощо та їх спеціальні види, наприклад, виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення в Україну з метою збуту підроблених грошей (ст. 199 КК), підробка документів на переказ (ст. 200 КК), незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів (ст. 204 КК), виготовлення з метою збуту підроблених недержавних цінних паперів (ст. 224 КК), незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами (ст. 263 КК), незаконне поводження із радіоактивними матеріалами (ст. 265 КК), незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 307 КК), такі ж дії щодо прекурсорів (ст. 311 КК), незаконне виготовлення, підроблення документів на отримання наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів (ст. 318 КК), викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ст. 410 КК), розроблення, виробництво, заволодіння зброєю масового знищення (ст. 440 КК), вербування найманців (ст. 447 КК), підшукування співучасників: втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність (ст. 304 КК), втручання в діяльність працівника правоохоронного органу (ст. 343 КК), втручання у діяльність державного діяча (ст. 344 КК) тощо, а також різні види погроз, передбачені КК, наприклад, погроза знищення майна (ст. 195 КК), погроза вчинити викрадення або використати радіоактивні матеріали (ст. 266 КК), погроза щодо працівника правоохоронного органу (ст. 345 КК), погроза щодо державного чи громадського діяча (ст. 346 КК), погроза щодо службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок (ст. 350 КК), погроза щодо судді, народного засідателя чи присяжного (ст. 377 КК), погроза щодо начальника (ст. 405 КК) тощо.

Віднесення зазначених кримінальних правопорушень до видів готування, передбачених Особливою частиною КК, пояснюється таким. По-перше, усіченими на стадії готування є ті кримінальні правопорушення, об'єктивна сторона яких сформульована так, що є тотожною формулюванню ч. 1 ст. 14, у якій наведено визначення готування. Наприклад, це змова на вчинення кримінального правопорушення: змова на повалення конституційного ладу — ч. 1 ст. 109 тощо. До усічених складів також належать кримінальні правопорушення, об'єктивна сторона яких хоча сформульована і не у повній тотожності із визначеннями ч. 1 ст. 14, але за своїм змістом являє, наприклад, підшукування співучасників або інше створення умов для вчинення кримінального правопорушення: організація банди, створення злочинної організації тощо.

Вочевидь, що в цих випадках створення таких угруповань не є кінцевою метою злочинців, а завжди має на меті вчинення якихось інших кримінальних правопорушень. Із подібних міркувань віднесено до видів готування і такі кримінальні правопорушення, об'єктивна сторона яких становить, по суті, підшукування або пристосування засобів або знарядь для вчинення злочину. Ними є, наприклад, службове підроблення (ст. 366), незаконне поводження (виготовлення, придбання тощо) зі зброєю (ст. 263) та інші названі вище кримінальні правопорушення. У цих випадках вчинення зазначених дій, як правило, не становить кінцевої мети злочинців, а необхідне їм для вчинення інших кримінальних правопорушень за допомогою цих засобів чи знарядь. Погрози віднесені до видів готування тому, що становлять, як правило, усунення перешкод або інше створення умов для вчинення якогось іншого кримінального правопорушення і також вчинюються, зазвичай передуючи іншим, ще більш небезпечним кримінальним правопорушенням.

Підтвердженням такої особливості деяких із зазначених кримінальних правопорушень є положення, наприклад, постанов Пленуму Верховного Суду України.

Так, згідно з п. 3 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 12.04.1996 № 6 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про виготовлення або збут підроблених грошей чи цінних паперів» (із змінами, внесеними згідно з Постановою Пленуму Верховного Суду від 03.12.1997 № 12), «оскільки білети будь-якої грошово-речової лотереї не належать до державних цінних паперів, їх підроблення з метою збуту чи з метою отримання за ними незаконного виграшу слід кваліфікувати як готування до шахрайства».

Відповідно до п. 26 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 № 3 «Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами», «якщо викрадення вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин, вибухових пристроїв або радіоактивних матеріалів та їх незаконне носіння, зберігання, передача чи збут здійснені для вчинення іншого злочину, такі дії мають кваліфікуватися за сукупністю злочинів, передбачених відповідною частиною ст. 262 і ч. 1 ст. 263 або ст. 265 КК, а також як готування чи замах на вчинення іншого злочину».

Постанова Пленуму Верховного Суду України від 25.04.2003 № 3 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» свідчить про віднесення ст. 204 (п. 14), ст. 205 (п. 20), ст. 222 (п. 23) до видів готування: «п. 14. Злочин, передбачений ч. 2 ст. 204 КК, є закінченим з моменту незаконного виготовлення будь-якої кількості підакцизних товарів. Дії особи, спрямовані на відкриття (створення) підпільного цеху для незаконного виготовлення таких товарів, а так само придбання для їх виготовлення обладнання, за допомогою якого можливо забезпечити їх масове виробництво, повинні кваліфікуватись як готування до вчинення зазначеного злочину». Пункт 20: «Якщо при створенні чи придбанні такого суб'єкта підприємницької діяльності винна особа мала на меті не тільки прикриття незаконної діяльності або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона, а й незаконне одержання кредитів і привласнення

одержаних коштів чи їх використання не за цільовим призначенням, її дії слід додатково кваліфікувати і як готування до вчинення злочину, передбаченого відповідними частинами ст. 190 чи ст. 222 КК». Пункт 23: «Якщо винна особа надавала завідомо неправдиву інформацію з метою привласнення коштів у вигляді субсидії, субвенції, дотації чи кредиту, її дії потрібно кваліфікувати як готування до заволодіння чужим майном шляхом шахрайства чи замах на вчинення цього злочину».

Отже, враховуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що Особлива частина КК містить певну кількість кримінальних правопорушень, які можуть вчинюватися як попередні, тобто як готування до інших кримінальних правопорушень.

Однак деякі з них є попередніми завжди, тобто завжди вчиняються з метою продовження злочинної діяльності, а інші можуть вчинюватися як із цією метою, так і з будь-якою іншою.

Ознакою першої групи злочинів є безпосереднє закріплення у диспозиції статті Особливої частини мети подальшого вчинення кримінального правопорушення. Наприклад: змова з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу (ч. 1 ст. 109 КК), погроза вчинити викрадення радіоактивних матеріалів з метою примусити фізичну або юридичну особу, міжнародну організацію або державу вчинити будь-яку дію або утриматися від неї (ст. 266 КК) тощо.

Для кримінальних правопорушень другого виду зазначена мета не є обов'язковою ознакою, а отже, залежно від того, чи була в конкретному випадку в особи зазначена мета, ці кримінальні правопорушення можна визнавати або не визнавати готуванням до кримінального правопорушення. Таким чином, готування першого виду можна назвати обов'язковими кримінальними правопорушеннями готування, а другі — факультативними кримінальними правопорушеннями готування.

Отже, видами готування до кримінального правопорушення є:

1. Загальні види готування (готування, передбачене Загальною частиною КК України (ч.1 ст.14 КК).

2. Спеціальні види готування (готування, передбачене Особливою частиною КК України (самостійні склади кримінальних правопорушень, перелік яких наведено вище):

2.1. Кримінальні правопорушення, які завжди визнаються готуванням (обов'язкові кримінальні правопорушення готування)

2.2. Кримінальні правопорушення, які визнаються готуванням залежно від наявності мети подальшого вчинення інших кримінальних правопорушень (факультативні кримінальні правопорушення готування).

### **Висновок до першого питання.**

Представлена класифікація має принципове значення для вирішення спірних питань, пов'язаних з відмежуванням готування до кримінального правопорушення від суміжних кримінально правових явищ.

## **2. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ВІДМЕЖУВАННЯ ГОТУВАННЯ ДО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ ВІД ВИЯВЛЕННЯ НАМІРУ НА ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ**

Слід зауважити, що таке розмежування становить певні труднощі лише для кваліфікації готування, передбаченого Загальною частиною. Адже якщо фактично вчинене особою належить до спеціальних видів готування, необхідно встановити, що всі ознаки відповідного складу кримінального правопорушення наявні, і кваліфікувати вчинене за відповідною статтею Особливої частини КК. У випадку ж відмежування загальних видів готування, передбачених ч. 1 ст. 14 КК, від виявлення наміру у деяких ситуаціях з урахуванням положень чинного КК дійсно можуть виникнути певні ускладнення. Наприклад, такий вид готування, передбачений ст. 14 КК, як підшукування співучасників вчинення кримінального правопорушення, за своїми об'єктивними ознаками є дуже близьким до виявлення наміру.

Як вид підготовчих дій розглядається підшукування (а не підшукання) співучасників, тобто триваюча дія. Отже, як готування повинні розцінюватися будь-які діяння з підшукування співучасників, навіть якщо результату досягнуто не було (не було знайдено співучасників тощо).

Отже, необхідно визначити критерії, які чітко відрізняли б у кожному конкретному випадку готування у формі підшукування співучасників вчинення кримінального правопорушення від виявлення наміру на вчинення кримінального правопорушення.

Основним критерієм відмежування готування до кримінального правопорушення від виявлення наміру в науці кримінального права вважали те, що при готуванні до кримінального правопорушення вже вчиняється певне суспільно небезпечне діяння, а при виявленні наміру — ні (лише слово, жест тощо).

Однак за умови включення до переліку видів підготовчих дій таких дій, як підшукування співучасників, можна говорити, що цей критерій не спрацює. Підшукування співучасників може також виявлятися у висловленні завуальованої пропозиції сумісно вчинити кримінальне правопорушення. Тому відмежування виявлення наміру від готування до кримінального правопорушення слід проводити за різним ступенем їх суспільної небезпечності. Кримінальна суспільна небезпечність притаманна лише готуванню до кримінального правопорушення і втілюється в тому, що на відміну від простого виявлення наміру готування характеризується суспільно небезпечною метою — не просто висловити свій намір, а схилити до його вчинення ще й інших осіб. При готуванні до кримінального правопорушення наявним є більш сформоване, стверджене бажання особи вчинити кримінального правопорушення. Виявлення наміру про це, як правило, не свідчить.

Якщо особа має намір вчинити кримінальне правопорушення, наприклад крадіжку, вона може виявити (висловити тощо) свій намір оточуючим із різних причин: а) з особистих причин без мети полегшення здійснення кримінального

правопорушення (наприклад, бажанням похвалитися перед близькими) та б) з особистих причин з метою полегшення вчинення кримінального правопорушення (наприклад, з метою просити про приховування викраденого). Злочинець, як правило, уникає виявлення наміру з перших причин. Це було б логічним: особа переживає, щоб її не було викрито, а тому навряд чи свідомо розповідатиме іншим про свій намір. Виявлення наміру тут скоріше може бути несвідомим: особа проговорилося, наприклад, у стані алкогольного або наркотичного сп'яніння тощо.

Якщо ж виявлення наміру здійснене свідомо з причин, що мають на меті полегшення виконання «задуманого» кримінального правопорушення (допомогу в підробленні ключів, в усуненні перешкод, переховуванні тощо), вчинене набуває ознак готування до кримінального правопорушення. При цьому виявлення наміру може мати вигляд прямої пропозиції разом вчинити кримінальне правопорушення, а може мати форму лише висловлення особою свого наміру вчинити це кримінальне правопорушення. Це може здійснюватися шляхом яскравого описання всіх переваг і вигод, які можуть настати від вчинення кримінального правопорушення з розрахунку, що особа, якій висловлено цей намір, сама запропонує взяти у ньому участь. В обох випадках такі діяння за чинним КК належить кваліфікувати як готування до кримінального правопорушення. Для вчинення інших підготовчих дій, передбачених ч. 1 ст. 14, як правило, необхідно вчинити певну дію: змовитися на вчинення злочину, придбати зброю, пристосувати певне знаряддя, усунути перешкоди тощо. Крім того, інші підготовчі дії, передбачені ч. 1 ст. 14, за своїм змістом не збігаються із виявленням наміру, тому відмежування цих видів готування від виявлення наміру не становить труднощів.

Тобто, якщо виявлення наміру має на меті створити умови для вчинення «задуманого» кримінального правопорушення, зокрема підшукати співучасника тощо, такі дії слід визнавати готуванням до кримінального правопорушення. Саме ж виявлення наміру має місце лише тоді, коли воно не створює будь-які умови для вчинення іншого кримінального правопорушення.

Відмежування готування до кримінального правопорушення від замаху на кримінальне правопорушення є «наріжним» при дослідженні проблем, пов'язаних із визначенням та кваліфікацією готування. Насамперед звернемося до змісту і обсягу поняття замаху на кримінальне правопорушення.

Так, ст. 15 КК України 2001 р. визначає, що замахом на кримінальне правопорушення є вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення кримінального правопорушення, передбаченого відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу, якщо при цьому кримінальне правопорушення не було доведено до кінця з причин, що не залежали від її волі. Тобто кримінальний закон визнає за замахом ознаку діяння, безпосередньо спрямованого на вчинення «задуманого» кримінального правопорушення.

Найбільш важливою у наведеному формулюванні є ознака «безпосередньої спрямованості» на вчинення. Протягом тривалого періоду під цим терміном вітчизняна кримінальноправова доктрина мала на увазі початок безпосереднього виконання об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого Особливою частиною КК, який особа мала намір вчинити. Визнаючи за замахом ознаку початку безпосереднього вчинення «задуманого» кримінального правопорушення, теорія намагалася провести розмежування замаху і готування до кримінального правопорушення.

Однак таке вирішення питання не є найпростішим, адже воно відповідно потребує визначення, що саме слід в кожному випадку вважати моментом початку вчинення. На недолік такого підходу вказували майже всі дослідники цієї проблеми.

О.Ф. Кістяківський із цього приводу писав: «Визнання початку виконання за єдино характеристичну рису замаху зараз не викликає заперечень. Цією рисою визначають замах майже всі криміналісти; відмінність їх визначень міститься лише у варіаціях. Правда, вираз початок виконання сам по собі не позбавлений певної невизначеності і не може встановити між замахом і готуванням розмежувальної риси, настільки різкої і впадаючої в око, щоб



можна було легко, з першого разу і в усіх випадках відрізнити перше від другого.

Слід визнати, що все ж таки найбільш прийнятною для вирішення питання про розмежування таких видів готування і замаху на кримінальне правопорушення є використання ідеї «початку виконання об'єктивної сторони» кримінального правопорушення — або, точніше, часткового виконання об'єктивної сторони «задуманого» кримінального правопорушення, що була запропонована в літературі раніше. На нашу думку, найбільш вагомим аргументом цієї позиції є те, що ознаку часткового виконання об'єктивної сторони задуманого особою кримінального правопорушення КК визнає лише за замахом на кримінальне правопорушення.

При готуванні виконання об'єктивної сторони кримінального правопорушення, який особа мала намір вчинити, не починається зовсім — виконується об'єктивна сторона іншого кримінального правопорушення — готування. При замаху ж відбувається часткове виконання об'єктивної сторони «задуманого кримінального правопорушення». Ця позиція є домінуючою в науковій літературі.

Так, у кримінальних правопорушеннях із матеріальним складом може бути виконане все діяння, але без настання наслідків, передбачених диспозицією статті, або навіть діяння виконане лише частково, і відповідно, відсутні наслідки. У кримінальних правопорушеннях із формальним складом при замаху відбувається виконання лише частини діяння, передбаченого диспозицією статті Особливої частини КК. Причому, дійсно, найбільша складність для вирішення цього питання полягає у встановленні у вчиненому ознак часткового виконання об'єктивної сторони «задуманого» кримінального правопорушення.

Підсумовуючи, можна сказати, що за всю історію кримінально-правової науки не було запропоновано найбільш вдалого критерію розмежування готування, передбаченого Загальною частиною КК, і замаху, ніж критерій початку виконання об'єктивної сторони «задуманого» особою кримінального

правопорушення. Однак використання цього критерію можливе лише при додаткових роз'ясненнях, що саме вважати початком виконання об'єктивної сторони кримінального правопорушення. На нашу думку, для визначення моменту початку виконання об'єктивної сторони злочину неабияке значення мають суб'єктивні ознаки вчинюваного, зокрема уявлення особи про результат своєї дії і спрямування її до цього результату. Уявляється, що, маючи намір вчинити кримінальне правопорушення, особа, як правило, має на меті: 1) вчинити кримінальне правопорушення та 2) створити умови для його вчинення. Їх відповідно можна визначити як кінцеву та безпосередню мету діяння.

Наприклад, готуючись до кримінального правопорушення, особа кінцевою метою уявляє заподіяння смерті іншій особі. Безпосередньою ж метою її діяння є, наприклад, придбання отрути або приготування смертельно небезпечного знаряддя кримінального правопорушення, підмішування до їжі тощо — тобто створення умов для досягнення кінцевої мети. З того моменту, коли безпосередня мета досягнута — тобто підготовлено знаряддя, створено умови тощо, заподіяння смерті особи перетворюється з кінцевої мети на безпосередню. Коли особа вчиняє першу дію, безпосередньо спрямовану на заподіяння смерті (тобто на кінцеву мету, уявний результат свого діяння — наприклад, подає склянку з отрутою), починається виконання об'єктивної сторони вбивства, тобто відбувається замах.

#### **Висновок до доугого питання.**

Таким чином, основна відмінність між готуванням і замахом полягає у тому, що замах є початком виконання об'єктивної сторони «задуманого» кримінального правопорушення. Початком виконання об'єктивної сторони цього злочину слід вважати першу дію винного, спрямовану на досягнення кінцевої мети (уявного результату) цього кримінального правопорушення.

### **3. ПОМИЛКА У ФАКТИЧНИХ ОЗНАКАХ ВЧИНЕНОГО ДІЯННЯ ТА ЇЇ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ВЧИНЕНОГО ЯК ЗАМАХУ НА КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ**

Кримінальний кодекс України не містить спеціальних норм про помилку. Поняття помилки, її види визначаються наукою кримінального права. Загальноприйнятим є поділ помилок на юридичну і фактичну – залежно від тих обставин, які неправильно сприймаються суб'єктом. Юридична помилка є помилковим уявленням особи відносно юридичних властивостей та правової характеристики діяння. Деякі вчені підкреслюють, що це помилка особи відносно юридичної суті і юридичних наслідків вчинюваного діяння.

Помилки в юридичних властивостях вчиненого діяння не впливають ні на форму вини, ні на кваліфікацію кримінального правопорушення, ні на розмір призначеного покарання. Кримінальна відповідальність особи настає відповідно до оцінки цього діяння не суб'єктом, а законодавцем. Отже, помилка особи в юридичних ознаках відображає незнання особою кримінального закону і не виключає кримінальної відповідальності за закінчене кримінальне правопорушення або за замах на нього. Виключенням є тільки така помилка в кримінальній протиправності діяння, при якій особа вважає своє діяння кримінальним правопорушенням, а в дійсності воно таким не є.

Фактична помилка - це неправильне уявлення особи про фактичні об'єктивні ознаки складу кримінального правопорушення. При фактичній помилці особа правильно оцінює юридичну, правову характеристику певного діяння як конкретного кримінального правопорушення, однак помиляється у його фактичних об'єктивних ознаках.

Розрізняють такі види фактичної помилки: а) помилку в об'єкті; б) помилку в характері діяння (дії чи бездіяльності); в) помилку в причинному зв'язку; г) помилку в особі потерпілого. Деякі вчені додатково виділяють ще помилку в суспільній небезпечності вчинюваного діяння та помилку щодо обставин, які обтяжують відповідальність.

Помилка в об'єкті полягає в неправильному уявленні особи про характер тих суспільних відносин, на які посягає її діяння: це неправильне уявлення особи про соціальну і юридичну суть об'єкту посягання і кількість об'єктів, яким фактично заподіюється шкода. Особа спрямовує своє діяння на заподіяння

шкоди одним суспільним відносинам, але через її помилку шкода фактично заподіюється іншим. Наприклад, бажаючи знищити будинок захисника в зв'язку з його діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, особа помиляється і підпалює будинок, який належить іншій особі. У цьому разі діяння було спрямоване на порушення суспільних відносин у сфері здійснення правосуддя, а фактично внаслідок помилки заподіяло шкоду відносинам власності. Помилка в об'єкті посягання можлива лише на рівні родового і безпосереднього об'єктів. На рівні загального об'єкту злочину помилка неможлива, оскільки будь-яке кримінальне правопорушення посягає на суспільні відносини, які охороняються кримінальним законодавством, тобто загальний об'єкт один і помилитися в ньому неможливо. Оскільки об'єкт є елементом складу кримінального правопорушення, що, насамперед, визначає характер суспільної небезпечності кримінального правопорушення та його правильну кваліфікацію, неправильне уявлення особи про об'єкт впливає на її вину і відповідальність: особа відповідає за спрямованістю умислу. Проте, внаслідок того, що фактично шкода тому об'єкту, на який посягала особа, не була заподіяна, відповідальність має наставати за замах на це кримінальне правопорушення.

Слід підкреслити, що дане правило про кваліфікацію кримінальних правопорушень, вчинених за умов помилки в об'єкті, застосовується тільки при конкретизованому умислі. При невизначеному умислі кримінальне правопорушення кваліфікується як замах на той об'єкт, якому фактично була заподіяна шкода, оскільки винний рівною мірою бажав заподіяння шкоди будь-якому з декількох можливих родових об'єктів. Між тим, КК України містить низку статей, які передбачають посягання на життя ( вбивство та замах на вбивство) як закінчене кримінальне правопорушення. Тобто, переносять момент закінчення кримінального правопорушення на стадію замаху (кримінальні правопорушення з усіченим складом). Це посягання на життя державного чи громадського діяча (ст.112 КК), посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони

громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця (ст. 348 КК), посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного в зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя (ст. 379 КК), посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги (ст. 400 КК), посягання на життя представника іноземної держави (ст. 443 КК). У цих випадках законодавець використав конструкцію замаху для формування специфічного виду закінченого кримінального правопорушення. Тому виникає питання, як має бути кваліфіковане діяння винного, якщо він припускається помилки в об'єкті при вчиненні цих злочинів? За загальним правилом, ця помилка вимагає кваліфікації вчиненого у відповідності зі спрямованістю умислу винної особи. Однак, оскільки фактично шкоду тому об'єкту, який передбачався, не було заподіяно, відповідальність має наставати за замах на це кримінальне правопорушення.

Між тим, виходячи з цього положення, помилку в об'єкті при посяганні на життя зазначених осіб необхідно визначати як замах на посягання на їх життя. Тобто, фактично може мати місце «замах на замах». Така конструкція видається дещо абсурдною, хоча і відповідає прийнятим у науці правилам кваліфікації злочинного діяння при помилці в об'єкті. Таким чином, все вчинене має кваліфікуватися за частиною 2 чи 3 ст. 15 та статтями 112, 348, 379, 400, 443 КК України. Необхідно звернути увагу також на помилку в об'єкті, яка полягає в неправильному уявленні винної особи про соціальну та юридичну оцінку даного об'єкту. Обставинами, від яких залежить ця оцінка, можуть бути вагітність потерпілої при вбивстві, або ж недосягнення потерпілою особою 18 чи 14 річного віку при зґвалтуванні. Якщо особа вчиняє кримінальне правопорушення виходячи з неправильного уявлення про наявність конкретної обтяжуючої обставини, вчинене має кваліфікуватися як замах на кримінальне правопорушення з даною обтяжуючою обставиною. Наприклад, особа вбиває жінку, помилково вважаючи її вагітною. Видається, що це діяння має кваліфікуватися як замах на вбивство жінки, яка завідомо для

винного перебувала у стані вагітності. Або гвалтівник, вчиняючи кримінальне правопорушення, вважає, що потерпіла особа не досягла 18 чи 14 років. Тоді вчинене має кваліфікуватися як замах на зґвалтування малолітньої чи неповнолітньої особи. Помилка щодо кількості об'єктів посягання може бути подвійного значення : 1) особа вважає, що вчиняє посягання тільки на один об'єкт, тоді як в дійсності шкода завдається більшій кількості суспільних відносин, які охороняються кримінальним правом; 2) особа вважає, що її діяння спрямовані проти двох чи більше об'єктів, а в дійсності, шкода спричиняється лише одному.

При першому виді помилки в кількості об'єктів посягання необхідно встановити, якої саме помилки припустився винний – вибачальної чи винної. При вибачальній помилці, коли особа не повинна була або не могла усвідомлювати факт посягання на інші об'єкти, вона підлягає кримінальній відповідальності тільки за спричинення шкоди тому об'єкту, який охоплювався її умислом. За наявності винної помилки, коли особа повинна була чи могла усвідомлювати факт посягання на інші об'єкти, вона несе кримінальну відповідальність за умисне або необережне спричинення шкоди об'єктам, які не охоплювалися його умислом. При другому виді помилки в кількості об'єктів посягання все вчинене необхідно кваліфікувати як сукупність кримінальних правопорушень: як закінчене кримінальне правопорушення за спричинення шкоди одному об'єкту і як замах на ті об'єкти, які не зазнали шкоди. Так, О. І. Рарог наводив наступний приклад: за підпал будинку з метою вбивства його власника, якого в цей час в будинку не було, винний повинен нести кримінальну відповідальність за сукупністю умисного знищення майна та за замах на умисне вбивство способом, небезпечним для життя багатьох осіб.

Від помилки щодо якісної та соціальної характеристики об'єкта необхідно відрізнити помилку в предметі посягання або в особі потерпілого. Якщо винний припускається помилки в предметі чи в особі потерпілого, це не впливає на кваліфікацію, оскільки винна особа не помиляється в характері об'єкта посягання. Помилка в характері діяння - це помилка особи стосовно

суспільної небезпечності вчинюваного нею діяння. По-перше, особа оцінює свої діяння як суспільно небезпечні, хоча в дійсності вони такими не є. Подібна помилка не впливає на форму провини, і діяння залишається умисним, але відповідальність настає не за закінчене кримінальне правопорушення, а за замах на нього, оскільки злочинний намір не був реалізований і обраному об'єкту посягання шкода фактично не спричинена.

Так, традиційним прикладом такої помилки є ситуація, коли мати новонародженої дитини, бажаючи позбутися її, закопує немовля, вважаючи, що по збавляє його життя, проте з'ясовується, що дитина народилася мертвою. Оскільки особа помиляється і наслідки (смерть) не настають з причин, що не залежать від її волі, відповідальність настає за замах на злочин. У наведеному прикладі мати дитини, що народилася, повинна відповідати за замах на вбивство новонародженої дитини (ч. 2 ст. 15 та ст. 117 КК).

По-друге, особа помилково не усвідомлює суспільної небезпечності своїх діянь. У цьому випадку умисел на вчинення кримінального правопорушення виключається. За таких умов можливі два варіанта кваліфікації вчиненого:

1) якщо буде встановлено, що помилка була винною, тобто особа повинна була і могла передбачати помилковість свого висновку, відповідальність можлива лише за необережне кримінальне правопорушення, якщо вчинення такого діяння з необережності закріплено в КК. Так, за вбивство з необережності (ст. 119 КК) повинна відповідати мати новонародженої дитини, яка, вважаючи, що дитина народилася мертвою, і не бажаючи розголосу, закопує її. Фактично ж виявляється, що дитина народилася живою, а смерть її сталася від дій матері.

2) Якщо помилка була вибачальною, тобто особа не повинна була або не могла передбачати помилковість свого висновку — відповідальність виключається. Наприклад, збут фальшивих грошей особою, яка сумлінно вважає ці гроші справжніми, не є кримінальним правопорушенням через відсутність умислу.

Третя фактична помилка – у розвитку причинного зв'язку – являє собою неправильне уявлення про дійсний розвиток причинного зв'язку між суспільно небезпечним діянням і суспільно небезпечними наслідками. Цей вид помилки виключає відповідальність особи за злочинний наслідок, що настав, якщо має місце істотна розбіжність між передбачуваним і фактичним розвитком причинного зв'язку.

Так, якщо винний дав потерпілому отруєне яблуко, сподіваючись, що той від цього помре, а насправді потерпілий, з'ївши яблуко, вийшов на дорогу, де його насмерть збила машина. У цьому випадку винний має відповідати тільки за замах на вбивство, бо смерть потерпілого не перебувала в причинному зв'язку з даванням отрути: дійсний розвиток причинного зв'язку істотно розійшовся з тим, як його уявляв винний.

Фактичну помилку в особі потерпілого слід відрізнити від випадків відхилення дії або удару, що зовні схожі на дану помилку, але не є нею. При відхиленні дії або удару з причин, що не залежали від волі винного, шкода спричиняється іншій особі, а не тій, на яку було спрямоване посягання. Наприклад, А. бажаючи вбити Б, стріляє в нього, але в цей час проходить Г. в якого і потрапляє куля, що спричиняє смерть. Постріл, який вчиняє А., є замахом на вбивство незалежно від того, в кого потрапила куля, не влучивши в потерпілого. Проте, крім цього, А. вчиняє ще одне кримінальне правопорушення – заподіяння смерті Г. Щодо спричинення смерті Г. дії винного А. можуть бути кваліфіковані як: 1) необережне вбивство, якщо винний не передбачав, але повинен був і міг передбачити можливість завдання шкоди іншим особам; 2) умисне вбивство, якщо винний, обираючи при вбивстві спосіб, небезпечний для життя багатьох осіб, передбачав можливість завдання шкоди третім особам, але ставився до цього байдуже (непрямий умисел); 3) казус, якщо особа не передбачала і не повинна була або не могла передбачати відхилення дії і заподіяння смерті іншій особі, то її відповідальність за цю шкоду виключається.

**Висновок до третього питання.**



Проведений аналіз видів помилок дає можливість виокремити ті випадки, коли вчинене кваліфікується саме як замах на кримінальне правопорушення: 1. При помилці особи в юридичних властивостях свого діяння завжди, за умови недоведення кримінального правопорушення до кінця, вчинене кваліфікується як замах на кримінальне правопорушення. Виключенням є тільки помилка в злочинності діяння, коли особа вважає своє діяння кримінальним правопорушенням, а, насправді, воно таким не є; 2. При помилці в об'єкті, вчинене кваліфікується як замах на той об'єкт, на який особа посягала; 3. При помилці особи в оцінці своїх діянь як суспільно небезпечних, хоча в дійсності вони такими не є, відповідальність настає не за закінчене кримінальне правопорушення, а за замах на нього, оскільки злочинний намір не був реалізований і обраному об'єкту посягання шкода фактично не спричинена; 4. При помилці в розвитку причинного зв'язку винний несе кримінальну відповідальність за замах тільки тоді, коли дійсний розвиток причинного зв'язку істотно розійшовся з тим, як його уявляв винний; 5. При відхиленні дії чи удару винний відповідає за спрямованістю умислу, а саме - за замах на кримінальне правопорушення та за фактично спричинену шкоду (в залежності від форми вини).

### **МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ**

Під час лекції розглядаються лише базові, основоположні теоретичні поняття та проблеми визначені у плані лекції.

При підготовці теми, слухачам слід враховувати різнобічні наукові підходи до визначення та розуміння деяких питань.

Для вдалого засвоєння цієї теми, слухачам рекомендується звернутись не лише до базового (обов'язкового) списку літератури, а й до інших наукових джерел, які можна знайти у бібліотеці університету.

Так, під час розгляду теми, слід, також, використовувати наукові праці як українських, так і зарубіжних вчених. Однак, опрацьовувати додаткову літературу слід з урахуванням національної доктрини, особливостей правової системи України.

## ТЕМА 4. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У РАЗІ ВЧИНЕННЯ ОСОБОЮ ДЕКІЛЬКОХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

(2 години)

### План

1. Загальні проблеми кримінального законодавства у разі множинності кримінальних правопорушень
2. Проблеми застосування кримінального законодавства у разі наявності в діяннях особи повторності кримінальних правопорушень.
3. Проблеми застосування кримінального законодавства у разі наявності в діяннях особи сукупності кримінальних правопорушень.
4. Актуальні питання застосування кримінально-правової норми про рецидив кримінальних правопорушень.

### РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Актуальні проблеми формування сучасної доктрини кримінального права України : монографія / В. Я. Тацій, Л. М. Демидова, В. І. Борисов та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація, Л. М. Демидової, В. І. Борисова. Харків : Право, 2021. 632 с.
2. Антонюк Н. О. Множинність злочинів: до питання про вдосконалення диференціації кримінальної відповідальності . Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. 2020. № 3. С. 6-13. - Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzizvru\\_2020\\_3\\_3](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzizvru_2020_3_3)
3. Євдокімова О. Кримінальна відповідальність за повторність кримінальних проступків. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №8. С. 227–231.
4. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / А. А. Васильєв, Є. О. Гладкова, О. О. Житний та ін. ; за заг. ред. проф. О. М. Литвинова; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2020. 428 с.
5. Лихова С.Я. Теоретичні основи кваліфікації кримінальних правопорушень: навчальний посібник. Київ: НАУ, 2021. 160 с.

### МЕТА ЛЕКЦІЇ:

Ця лекція має таку мету:

- ✓ навчальна: формування знань про сучасні динамічно-перемінні актуальні теоретичні та прикладні проблеми застосування кримінального законодавства у разі вчинення особою декількох кримінальних правопорушень;
- ✓ розвиваюча – формування пізнавальної активності здобувачів освіти, залучення їх у процес наукового пошуку для подальшого самостійного

осмислення ними перспектив та головних напрямів розв'язання зазначених проблем;

✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи функціонування правової держави. Формувати ціннісні орієнтири відповідно до ідеалів гуманізму, демократії, соціальної справедливості, поваги до особи; виховувати активну громадянську позицію; сприяти усвідомленню ролі та значення юридичної діяльності в розбудові та зміцненні української держави; формувати у працівників поліції високий рівень правової свідомості та правової культури, професійних та особистісних якостей.

## ВСТУП

Вивчення інституту множинності та його правових наслідків, передбачених в ст. 35 КК має важливе значення:

- 1) для правильного вирішення питання про застосування норм кримінального права при вчиненні особою або групою осіб декількох кримінальних правопорушень,
- 2) для правильного відмежування кримінальних правопорушень від інших правопорушень;
- 3) для кваліфікації кримінальних правопорушень при проведенні досудового слідства слідчими.

## 1. ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У РАЗІ МНОЖИННОСТІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Конституційне положення про неможливість двічі бути притягненим до юридичної відповідальності одного виду за одне і те саме правопорушення (ч. 1 ст. 61 Конституції Україною), відоме ще як принцип «*non bis in idem*», неодноразово ставало предметом фахового обговорення.

Зокрема, досить розповсюдженою є думка про те, що низка положень чинного законодавства України, яке врегульовує особливості кримінальної

відповідальності за деякі прояви множинності кримінальних правопорушень, не відповідає зазначеному принципу.

У зв'язку з цим стверджується, що факт попереднього вчинення особою кримінального правопорушення не повинен виступати як ознака складу нового кримінального правопорушення, вчиненого цією особою.

Такий висновок став результатом поширювального тлумачення згаданого конституційного положення і визнання хибним підходу, згідно з яким суть принципу «*non bis in idem*» зводиться лише до такої юридичної формули: не можна ще раз засуджувати особу за кримінальне правопорушення, за яке її вже було засуджено.

Інститут множинності кримінальних правопорушень дістав значного розвитку у чинному КК України при тому, що останній поняття множинності кримінальних правопорушень не використовує і не визначає.

Будучи складовою вчення про кримінальне правопорушення і кримінальну відповідальність, проблематика множинності злочинів традиційно вважається однією з найскладніших як у науці кримінального права, так і в правозастосовній діяльності.

Є підстави вживати поняття множинності кримінальних правопорушень у двох значеннях (аспектах).

По-перше, це кримінально-правовий інститут, який передусім утворюють ст. ст. 32–35 КК України, однак зміст якого не обмежується нормами, розташованими в розділі VII Загальної частини КК. До інституту множинності кримінальних правопорушень належать принаймні і ті норми Особливої частини КК, в яких повторність і рецидив передбачаються як кваліфікуючі (особливо кваліфікуючі) ознаки конкретних кримінальних правопорушень.

По-друге, множинність кримінальних правопорушень – це специфічний стан, який характеризується наявністю в поведінці особи кількох самостійних кримінальних правопорушень і який тягне за собою відповідні кримінально-правові наслідки. Множинність кримінальних правопорушень означає, що особою (не має значення – одноособово або у співучасті) вчинено два або

більше кримінально караних діяння, кожне з яких містить ознаки самостійного складу кримінального правопорушення і, зберігаючи свою юридичну значущість, підлягає самостійній правовій оцінці. При множинності кримінальних правопорушень особа за вчинення щонайменше двох кримінальних правопорушень може бути притягнена до кримінальної відповідальності або (як це має місце, зокрема, при рецидиві кримінальних правопорушень) вчиняє нове кримінальне правопорушення, маючи судимість.

За загальним правилом, множинність кримінальних правопорушень вказує на підвищену суспільну небезпеку як особи – порушника кримінально-правової заборони, так і вчиненого такою особою. Відповідно до ст. 35 КК повторність, сукупність і рецидив кримінальних правопорушень є найбільш розповсюдженими (типовими) формами множинності кримінальних правопорушень, які враховуються при вирішенні низки кримінально-правових питань, у тому числі при кваліфікації кримінальних правопорушень.

Так, у нормах Особливої частини КК України, як вже зазначалось, повторність і рецидив нерідко фігурують як кваліфікуючі або особливо кваліфікуючі ознаки окремих кримінальних правопорушень. Саме у зв'язку з цим постає питання про відповідність таких норм Особливої частини КК України, закріпленому в ч. 1 ст. 61 Конституції України положенню, згідно з яким ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне і те саме правопорушення.

Як зауважувалося, вихідним для вирішення поставленого питання є те чи інше тлумачення принципу «non bis in idem». Щодо правової доктрини, то в літературі можна відшукати діаметрально протилежні позиції, відповідно до яких допускається або буквальне тлумачення положення ч. 1 ст. 61 Конституції України (заборона двічі засуджувати особу за одне і те саме кримінальне правопорушення, а отже, попереднє вчинення особою кримінального правопорушення може бути ознакою складу нового кримінального правопорушення, вчиненого цією особою), або поширювальне тлумачення розглядуваного конституційного припису (повторність вчинення кримінальних

правопорушень не може слугувати ознакою складу кримінального правопорушення, передбаченого в Особливій частині кримінального закону).

Аргументи супротивників застосування буквального тлумачення принципу «non bis in idem», які викладаються нижче, добре відомі, вони неодноразово висловлювалися на сторінках юридичної літератури.

Інколи принцип «non bis in idem» пов'язують з давньоримською правовою аксіомою щодо заборони піддаватися більше ніж одному обвинуваченню з тієї ж самої причини (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*). При бажанні ця аксіома може розшифровуватися як неможливість двічі враховувати один кримінальний делікт як при встановленні винуватості особи, так і при формуванні органами досудового розслідування обвинувачення.

Утім, такий варіант перекладу зазначеної юридичної максими не єдиний. Існує й інший: ніхто не повинен двічі судитись за однією і тією ж справою.

І найголовніше: із наведеної давньоримської правової аксіоми однозначно не впливає те, що факт вчинення особою злочину в минулому не повинен жодним чином враховуватись при визначенні обсягу обвинувачення у випадку вчинення цією особою нового кримінального правопорушення.

Вузьке (буквальне) розуміння принципу «non bis in idem» (не можна окремими вироками карати двічі за одне і те саме кримінальне правопорушення) виключає будь-які претензії до таких проявів множинності, як повторність і спеціальний рецидив: за їх наявності попередній факт кримінально проти поведінки не карається ще раз (повторно), а лише враховується у випадку вчинення нового кримінального правопорушення як обставина, що впливає на його кваліфікацію або на покарання за нього. Наявність факту попередньо вчиненого кримінального правопорушення не впливає на конструктивні ознаки основного складу кримінального правопорушення, скоєного особою знову.

При повторному вчиненні кримінального правопорушення особа притягується до кримінальної відповідальності не за кримінальне правопорушення, вчинений раніше, а за нове тотожне або однорідне

кримінальне правопорушення. Наприклад, якщо вчиняється грабіж, то, незважаючи на те, був винний судимий раніше за крадіжку чи така судимість була погашена, він підлягатиме відповідальності за відкрите викрадення чужого майна за ст. 186 КК України.

Тобто факт вчинення кримінального правопорушення в минулому загалом не впливає на кваліфікацію. Інша річ, що повторність грабежу є підставою для диференціації кримінальної відповідальності за це кримінальне правопорушення проти власності.

Досить чітко з цього приводу висловлюється О. Бойко, інтерпретуючи конституційну заборону на повторне засудження за одне і те саме кримінальне правопорушення. Зокрема, автор стверджує, що використання кримінальним законодавцем неодноразовості та судимості (рецидиву) як кваліфікуючих ознак основного складу умов для повторного (відособленого) покарання за вироком за те злочиння, яке вже раніше каралося за вироком іншого або цього ж суду, не утворює. Має місце обтяження відповідальності за нове кримінальне правопорушення ознакою повторності. Передбачений чинним кримінальним законодавством інститут множинності кримінального правопорушення принципу *non bis in idem* та ідеї рівності загалом і буквально не суперечить.

Сказане змушує замислитися над ще одним важливим питанням: чи справедливо при накладенні кримінальної відповідальності на особу, яка раніше вчинила кримінальне правопорушення, посилювати суворість кримінально-правової репресії з огляду на її попередній вчинок?

Особа, яка вперше вчинила кримінальне правопорушення, може і повинна в багатьох випадках розраховувати на застосування щодо неї різноманітних за своїм змістом заохочувальних норм, а покарання їй цілком справедливо може призначатися ближче до нижньої межі санкції. Натомість повторне вчинення кримінального правопорушення повинне не лише обмежувати дію «кримінальноправових привілеїв», а і проводити своєрідну межу між тим, хто вперше вчиняє кримінальне правопорушення, і тим, хто обирає інший шлях поведінки, нерідко стаючи професійним злочинцем.

Тому вчинення кримінального правопорушення повторно як кваліфікуюча ознака деяких складів кримінальних правопорушень справедливо посилює суворість покарання. Якщо посилення караності за той чи інший кваліфікований різновид кримінального правопорушення, пов'язаний з його фактичною та (або) юридичною повторністю, є не виправданим (прикро, але у багатьох випадках наявна несправедлива різниця в покараннях за кримінальні правопорушення з основним і кваліфікованим складами), то ця проблема може бути вирішена законодавцем шляхом оптимізації санкцій.

У законі має бути встановлена точна відповідність між тяжкістю (небезпечністю) кримінального правопорушення і ступенем суворості санкції кримінально-правової норми.

Загальновідомо, що в основу суворості кримінальних санкцій має лягати не лише тяжкість вчиненого діяння, ступінь його суспільної небезпеки (включаючи розмір і характер заподіяної шкоди, ступінь вини правопорушника тощо). На сьогодні у вітчизняній доктрині усталеним є підхід, який, зокрема, зводиться до того, що використання спеціального рецидиву як каліфікуючої ознаки, слугуючи диференціації кримінальної відповідальності, є потрібним заходом для посилення кримінальної відповідальності осіб, які мають антисоціальну установку, не бажають ставати на шлях законослухняної поведінки, вчинення нових кримінальних правопорушень з боку яких не є випадковістю і стосовно яких цілі покарання не були досягнуті.

Береться до уваги підвищена «рецидивнебезпечність» окремих кримінальних правопорушень, вчинення яких дозволяє особам удосконалювати свої кримінально протиправні навички, що призводить до зростання злочинного професіоналізму.

Чим насправді зумовлюється підвищена міра кримінальної відповідальності для осіб, котрі вчинюють кримінальні правопорушення повторно? Як таким фактом раніше вчиненого кримінального правопорушення? Вочевидь, що ні. Покарання посилюється у зв'язку з недосягненням мети раніше призначеного покарання (у випадку спеціального рецидиву) або через,



так би мовити, не випадковість діянь винного, обрання ним злочинного шляху, набуття злочинної звички (у разі фактичної повторності).

Якщо звернутись до спеціального рецидиву як кваліфікуючої ознаки, то можна вести мову про своєрідну помилку суду, який, засуджуючи особу за кримінальне правопорушення, вчинене у минулому, не зміг призначити покарання, необхідне для виправлення винного. Більш суворе покарання для особи, яка має судимість, є своєрідною гарантією недопущення нової помилки. Законодавець, так би мовити, «підказує» суду, що особа поступово стає професійним злочинцем з певною спеціалізацією, а тому потребує більш прискіпливого і суворого ставлення до себе.

Вчинення умисного кримінального правопорушення особою, яка має судимість, свідчить про її стійке небажання ставати на шлях законослухняної поведінки, що значною мірою підвищує суспільну небезпеку діяння. Судимість як кваліфікуюча ознака складу кримінального правопорушення є необхідною для підвищення відповідальності осіб, які мають антисоціальну установку, таких, що не бажають виправлятися, ігнорують негативну оцінку своєї протиправної діяльності з боку суспільства й держави.

Вчинення судимою особою кримінального правопорушення загалом не дозволяє стверджувати про випадковість таких дій. Відмова від спеціального рецидиву як кваліфікуючої ознаки буде стимулювати злочинну діяльність та означатиме лояльне ставлення держави до множинності кримінальних правопорушень. Наведені міркування, на нашу думку, узгоджуються з принципом справедливості у кримінальному праві. Саме принцип справедливості визначає індивідуалізацію відповідальності та покарання.

Принцип справедливості інколи визначають через сукупність двох складових – індивідуалізації відповідальності та рівності перед законом.

Не дискутуючи щодо цього підходу, зауважимо, що в будьякому разі рівність перед законом варто розглядати крізь призму принципу справедливості. У цьому аспекті варто пригадати, як визначав справедливість Аристотель. Він писав про дві її форми – зрівняльну і розподільну.

Якщо розглядати справедливість у зрівняльному аспекті, то, справді, кожна особа, котра вчинила кримінальне правопорушення, повинна мати рівні з іншими підстави та межі відповідальності (рівність усіх перед законом). Але відповідно до розподільної форми справедливості кожна особа підлягає «своїй» відповідальності, яка персоніфікується з урахуванням об'єктивних особливостей діяння та індивідуальних властивостей особи, яка його вчинила. І тут правило рівності вже не діє.

Так само не можуть бути рівними перед законом виконавець та організатор кримінального правопорушення; особа, яка вчинила закінчене кримінальне правопорушення і замах на нього; особа, котра вчинила кримінальне правопорушення вперше, і той, хто вчинив кілька кримінальних правопорушень, тощо. Кримінальне право – галузь права, в якій найбільшою мірою застосовується індивідуальний підхід у реалізації юридичної відповідальності.

Відмова від фактичної повторності (повторності, не пов'язаної із засудженням за попереднє кримінальне правопорушення) як кваліфікуючої ознаки може призвести до результату, протилежного очікуваному прибічниками такої ідеї. Спробуємо пояснити свою думку. Значне посилення караності кримінальних правопорушень, вчинюваних повторно, порівняно з караністю аналогічних одиничних кримінальних правопорушень вважається не виправданим.

Однак якщо фактична повторність як кваліфікуюча ознака з нашого КК зникне, то кожен із фактично вчинених тотожних кримінальних правопорушень отримуватиме самотійну (окрему) кримінально-правову оцінку, у тому числі на етапі остаточної кваліфікації вчиненого, що, вочевидь, матиме своїм наслідком призначення покарання за правилами, закріпленими у ст. 70 КК «Призначення покарання за сукупністю кримінальних правопорушень».

Так, на думку М. Хавронюка, у разі виключення вказівки на повторність із КК України повторне вчинення будь-якого кримінального правопорушення, за який особа раніше не була засуджена, незалежно від того, передбачений він

іншою чи тією самою статтею (частиною статті) КК, можна буде кваліфікувати за правилами про сукупність кримінальних правопорушень. У разі ж застосування ст. 70 КК остаточне покарання за певних умов може бути призначене в межах максимального строку, встановленого для певного виду покарання в Загальній частині КК.

Таким чином, не виключені ситуації, коли покарання, яке призначається на підставі норми КК, що передбачає повторність як кваліфікуючу ознаку, за суворістю буде поступатись покаранню, призначеному за правилами про сукупність кількох тотожних злочинів. Парадокс полягає в тому, що експлуатація неодноразовості та рецидиву (судимості) за гуманним варіантом (одноактна розправа за кваліфіковане кримінальне правопорушення замість формально припустимої кримінальної відповідальності за декілька деліктів) тлумачиться або може бути розцінена як порушення загальноправового принципу *non bis in idem*.

Досить часто прибічники поширюваного тлумачення принципу «*non bis in idem*» займають позицію, згідно з якою факт вчинення злочину в минулому має лише кримінологічне значення (стосується кримінологічних ознак особи злочинця). Однак не варто ігнорувати усталені в доктрині положення про те, що особа винного у вчиненні кримінального правопорушення вивчається різними юридичними науками, включаючи кримінологію і кримінальне право, і про те, що з кримінально-правової точки зору ця особа характеризується:

- 1) особливостями, які стосуються її як суб'єкта кримінального правопорушення і впливають на кваліфікацію;
- 2) особливостями, які стосуються особи винного і враховуються при індивідуалізації покарання.

Узагалі з приводу того, що при визначенні суспільної небезпеки кримінального правопорушення не повинні ігноруватись властивості його суб'єкта, можна наводити чимало висловлювань багатьох відомих фахівців з кримінального права. Разом з цим у результаті емпіричних досліджень сучасним українським науковцем В.Л. Чубаревим було доведено, що кількість

вчинених кримінальних правопорушення є одним із факторів, які визначають тяжкість кримінально протиправного діяння.

Ми визнаємо, що обставини, які визначають суспільну небезпеку кримінального правопорушення (у тому числі різні прояви множинності), потребують у сучасних умовах перегляду. Однак кваліфікована відповідь на питання, в якому вигляді (обсязі тощо) для потреб диференціації кримінальної відповідальності має використовуватись суспільна небезпека особи кримінального правопорушника, може бути дана лише в результаті спеціальних (у тому числі кримінологічних) досліджень.

До того ж, якщо сприйняти тезу про винятково кримінологічне значення особи винного і бути послідовним, то з п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України треба виключати вказівку на особу винного. Адже це, мовляв, не кримінально-правове, а кримінологічне поняття, а отже, йому не місце в тексті кримінального закону.

Варто застерегти і від такого тлумачення принципу «non bis in idem», за якого посилення покарання за вчинення кримінальне правопорушення, кваліфікуючою ознакою якого виступає повторність або спеціальний рецидив, заперечується, і водночас допускається призначення за кримінальне правопорушення, вчинене повторно, більш суворого покарання в межах санкції норми Особливої частини КК.

Постає питання: чому врахування повторності і рецидиву при призначенні покарання (як обтяжуючої обставини, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 67 КК, або як показника особи винного) не може розцінюватись як порушення принципу «non bis in idem» у широкій інтерпретації цього принципу?

Адже і тут ми спостерігаємо нашарування попередньої кримінально значимої поведінки. Вочевидь, немає принципової різниці в тому, що це нашарування та, як наслідок, посилення кримінально-правового обтяження має місце не при інкримінуванні певного складу кримінального правопорушення, а при призначенні покарання. І в першому, і в другому випадку факт вчинення

особою кримінального правопорушення в минулому впливає на кримінальну відповідальність цієї особи.

Виходить, що і п. 1 треба виключати з ч. 1 ст. 67 КК як норму, яка нібито суперечить принципу «non bis in idem». Схиляючись до думки про збереження повторності та рецидиву як кваліфікуючих ознак окремих складів кримінальних правопорушень, звернемось до відповідного законодавчого досвіду низки зарубіжних країн. Так, за законодавством багатьох країн (це, зокрема, Австрія, Бельгія, Італія, Куба, Польща, Угорщина, Туреччина, Франція, Швеція, Японія) покарання за рецидив (на відміну від України) призначається із перевищенням максимального розміру покарання, закріпленого у санкції кримінально-правової норми, інкримінованої винному.

Більше того: у деяких країнах при такому збільшенні покарання береться до уваги однорідність чи різнорідність раніше вчиненого і нового кримінального правопорушення (інакше кажучи, враховується набуття особою злочинного професіоналізму). Показово, що передбачений § 83 КК Данії порядок, за якого покарання подвоюється, якщо особа, відбуваючи покарання у виді позбавлення волі, вчиняє певне кримінальне правопорушення, справедливо розцінюється у вітчизняній літературі як вирішення датським законодавцем проблеми запобігання рецидивній злочинності.

Продовжуючи вести мову про зарубіжний досвід, який насправді є багатограним (неоднозначним) і, на нашу думку, вимагає більш прискіпливого осмислення в контексті розглядуваних проблем, зазначимо і таке. Можна по-різному ставитись до теорії «небезпечного стану особи», але навряд чи варто ігнорувати те, що вона фактично втілена в кримінальному законодавстві низки зарубіжних країн, які ми можемо називати такими, що характеризуються високим рівнем правового розвитку. У законодавстві цих країн для позначення осіб, які становлять підвищену небезпеку для суспільства, використовуються звороти на кшталт «звичний злочинець», «професійний злочинець», «закоренілий злочинець» тощо. І при визначенні виду та обсягу кримінально-правового обтяження за вчинені такими особами злочини обов'язково

враховується специфічний статус цих осіб; іншими словами, береться до уваги не лише те, що вчинено, а і те, хто це вчинив (за вітчизняною кримінально-правовою термінологією враховується, зокрема, суспільна небезпека особи винного).

## **2. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У РАЗІ НАЯВНОСТІ В ДІЯННЯХ ОСОБИ ПОВТОРНОСТІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ**

Проблема кваліфікації елементів повторності кримінальних правопорушень з року в рік не втрачає своєї актуальності оскільки у науці кримінального права та у провозастосовчій практиці досі немає єдиного підходу до кримінально-правової оцінки вчинення особою повторних кримінальних правопорушень. Зокрема, це питання фактично не регламентовані у КК.

Аналіз постанов Пленуму Верховного Суду України також дає підставу констатувати відсутність єдиної позиції щодо кваліфікації окремих видів множинності кримінальних правопорушень.

Наприклад, 4 червня 2010 року Пленум Верховного Суду України ухвалив Постанову № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки», зазначивши у преамбулі до неї, що «окремі суди допускають помилки у застосуванні цих норм КК, по-різному визначають співвідношення цих норм між собою та з іншими положеннями КК». До цього варто додати, що серед цих «окремих судів» є й сам Верховний Суд. зокрема, у п. 7 вказаної постанови зазначено, що кожен із кримінальних правопорушень, які утворюють повторність, має бути предметом самостійної кримінально-правової оцінки. В той же час, в тій же постанові вказано, якщо кримінальні правопорушення, які утворюють повторність, відповідають одному і тому самому складу кримінального правопорушення (наприклад, три крадіжки, поєднані з проникненням у житло, п'ять розбоїв, вчинених організованою групою, тощо),

їх кваліфікація здійснюється за однією статтею або частиною статті особливої частини КК.

Розбіжності щодо кваліфікації повторності кримінальних правопорушень пов'язані у тому числі і з різним тлумаченням таких ситуацій й у інших постановах Пленуму Верховного суду України.

Наприклад, у п. 15 постанови від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» зазначається, що ознакою «повторність щодо одержання хабара та давання хабара» охоплюється як перший, так і наступні злочини, тому кваліфікувати перший з них додатково ще й за ч. 1 ст. 368 КК чи ст. 369 КК не потрібно.

Коли ж йдеться про кримінальні правопорушення проти особи, то Верховний Суд України рекомендує кваліфікувати кожне повторне посягання окремо.

Так, у п. 6 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» зазначено, що дії винної особи належить кваліфікувати за сукупністю злочинів відповідно до вимог ст. 33 КК при вчиненні двох або більше зґвалтувань чи насильницьких задоволень статевої пристрасті неприродним способом, відповідальність за які передбачена різними частинами ст. 152 або ст. 153 цього Кодексу. Це правило застосовується і тоді, коли перший злочин було вчинено без обтяжуючих обставин, а другий кваліфікується за ч. 2 ст. 152 чи ч. 2 ст. 153 КК лише за ознакою його повторності. Таким же чином слід кваліфікувати і дії винної особи, якщо вчинені нею злочини мали різні стадії, а також коли один із злочинів вона вчинила одноособово чи як виконавець (співвиконавець), а при вчиненні іншого була організатором, підбурювачем або пособником.

У п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» зазначено, що коли винний не був засуджений за раніше вчинене вбивство чи готування до нього або замах на нього, ці його дії підлягають

самостійній кваліфікації, а повторно вчинене вбивство кваліфікується за п. 13 ч. 2 ст. 115 КК. Окремо кваліфікуються діяння й у випадках, коли спочатку було вчинено закінчене умисне вбивство, а потім — готування до такого ж злочину чи замах на нього.

У п. 13 постанови Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 р. № 10 «Про судову практику у справах про хуліганство» зазначається, що у разі коли хуліганські дії містять ознаки, передбачені різними частинами ст. 296 КК, одночасна їх кваліфікація за цими нормами закону можлива тільки за наявності реальної сукупності злочинів. Наприклад, хуліганство, що складається з кількох епізодів, перший із яких характеризувався особливою зухвалістю, другий, крім того, — застосуванням зброї, а третій — опором представникові влади, необхідно кваліфікувати за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених відповідно частинами 1, 3, 4 ст. 296 КК.

Такий стан речей спричиняє різну кваліфікацію повторності злочинів судами усіх ланок. Разом з цим у науковій літературі неодноразово наголошувалося на тому, що такий підхід не відповідає принципам кримінально-правової кваліфікації, оскільки з проведеної кваліфікації взагалі не видно, що особа вчинила декілька кримінальних правопорушень повторно. Навпаки видається, що особа вчинила одне кримінальне правопорушення, отже, і покарання їй буде призначатись як за вчинення одного кримінального правопорушення. Тому у вказаному випадку вчені пропонують кваліфікувати за ч. 3 ст. 185 КК України стільки разів, скільки разів особа вчинила крадіжку з проникненням у житло. Окрім цього, особливістю цього випадку є те, що кожен з кримінальних правопорушень, які вчинені повторно, містить більш тяжчу кваліфікуючу ознаку «проникнення у житло», тому перше ж кримінальне правопорушення слід кваліфікувати за ч. 3 ст. 185 КК України.



### **3. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У РАЗІ НАЯВНОСТІ В ДІЯННЯХ ОСОБИ СУКУПНОСТІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ**

У розділі VII Загальної частини КК України «Повторність, сукупність та рецидив кримінальних правопорушень» визначено нормативний зміст вказаних проявів множинності кримінальних правопорушень і встановлено деякі особливості кримінальної відповідальності за них. Однак, як зазначено у науці кримінального права, кримінально-правовий зміст різних форм множинності кримінальних правопорушень законодавець сформулював так, що деякі з цих форм не виключають одна одну.

Наприклад, формулювання, яке міститься у ч. 1 ст. 33 КК України – «сукупністю кримінальних правопорушень визнається вчинення особою двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених різними статтями або різними статтями або різними частини однієї статті...», – дає підставу віднести таку ознаку до повторності кримінальних правопорушень, адже повторність також може бути утворена завдяки поєднанню двох кримінальних правопорушень, передбачених різними статтями або різними частинами однієї статті. Відповідно вчинені особою кримінальні правопорушення одночасно можуть утворювати сукупність і повторність. Така ситуація створює труднощі у кваліфікації кримінальних правопорушень. Окрім цього, щодо цілої низки питань реалізації сукупності, повторності і рецидиву кримінальних правопорушень у науці кримінального права є діаметрально протилежні позиції, а практика застосування норм допускає помилки.

У кримінально-правовій літературі зазначається: щоб встановити наявність сукупності кримінальних правопорушень, необхідно з'ясувати, що:

а) суб'єкт кримінального правопорушення одноособово або у співучасті з іншими суб'єктами кримінального правопорушення вчинив два чи більше самостійних одиничних кримінальних правопорушень. Можливе найрізноманітніше поєднання таких кримінальних правопорушень, вони можуть бути закінченими чи незакінченими, умисними чи необережними, простими або ускладненими (триваючими, продовжуваними, складеними

(складними), кримінальними правопорушеннями, що кваліфікуються за наслідками) тощо. Так, особа може вчинити два або більше простих одиничних кримінальних правопорушення або одне просте, а друге – триваюче чи продовжуване. Організована група, наприклад, може вчинити два ускладнених кримінальні правопорушення або просте і ускладнене кримінальне правопорушення тощо;

б) кожне з цих кримінальних правопорушень передбачено окремою статтею Особливої частини КК, тобто кількість статей, за якими кваліфікуються діяння особи, дорівнює кількості вчинених нею кримінальних правопорушень. Іноді можлива сукупність кримінальних правопорушень, передбачених різними частинами однієї статті Особливої частини КК, якщо ці частини передбачають різні самостійні склади кримінальних правопорушень, а не кваліфікуючі ознаки одного складу кримінального правопорушення (наприклад, ч. 1 і 4 ст. 358 КК містять два самостійні одиничні кримінальні правопорушення: а) підроблення посвідчення або іншого офіційного документа і б) використання завідомо підробленого документа).

Окрім цього, відповідно до абз. 2 п. 8 постанови ПВСУ від 04 червня 2010 р. № 7 «сукупність можуть утворювати також кримінальні правопорушення, передбачені однією і тією ж статтею або частиною статті Особливої частини КК, якщо:

- 1) вони вчинені неодноразово і за наступне кримінальне правопорушення новою редакцією відповідної статті чи частини статті Особливої частини КК передбачено новий за своїм змістом склад кримінального правопорушення;
- 2) вони вчинені неодноразово і за наступне кримінальне правопорушення новою редакцією відповідної статті чи частини статті Особливої частини КК посилено кримінальну відповідальність;
- 3) вчинені кримінальні правопорушення мають різні стадії;
- 4) було вчинено закінчений замах на кримінальне правопорушення та незакінчений замах на кримінальне правопорушення;
- 5) одне чи декілька кримінальних правопорушень особа вчинила самостійно

(одноособово) чи була його (їх) виконавцем (співвиконавцем), а інше (інші) вчинила як організатор, підбурювач чи пособник;

б) одне кримінальне правопорушення особа вчинила як організатор, підбурювач чи пособник, а при вчиненні іншого була іншим співучасником»;

в) всі кримінальні правопорушення, що входять у сукупність, повинні бути вчинені до засудження суб'єкта (постановлення обвинувального вироку суду), принаймні за одне із них;

г) не вплинули строки давності притягнення суб'єкта до кримінальної відповідальності як мінімум за одне із двох кримінальних правопорушень, що становлять сукупність;

д) для кваліфікації множинності кримінальних правопорушень як сукупності не можна враховувати кримінальне правопорушення, яке було декриміналізовано або за вчинення якого особу було звільнено від кримінальної відповідальності за підставами, встановленими законом (наприклад, у зв'язку з дійовим каяттям, закінченням строків давності тощо).

Отже, можна сказати, що ознаками сукупності кримінальних правопорушень є:

- вчинення двох окремих кримінальних правопорушень;
- кожен з кримінальних правопорушень зберігає кримінально-правове значення;
- за жоден з кримінальних правопорушень особа не була засуджена;
- вчинені кримінальні правопорушення, передбачені окремими статтями (частинами статей) Особливої частини КК.

Традиційно в науці кримінального права виділяють реальну й ідеальну сукупність кримінальних правопорушень. Оскільки реальна та ідеальна сукупність кримінальних правопорушень є її видами, то вони характеризуються такими ж ознаками, що і сукупність кримінальних правопорушень, а також своїми видовими ознаками.

У спеціальній літературі під ідеальною сукупністю розуміють випадки, коли особа одним діянням вчиняє одночасно два і більше кримінальні

правопорушення. Тобто особливою її ознакою є кількість діянь, а саме два або більше кримінальних правопорушень вчиняються одним і тим же діянням. Діяння, що утворює ідеальну сукупність кримінальних правопорушень, може складатися як з одного руху (фізичної дії), так і з декількох рухів (фізичних дій), об'єднаних в одне діяння за змістом свого вияву. Оскільки два або більше кримінальних правопорушень вчиняються одним діянням, вони вважаються вчиненими водночас. Таким чином, ідеальна сукупність не може бути розірвана у часі. Слід сказати, що така ознака, як час вчинення кримінального правопорушення дає можливість розмежувати ідеальну сукупність і повторність кримінальних правопорушень. Адже повторність кримінальних правопорушень утворюють два і більше кримінальних правопорушень, вчинених неодноразово, тобто розірвані між собою у часі кримінальні правопорушення.

Слід відзначити, що у науці кримінального права є різні підходи щодо розуміння ідеальної сукупності кримінальних правопорушень. Перша позиція полягає у тому, що ідеальна сукупність кримінальних правопорушень є видом множинності кримінальних правопорушень, а друга позиція – це різновид одиничного кримінального правопорушення.

Про спільні ознаки сукупності і повторності кримінальних правопорушень згадує О.В. Колос у своєму монографічному дослідженні з цієї проблематики. Зокрема, для кримінально-правового змісту сукупності та повторності кримінальних правопорушень спільними є такі ознаки:

а) формулювання, яке міститься у ч. 1 ст. 33 КК України – «сукупність кримінальних правопорушень визнається вчинення особою двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених різними статтями або різними частинами однієї статті...», – дає підставу віднести цю ознаку до спільних із повторністю кримінальних правопорушень, оскільки остання також може бути утворена завдяки поєднанню двох кримінальних правопорушень, передбачених різними статтями або різними частинами однієї статті;

б) сукупність кримінальних правопорушень відображається, а повторність може бути відображена двома або більше різними юридичними складами кримінальних правопорушень (наприклад, повторність однорідних кримінальних правопорушень або повторність кримінальних правопорушень одного виду з урахуванням стадій вчиненого кримінальних правопорушень або з урахуванням форми співучасті);

в) на відміну від ідеальної сукупності, реальна сукупність і повторність утворюються лише у разі вчинення кримінальних правопорушень у різний час;

г) сукупність утворюється, а повторність може бути утворена і в тому разі, коли на час вчинення наступного кримінального правопорушення особа взагалі не була засуджена.

Значний прогрес у вирішенні питань кваліфікації сукупності злочинів досягнуто прийняттям постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» № 7 від 04.06.2010.

До цього Верховним Судом України видавалися лише узагальнення судової практики з указаних питань. Зокрема вказаною Постановою було більш чітко визначено відмежування ідеальності сукупності злочинів від одиничного злочину, вперше запропоновано враховувати не тільки наскільки охоплюється складом злочину певне діяння, а й враховувати зміст санкцій відповідних статей тощо.

Підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що, не зважаючи на наявність офіційних роз'яснень Пленуму Верховного Суду України щодо практики застосування законодавства про множинність злочинів, питання кваліфікації сукупності злочинів містить значну кількість практичних та теоретичних проблем. Вони обумовлені недосконалістю законодавчої техніки, відсутністю чітких правил кваліфікації сукупності злочинів та їх відмежування від інших видів множинності.

#### **4. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ ПРО РЕЦИДИВ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ**

Далі ми звернемо увагу саме на рецидив кримінальних правопорушень. Взагалі, слово «рецидив» у перекладі з латинської означає «той, що відновлюється», «повторюється».

Відповідно до статті 34 ККУ: «Рецидивом кримінальних правопорушень визнається вчинення нового умисного кримінального правопорушення особою, яка має судимість за умисне кримінальне правопорушення».

Але можна погодитись з думкою Б.М.Телефанко, що назва статті не узгоджується з її диспозицією. Адже відповідно до визначення ст. 34 КК України, її назва мала би бути «рецидив умисних злочинів», тому що назва «рецидив злочинів» повинна включати злочини, вчинені з необережності та судимість за необережний злочин. Рецидив має такі ознаки:

- Особа (або група осіб) вчиняє два чи більше самостійних і обов'язково умисних кримінальних правопорушень
- кожне з учинених кримінальних правопорушень є одиничним кримінальним правопорушенням різних видів (просте або складне) - рецидив кримінальних правопорушень віддалений у часі
- особа повинна мати не зняту або не погашену судимість за попереднє кримінальне правопорушення.

Можна погодитися з думкою Устрицької Н.І., що при призначення рецидиву слід встановити чи враховуються лише судимості, що виникають відповідно до вироків судів України, чи й засудження в інших державах.

Зокрема у ч. 2 ст. 9 КК України зазначено, що рецидив злочинів, невідбуте покарання або інші правові наслідки вироку іноземної держави враховуються при кваліфікації нового злочину, призначенні покарання, звільненні від кримінальної відповідальності або покарання.

Є різноманітні класифікації рецидиву кримінальних правопорушень, але найбільш визнаною у науці кримінального права є класифікація за такими підставами:

- за характером вчинених кримінальних правопорушень;
- за кількістю судимостей;
- за ступенем суспільної небезпечності.

У свою чергу, за характером вчинених кримінальних правопорушень рецидив поділяється на:

а) загальний рецидив - коли особа вчиняє нове кримінальне правопорушення, не тотожне і не однорідне з попереднім

б) спеціальний рецидив - коли особа вчиняє нове умисне кримінальне правопорушення, тотожне або однорідне з попереднім

За кількістю судимостей рецидив поділяють на:

а) простий - коли особа, що вчиняє нове кримінальне правопорушення, має одну судимість

б) складний - коли особа, що вчиняє нове кримінальне правопорушення, має дві або більше судимостей

3. За ступенем суспільної небезпечності рецидив поділяють на:

а) пенітенціарний - коли особа, яка відбуває покарання у вигляді позбавлення волі, вчиняє нове кримінальне правопорушення, за яке засуджується до позбавлення волі.

б) рецидив тяжких або особливо тяжких злочинів - коли особа має судимість за такі кримінальні правопорушення незалежно від послідовності їх вчинення.

Варто зауважити, що якщо після вчинення особою нового кримінального правопорушення виникли обставини, які усувають підстави для визнання вчинених нею діянь рецидивом, то судам необхідно брати до уваги, що рецидив кримінальних правопорушень у поведінці такої особи відсутній.

У такому випадку всі несприятливі для особи наслідки, які є наслідками вчинення рецидиву кримінальних правопорушень, втрачають своє правове значення.

Хоча з іншого боку можна погодитись з думкою Б.М. Телефанко, що в деяких випадках необхідно враховувати судимість, якщо навіть вона погашена

або знята. Також професор наголошує, що потрібно враховувати наявність у минулому в особи, засудженої до позбавлення волі, однієї чи декількох судимостей, хоча і знятих чи погашених, для визначенні їй виду виправної колонії. І це правильно, оскільки особа, яка вже відбувала покарання в місцях позбавлення волі, у разі повторного направлення у виправну колонію має утримуватись окремо від інших засуджених (які вперше потрапили до виправної установи), щоб не впливати на них негативно, не розповсюджувати вільно субкультуру злочинного світу.

Таким чином, рецидив кримінальних правопорушень має важливе значення під час здійснення кваліфікації кримінальних правопорушень, а також призначення покарання.

Отже, все вищесказане дає підстави зробити такі висновки: назва ст. 34 КК України не узгоджується з її диспозицією. Відповідно до визначення ст. 34 КК України, її назва мала би бути «рецидив умисних кримінальних правопорушень»; особі, яка має статус рецидивіста, повинно призначатися більш суворе покарання, оскільки рецидивіст – це ознака особи винуватого, а не суб'єкта кримінального правопорушення; рецидивістами необхідно визнавати тільки тих осіб, які вже відбували покарання в місцях позбавлення волі, мають непогашену або не зняту судимість, і це також впливає з етимології слова «рецидив» (повернутись, відновитись); доцільно було б у нормах статей Особливої частини КК України вживати словосполучення «особа, яка має непогашену або незняту судимість» замість «раніше судима».

### **МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ**

Під час лекції розглядаються лише базові, основоположні теоретичні поняття та проблеми визначені у плані лекції.

При підготовці теми, слухачам слід враховувати різнобічні наукові підходи до визначення та розуміння деяких питань.



Для вдалого засвоєння цієї теми, слухачам рекомендується звернутись не лише до базового (обов'язкового) списку літератури, а й до інших наукових джерел, які можна знайти у бібліотеці університету.

Так, під час розгляду теми, слід, також, використовувати наукові праці як українських, так і зарубіжних вчених. Однак, опрацьовувати додаткову літературу слід з урахуванням національної доктрини, особливостей правової системи України.

**ТЕМА 5. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО  
ЗАКОНОДАВСТВА У РАЗІ СПІВУЧАСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ  
ПРАВОПОРУШЕННІ  
( 2 години)**

**ПЛАН ЛЕКЦІЇ:**

1. Проблеми застосування кримінального законодавства у разі вчинення кримінального правопорушення групою осіб без попередньої змови.
2. Актуальні питання застосування кримінального законодавства у разі вчинення кримінального правопорушення групою осіб за попередньою змовою.
3. Проблеми застосування кримінального законодавства у разі вчинення кримінального правопорушення організованою групою.
4. Актуальні питання застосування кримінального законодавства у разі вчинення злочину злочинною організацією.

**РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:**

1. Дудоров О. Кримінально-правові проблеми сучасної України (вибрані праці). Київ: Ваіте, 2022. 632 с.
2. Актуальні проблеми формування сучасної доктрини кримінального права України : монографія / В. Я. Тацій, Л. М. Демидова, В. І. Борисов та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація, Л. М. Демидової, В. І. Борисова. Харків : Право, 2021. 632 с.

3. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / А. А. Васильєв, Є. О. Гладкова, О. О. Житний та ін. ; за заг. ред. проф. О. М. Литвинова; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2020. 428 с.

4. Федорович Н. А. Кваліфікація діянь співучасників кримінального правопорушення зі спеціальним суб'єктом, усю об'єктивну сторону якого виконує особа, яка не наділена ознаками спеціального суб'єкта. Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. Вип. 88 / редкол.: Г. І. Чанишева (голов. ред.) та ін. Одеса : Гельветика, 2020. С. 135-142.

### **МЕТА ЛЕКЦІЇ:**

Ця лекція має таку мету:

- ✓ навчальна: формування знань про сучасні динамічно-перемінні актуальні теоретичні та прикладні проблеми застосування кримінального законодавства у разі співучасті у кримінальному правопорушенні;
- ✓ розвиваюча – формування пізнавальної активності здобувачів освіти, залучення їх у процес наукового пошуку для подальшого самостійного осмислення ними перспектив та головних напрямів розв'язання зазначених проблем;
- ✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи функціонування правової держави. Формувати ціннісні орієнтири відповідно до ідеалів гуманізму, демократії, соціальної справедливості, поваги до особи; виховувати активну громадянську позицію; сприяти усвідомленню ролі та значення юридичної діяльності в розбудові та зміцненні української держави; формувати у працівників поліції високий рівень правової свідомості та правової культури, професійних та особистісних якостей.

### **ВСТУП**

Незважаючи на понад 200-річну історію вивчення інституту співучасті, у доктрині кримінального права і на сьогодні спостерігаються значні розбіжності в думках щодо актуальних питань співучасті, а недостатньо чітка регламентація

їх в законі про кримінальну відповідальність призводить до помилок при кваліфікації кримінальних правопорушень.

Юридичною наукою поки що не сформульовано усталеної позиції з низки серйозних питань, які стосуються інституту співучасті у кримінальному правопорушенні. Маються на увазі, зокрема: неоднакове тлумачення форм співучасті, описаних у ст. 28 КК України, їх співвідношення між собою, а так само форм і видів співучасті у кримінальному правопорушенні; кваліфікація співучасті у кримінальному правопорушенні зі спеціальним суб'єктом і особливо у тих випадках, коли особа, яка не наділена ознаками спеціального суб'єкта кримінального правопорушення, виконує його об'єктивну сторону; кваліфікація кримінальних правопорушень, вчинених групою осіб за попередньою змовою, якщо така кваліфікуюча ознака в статті Особливої частини КК України не передбачена або у ній передбачено тільки більш небезпечну форму співучасті – організовану групу; можливість інкримінування кваліфікуючої ознаки «вчинення кримінального правопорушення за попередньою змовою групою осіб» у випадках не технічного, а юридичного розподілу ролей між співучасниками; кваліфікація діянь співвиконавців і кримінальних правопорушень, вчинюваних у складі злочинних організацій; перспективи існування такої форми співучасті, як організована група тощо.

## **1. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У РАЗІ ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ ГРУПОЮ ОСІБ БЕЗ ПОПЕРЕДНЬОЇ ЗМОВИ**

У чинному законодавстві України про кримінальну відповідальність різні форми спільної кримінально протиправної діяльності декількох суб'єктів названі за допомогою терміну «група». Результати дослідження історії лексичної еволюції цього слова свідчать про те, що перед тим, як стати надбанням соціально-психологічного знання, проблема пізнання цілісних характеристик, які визначають своєрідність та специфічність групи людей, сформувалася як проблема соціальної дійсності. На підтвердження цього М.Г.

Ярошевський стверджував, що таке соціальне явище, як малі групи, зовсім не є породженням XX століття. Вони такі самі давні, як і людство. Але саме наша епоха перетворила їх у проблему.

На дослідження групи як нормативно організованого соціального утворення були спрямовані зусилля багатьох провідних теоретиків і практиків. Проте це явище виявилось таким складним, що, визначаючи його, науковці вважають за краще вказати цілий перелік ознак, кількість яких воліє до нескінченності.

Якщо вести мову про більш суворе психологічне визначення групи, то це обмежена в розмірах спільнота, яка виділена з соціального цілого на підставі певних ознак (характеру виконуваної діяльності, соціальної належності, структури, композиції, рівня розвитку тощо).

Таким чином можна дійти висновку про те, що група, в цілому, є нормативно організованим соціальним середовищем, яке забезпечує умови для формування соціально важливих якостей особистості, здійснення її діяльності. Безпосередність взаємодії членів будь-якої групи актуалізує психологічні механізми. Злочинні групи не є винятком. Крім того, соціальна ізоляція та відчуженість цих груп обумовлюють багатократне зростання даного становища. Механізм впливу на кожного учасника групи однаковий і в злочинних групах, і в тих, які відповідають вимогам суспільства. Різниця полягає лише в інтенсивності такого впливу, а також у характері групових санкцій.

В Особливій частині КК України вчинення кримінального правопорушення групою осіб передбачене в якості ознаки основного складу кримінального правопорушення, кваліфікуючої чи особливо кваліфікуючої ознаки. Звертає на себе увагу той факт, що вчинення кримінального правопорушення групою осіб без попередньої змови у випадках, коли це спеціально не передбачено статтею Особливої частини КК України, залишилося поза увагою законодавця в ст. 67 КК України, на відміну від кримінального правопорушення, вчиненого за попередньою змовою групою осіб. Проте, як свідчить судова практика, факти групового посягання мають

місце при вчиненні й інших кримінальних правопорушень, у статтях про які законодавець не передбачив відповідної кваліфікуючої ознаки.

Наприклад, Ківерцівський районний суд Волинської області в ході розгляду кримінальної справи з обвинувачення осіб Ж. і З. встановив, що особа Ж. спільно з особою З. грубо порушили громадський порядок з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалося особливою зухвалістю. За повідомленням про даний факт вчинення кримінального правопорушення на місце події прибули співробітники поліції, які запропонували особам Ж. та З. припинити кримінально протиправні дії та дати пояснення з приводу вчиненого. Останні проігнорували законну вимогу працівників поліції та чинили їм опір при затриманні. Суд дійшов висновку про доведеність факту вчинення підсудними групового опору працівникам правоохоронного органу під час виконання ними службового обов'язку.

Поняття кримінального правопорушення, вчиненого групою осіб, сформульоване у ч. 1 ст. 28 КК України, де вказуються його ознаки:

- 1) кількісна – два або більше виконавців;
- 2) роль кожного з учасників групи у вчиненні кримінального правопорушення – виконавець;
- 3) ступінь згуртованості співвиконавців характеризується відсутністю попередньої змови між ними.

Перша з наведених вище ознак групи осіб не викликає заперечень ні в теорії кримінального права, ні на практиці. Стосовно ж вимог, яким повинні відповідати учасники такої групи, то у науці кримінального права та правозастосовній діяльності не досягнуто єдності думок. За загальним правилом, вчинення кримінального правопорушення групою осіб має місце тільки при посяганні таких осіб, які наділені ознаками суб'єкта кримінального правопорушення та підлягають кримінальній відповідальності

Дійсно, поняття співучасті у злочині, закріплене в ст. 26 КК України, унеможлиблює кваліфікацію злочину, як вчиненого групою осіб, тоді, коли

лише одна особа наділена ознаками суб'єкту та підлягає кримінальній відповідальності.

Для кваліфікації посягання, як вчиненого групою осіб без попередньої змови, недостатньо наявності лише кількісної ознаки, необхідно встановити узгоджений характер дій учасників такої групи. Йдеться про умисну спільність, тобто про специфіку діяння, вчиненого співучасниками, особливості зв'язку дій кожного з них із діями інших осіб і зі спільно вчиненим кримінальним правопорушенням. Підкреслюючи суб'єктивні моменти ознаки спільності, розгляд її як в об'єктивній, так і в суб'єктивній площинах дає змогу найповніше розкрити її зміст.

## **2. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У РАЗІ ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ ГРУПОЮ ЗА ПОПЕРЕДНЬОЮ ЗМОВОЮ**

В Особливій частині КК України вчинення кримінального правопорушення за попередньою змовою групою осіб передбачене в якості кваліфікуючої чи особливо кваліфікуючої ознаки. Водночас, на практиці мають місце випадки вчинення й інших посягань за попередньою змовою групою осіб, які не увійшли до їх числа. Наприклад, посягання на життя державного чи громадського діяча (ст. 112 КК) або на життя представника іноземної держави (ст. 443 КК), заподіяння тяжких тілесних ушкоджень (ст. 121 КК), зґвалтування (ст. 152 КК), незаконна порубка лісу (ст. 246), опір представнику влади, працівнику правоохоронного органу, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцю (ст. 342 КК) тощо.

Крім того, в диспозиціях усіх статей, де в якості ознаки основного складу, кваліфікуючої або особливо кваліфікуючої ознаки передбачено вчинення кримінального правопорушення менш суспільно небезпечним видом групи – без попередньої змови, вчинення кримінального правопорушення більш суспільно небезпечним її видом, а саме групою осіб за попередньою змовою

співучасників – не передбачено. А слідчо-судова практика свідчить про можливість вчинення вказаних кримінальних правопорушень за попередньою змовою групою осіб. Так, наприклад, Прилуцький міськрайонний суд Чернігівської області, розглянувши справу щодо обвинувачення осіб К. та Л. у вчиненні, окрім інших, кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 152 КК України, встановив, що підсудні діяли за попередньою змовою між собою. Так, підсудний К., вчинивши розбійний напад на потерпілу М., у ході якого наніс їй удар ногою в спину, від чого остання впала, та ще три удари ногою в обличчя та тулуб, від чого жінка втратила свідомість, запропонував підсудному Л., який цим часом підбіг до нього, вчинити статевий акт з потерпілою, на що останній погодився. Скориставшись безпорадним станом потерпілої, підсудні К. та Л. по черзі вступили в статевий акт з жінкою. За таких обставин суд кваліфікував дії підсудних К. та Л. за ч. 3 ст. 152 КК України як зґвалтування, вчинене групою осіб. Серед обставин, які суд врахував у якості обтяжуючих покарання підсудних, факт вчинення кримінального правопорушення за попередньою змовою групою осіб не знайшов свого відображення.

Таким чином, на практиці має місце судження, що кваліфікуюча ознака «вчинення кримінального правопорушення групою осіб» охоплює, як вчинення кримінального правопорушення групою осіб за попередньою змовою, так і без такої. В теорії кримінального права така позиція дістала як підтримку, так і заперечення серед науковців.

Для вирішення дискусії з даного питання слід звернутися до аналізу законодавчого визначення змісту поняття «вчинення кримінального правопорушення групою осіб», до якого юридична ознака ч. 1 ст. 28 КК України «без попередньої змови» включена як обов'язкова, а не як альтернативна. Таким чином, формулювання кваліфікації таких кримінально протиправних діянь, як «вчинення кримінального правопорушення групою осіб» не може не тільки охоплювати поняття «вчинення кримінального правопорушення за попередньою змовою групою осіб», «вчинення

кримінального правопорушення організованою групою», а й представляти їх в Особливій частині КК України. Тож слушним було б роз'яснення терміна «група осіб» в Загальній частині Кримінального кодексу України, як, наприклад, ознаки, що характеризує вчинення кримінального правопорушення групою осіб без попередньої змови, за попередньою змовою, організованою групою, якщо інше не оговорено в статті Особливої частини цього Кодексу.

В науці кримінального права питання про зміст кваліфікуючої ознаки «вчинення кримінального правопорушення за попередньою змовою групою осіб» у нормах Особливої частини КК України залишається дискусійним. Зокрема, суперечливе вирішення даного питання зумовлено відсутністю в ч. 2 ст. 28 КК України прямої вказівки законодавця на характер виконуваних співучасниками ролей.

Судова практика йде різними шляхами у вирішенні даного питання. Так, наприклад, Володимирецький районний суд Рівненської області, розглянувши у відкритому засіданні справу щодо обвинувачення Р. за ч. 3 ст. 185 КК України та С. за ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 185 КК України, встановив, що Р., отримавши від підсудного С. раду та необхідну інформацію про місцезнаходження предмета посягання та адресу, за якою можна його збути, таємно викрав із телятника чуже майно. Проаналізувавши зібрані докази, суд дійшов висновку про те, що дії підсудного С. правильно кваліфіковані без ознаки вчинення їх за попередньою змовою групою осіб, а саме за ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 185 КК України, як пособництво у викраденні чужого майна, з проникненням в інше сховище.

Прикладом можливості визнання співучасті з розподілом ролей при кваліфікації кримінального правопорушення проти власності є вирок Костянтинівського міськрайонного суду Донецької області. Суд, розглянувши справу щодо обвинувачення С. за ст.ст. 190 ч. 2, 358 ч. 3 КК України та Т. за ст.ст. 27 ч. 5, 190 ч. 2, 358 ч. 2 КК України, встановив, що Т. за попередньою змовою з С. незаконним шляхом виготовила та збула останній підроблені документи, щоб підтвердити її платоспроможність для отримання кредиту в банку, чим сприяла заволодінню С. шляхом обману майном банку на суму 2000



грн. У вироку суд дійшов висновку про те, що дії підсудної особи Т. слід кваліфікувати за ст.ст. 27 ч. 5, 190 ч. 2 КК України, оскільки вона своїми умисними діями шляхом надання засобів сприяла вчиненню іншим співучасником умисного заволодіння чужим майном шляхом обману (шахрайство) за попередньою змовою групою осіб, що завдало значної шкоди потерпілому. Водночас, кваліфікуючи дії підсудних щодо незаконного виготовлення, збуту та використання підроблених документів за ст. 358 КК України, суд не інкримінував їм кваліфікуючу ознаку вчинення даного кримінального правопорушення за попередньою змовою групою осіб.

У науці кримінального права дотепер існує точка зору, відповідно до якої зміст кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» тлумачиться виключно як співвиконавство. Так, наприклад, П.С. Матишевський, досліджуючи особливості злочинів проти власності, дійшов висновку про те, що розкрадання повинно кваліфікуватися за ознакою вчинення його за попередньою змовою групою осіб тільки тоді, коли ці особи брали безпосередню участь у його виконанні.

Сучасна наука кримінального права України так само має послідовників даної точки зору щодо змісту кваліфікуючої ознаки «вчинення кримінального правопорушення за попередньою змовою групою осіб». Так, наприклад, Ільїна О.В. з даного питання зазначає, що у випадку співучасті з розподілом ролей така ознака не може бути інкримінована співучасникам кримінального правопорушення, а може бути інкримінована лише за наявності кількох виконавців кримінального правопорушення.

У теорії кримінального права має місце й інша позиція щодо розуміння сутності кваліфікуючої ознаки «вчинення кримінального правопорушення групою осіб за попередньою змовою». Так, наприклад, на думку Г.П. Жаровської, злочинна група, яка діє за попередньою змовою, можлива як у співвиконавстві, так і у формі співучасті з розподілом ролей.

На підтримку даної позиції висловлюється і Д.П. Альошин, який запропонував визнавати кримінальне правопорушення вчиненим за

попередньою змовою групою осіб, «якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві і більше), які заздалегідь, тобто до початку виконання кримінального правопорушення, домовилися про спільне його вчинення шляхом виконання взаємно узгоджених функцій у процесі здійснення єдиного для групи злочинного наміру, незалежно від ролі, яку вони при цьому виконували».

О.О. Кваша вважає дану позицію переконливою й наголошує, що суспільна небезпека групових кримінальних правопорушень полягає не в тому, що злочинці спільно виконують об'єктивну сторону вчиненого кримінального правопорушення, а в тому, що кримінальне правопорушення вчиняється спільно, об'єднаними зусиллями співучасників, незалежно від тієї ролі, яку виконує кожен із них – однорідності їх чи різнорідності.

Дана точка зору також знайшла своє підтвердження в правозастосовчій діяльності. Так, наприклад, місцевий Куликівський районний суд, розглянувши справу у звинуваченні Л. за ч. 3 ст. 185 КК України, М. за ч. 5 ст. 27 ст. 185 КК України та Н. за ч. 5 ст. 27 ч. 3 ст. 185 КК України, встановив, що підсудний Л. за попередньою змовою з підсудними М. та Н., які пообіцяли сприяти вчиненню кримінальному правопорушенню, проник до конюшні, звідки таємно викрав коня, на якому прибув у господарство підсудного Н., де деякий час зберігав коня, після чого за допомогою підсудних М. та Н. забив його на м'ясо, яке реалізував на ринку, а гроші поділив із підсудним Н. Проаналізувавши всі докази у кримінальній справі, суд дійшов висновку про правильність кваліфікації дій підсудного Л. за ч. 3 ст. 185 КК України – крадіжка, вчинена за попередньою змовою групою осіб, із проникненням в приміщення. Умисні дії підсудних М. та Н. суд кваліфікував за ч. 5 ст. 27, ч. 3 ст. 185 КК України, як підбурювання (схиляння співучасника до вчинення злочину) шляхом умовляння, заздалегідь обіцяне прихованні майна, здобутого кримінально протиправним шляхом та сприяння приховуванню кримінального правопорушення – крадіжки, вчиненої за попередньою змовою групою осіб, із проникненням у приміщення.

Як аргумент на підтримку позиції про те, що поняття групового

кримінального правопорушення не можна обмежувати лише співвиконавством, можна також навести приклад В.О. Навроцького про можливість співучасті у готуванні до кримінального правопорушення. Так, з метою спільного вчинення кримінального правопорушення А. виготовив набір відмичок та пристрій, котрий блокував роботу системи сигналізації, і передав їх М. (який перебував у розшуку за підозрою у вчиненні вбивства) та І. Вони повинні були проникнути у житло і вчинити там крадіжку. На шляху до місця вчинення посягання М. та І. були затримані працівниками поліції у зв'язку з орієнтуванням про розшук. Під час огляду в них були виявлені знаряддя для квартирної крадіжки. В такій ситуації співвиконавства ще не має, але чіткою є фігура пособника.

У зарубіжному кримінальному законодавстві це питання також не знайшло однозначного вирішення. Так, кримінальне правопорушення визнається вчиненим групою осіб за попередньою змовою, якщо в ньому брали участь виключно виконавці, наприклад, в Кримінальному кодексі Вірменії (ч. 2 ст. 41). При визначенні поняття даної форми співучасті у кримінальному правопорушенні законодавець використав термінологію «особи, які заздалегідь домовилися про спільне вчинення кримінального правопорушення» – в Кримінальних кодексах Республіки Казахстан (ч. 2 ст. 31), Грузії (ч. 2 ст. 27). Поняття групи осіб за попередньою змовою взагалі не визначено в законодавстві про кримінальну відповідальність Данії, Республіки Польща, Китайської Народної Республіки, Федеративної Республіки Німеччини.

При аналізі даної форми співучасті у кримінальному правопорушенні вважаємо за доцільне пригадати визначення поняття групи осіб за попередньою змовою в Проекті Кримінального кодексу України від 18.05.2000 р., прийнятому у другому читанні: «Злочин визнається вчиненим за попередньою змовою групою осіб, якщо його спільно вчинили декілька виконавців, які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його вчинення». Показовим є те, що, визначаючи поняття групи осіб за попередньою змовою в ч. 2 ст. 28 чинного КК України, законодавець відмовився від прямої вказівки на те, що її учасниками повинні бути лише виконавці.

Крім цього, відповідно до статті 2.7.1. Проекта Кримінального кодексу України (станом на 22.05.2023 року) співучастю у кримінальному правопорушенні запропоновано визначити як спільне вчинення умисного кримінального правопорушення двома або більше його суб'єктами за змовою між ними, досягнутою усно, письмово чи шляхом конклюдентних дій до моменту закінчення такого правопорушення. При цьому у статті 2.7.5. Проекту запропоновано формами співучасті у кримінальному правопорушенні визнати: 1) просту групу, під якою розуміти неструктуровану групу, в якій взяли участь два або більше співучасники, що досягли змови про спільне вчинення кримінального правопорушення до моменту його закінчення, а також 2) злочинну організацію.

Таким чином, ефективне регулювання питань відповідальності за групові кримінальні правопорушення, як і інших питань кримінального права, можливе лише на підставі внутрішньо узгодженого, науково обґрунтованого законодавства.

### **3. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У РАЗІ ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ ОРГАНІЗОВАНОЮ ГРУПОЮ**

Чинний Кримінальний кодекс України, вказавши у статті 28 окремі аспекти визначення ознак кримінальних правопорушень, вчинених такими угрупованнями, залишив значний простір для наукової полеміки щодо цих питань. Без перебільшення можна сказати, що саме цей аспект на теперішній час є одним із найсуперечливіших положень чинного КК України.

Кримінальний кодекс України в ч. 3 ст. 28, визначаючи кримінальне правопорушення, вчинене організованою групою, дає достатньо широкий перелік його ознак, яким має відповідати сама організована група. Так, кримінальне правопорушення визнається вчиненим організованою групою, якщо в його готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та

іншого (інших) кримінальних правопорушень, об'єднаних єдиним планом із розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи.

Навіть на перший погляд зрозуміло, що лаконічність цієї дефініції, наукова невизначеність окремих понять потребує додаткових науково-практичних зусиль для тлумачення їх змісту, а також роз'яснення питань щодо місця цього різновиду співучасті у вчиненні кримінального правопорушення в кримінально-правовому інституті співучасті в цілому.

У зв'язку з цим доцільно звернутися до дискусії, що розгорнулася в теорії кримінального права щодо характеру визначальних ознак організованої групи. З цієї проблематики виконувалися наукові дослідження, активно досліджувалися кримінально-правові, кримінологічні та кримінально-процесуальні аспекти зазначеної теми. Окремі науковці піддавали гострій критиці положення ст. 28 КК України, враховуючи і зарубіжний досвід.

Насамперед, недоліком законодавчого визначення організованої групи є те, що серед ознак, які її характеризують, є оціночні. Використання оціночних ознак при визначенні цього поняття має таку небезпеку, що їх тлумачення підрозділами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, та органами досудового розслідування робитиметься надміру широко – щоб поліпшувати показники у своїй роботі, а судами, навпаки, вузько, – адже усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь. Зокрема, теорія кримінального права та законодавець схилиються до висновку, що організована група – це не просто група осіб, а стійка група. Різні погляди суб'єктів кваліфікації щодо тлумачення ознаки «стійкість» будуть призводити до помилок під час здійснення правозастосовної діяльності.

Дехто з авторів займає в цьому питанні суто негативну позицію. Наприклад, про непридатність таких ознак, як стійкість, згуртованість, корумпованість, котрі часто використовуються для визначення організованої злочинної групи, для відмежування цього виду угруповання від інших видів через їх недостатню конкретність. Інші автори пропонують використовувати

тільки кількісні критерії, які, на їх переконання, є більш надійними, а саме кількість вчинених кримінальних правопорушень необхідно покласти в основу визначення організованої групи.

Аналізуючи цю та подібні пропозиції, слід враховувати той факт, що самі по собі наміри можуть свідчити лише про можливу перспективу розвитку групи, але не про рівень цього розвитку. Тому слушним є зауваження С.О. Єфремова та А.І. Редька про те, що для визнання групи організованою недостатньо встановити намір декількох осіб займатися злочинною діяльністю, якими б широкомасштабними не були їх плани.

Тлумачення поняття стійкості організованої злочинної групи міститься у постанові Пленуму Верховного Суду України від 23.12.2005 р. № 13 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями». Так, згідно із п. 11 вказаної постанови стійкість організованої групи полягає в її здатності забезпечити стабільність і безпеку свого функціонування, тобто ефективно протидіяти факторам, що можуть її дезорганізувати. Там само зазначено, що на здатність об'єднання протидіяти внутрішнім дезорганізуючим факторам указують, зокрема, такі ознаки: стабільний склад, тісні стосунки між його учасниками, їх централізоване підпорядкування, єдині для всіх правила поведінки, а також наявність плану злочинної діяльності і чіткий розподіл функцій учасників щодо його досягнення. Розглянуте визначення терміну «стійкість» має дещо розпливчастий характер і тому не відповідає вимозі нормативної чіткості.

### **Висновок до 3 питання**

Представлений аналіз вітчизняних кримінально-правових норм свідчить про те, що питання про відповідальність членів організованої злочинної групи за вчинені ними злочини залишаються дискусійними, тлумачаться неоднозначно і вимагають не тільки подальшого вивчення, але й нових підходів до їх вирішення.

## **4. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО**

## ЗАКОНОДАВСТВА У РАЗІ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ ЗЛОЧИННОЮ ОРГАНІЗАЦІЄЮ

Ще в 1990 р. в одному з документів Дев'ятого Конгресу ООН по попередженню злочинності та поводженню зі злочинцями було зазначено: «Організована злочинність створює пряму загрозу національній і міжнародній безпеці, стабільності і являє собою фронтальну атаку на політичну і законодавчу влади, а також створює погрозу самій державності. Вона порушує нормальне функціонування соціальних і економічних інститутів і компрометує їх, що приводить до втрати довіри до демократичних процесів, вона підриває процес розвитку і зводить нанівець досягнуті успіхи, вона ставить у положення жертви населення цілих країн і експлуатує людську уразливість, витягаючи з цього прибутки, вона охоплює, обплутує і навіть поневолює цілі шари суспільства, особливо жінок і дітей...» . Дані висновки цілком підтверджуються нашими кримінальними реаліями.

У Кримінальному кодексі України 2001 року вперше закріплено поняття злочинної організації та передбачено відповідальність за її створення. Аналіз історії прийняття даного нормативно-правового акту свідчить про те, як складно вирішувалося питання про включення цієї форми спільної злочинної діяльності у кримінальне законодавство України. Так, у першому варіанті проекту Кримінального кодексу, поданого на розгляд до Верховної Ради України 12 червня 1997 року, поняття злочинної організації було визначено у ч. 4 ст. 27 проекту, як згуртована організована група, утворена для вчинення тяжких чи особливо тяжких злочинів, або об'єднання організованих груп, утворених з тією самою метою. Зокрема, відмінною ознакою злочинної організації, яка відрізняла її від організованої злочинної групи була вказана згуртованість. Проте в процесі доопрацювання проекту, за пропозицією народних депутатів Ю.А. Кармазіна та О.М. Бандурки, поняття злочинної організації взагалі було виключено з тексту проекту Кримінального кодексу України. При цьому в Особливій частині проекту залишилася норма про відповідальність за створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого

чи особливо тяжкого злочину, керівництво нею або участь у ній, якщо такі дії не мають наслідком більш суворе покарання за статтями Особливої частини КК (стаття 230). В остаточній же редакції проекту, за сприянням народних депутатів України – членів Комітету з питань боротьби з організованою злочинністю та корупцією і Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, було вирішено зберегти поняття злочинної організації, але зі змінами.

Аналіз визначення злочинної організації, яке міститься у ч. 4 ст. 28 КК України, прямо вказує, що така організація створюється для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення не одного, а декількох тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації. Проте статті Особливої частини Кримінального кодексу, які визначають поняття окремих видів злочинних організацій, не передбачають мети вчинення декількох злочинів. Вони сформульовані таким чином, що при вчиненні навіть одного злочину може бути визнано наявність відповідної організації. Так, наприклад, у ст. 255 КК України «Створення злочинної організації» мова йде про створення організації з метою вчинення хоча б одного тяжкого або особливо тяжкого злочину. В ст. 257 КК України «Бандитизм» - організацію озброєної банди з метою нападу, про участь у нападі.

Це, в свою чергу, зумовило наявність в теорії кримінального права та правозастосовчій діяльності запитань:

- 1) чи є обов'язковою ознакою злочинної організації множинність злочинів, що вчиняють або мають на меті вчинити її члени;
- 2) чи можливе застосування статей 255, 257 КК України, якщо доведеною є мета вчинення тільки одного злочину;

На вирішення даного питання В.М. Олуйко вніс до Верховної Ради України проект № 6415 від 14.12.2004 Закону України «Про внесення змін і доповнень до Кримінального Кодексу України (щодо бандитизму та організації злочинної організації), в якому запропонував в частині четвертій ст. 28 КК України слова «члени якого або структурні частини якого за попередньою



змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких чи особливо тяжких злочинів» замінити словами «члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжкого (тяжких) чи особливо тяжкого (тяжких) злочину (злочинів)». Доповнити ст. 257 КК Приміткою такого змісту: «Під бандою слід розуміти озброєну організовану групу учасники якої об'єдналися з метою вчинення нападу (нападів) на підприємства, установи, організації чи на окремих осіб» .

Заслуговує на увагу дискусія навколо питання бандитизму під час розгляду 23 грудня 2005 року на черговому засіданні Пленуму Верховного Суду України проекту постанови «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, які вчинюються стійкими злочинними об'єднаннями», представленого суддею Верховного Суду України Анатолієм Редькою. Зокрема, один з членів Пленуму запропонував виключити із проекту абзац, в якому йшлося про те, що «у момент нападу з метою заволодіння зброєю такі об'єднання вже стають бандою, оскільки шляхом нападу її члени озброюються і цим склад злочину поповнюється ознакою, якої бракувало, – озброєністю». Свою думку від аргументував тим, що за таких умов будь-яка крадіжка, спрямована на заволодіння зброєю, розцінюватиметься як створення банди. Дані зауваження не були прийняті Пленумом до уваги. Так, в п. 19 прийнятої Постанови організацією озброєної банди визнано створення як організованої групи чи злочинної організації, що вже озброєні, але ще не вчинили нападів, так і таких стійких об'єднань, які, щоб дістати зброю, вчиняють напади на військовослужбовців, працівників правоохоронних органів тощо. Уже в момент нападу з метою заволодіння зброєю ці об'єднання стають бандою, оскільки в такий спосіб її члени озброюються.

Відповідаючи на поставлені запитання, слід згадати про універсальний характер кримінально-правових норм Загальної частини, який зобов'язує застосовувати норми Особливої частини на підставі тих загальних та принципових положеннях, які закріплені в нормах Загальної частини.

#### **Висновок до 4 питання.**

Зазначені проблеми кваліфікації кримінальних правопорушень, вчинених злочинною організацією, а також відмежування їх від інших видів кримінальних правопорушень, вчинених у співучасті, обумовлені, насамперед, використанням законодавцем оціночних ознак, а також таких, які не виражають соціально-правову особливість і не підкреслюють ступінь суспільної небезпечності такого об'єднання.

#### **МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ**

При підготовці теми, слухачам слід враховувати різнобічні наукові підходи до розуміння та вирішення проблемних питань застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення. Вчинені у співучасті.

Для вдалого засвоєння цієї теми, слухачам рекомендується звернутись не лише до базового (обов'язкового) списку літератури, а й до інших наукових джерел, які можна знайти у бібліотеці університету.

Так, під час розгляду теми, слід, також, використовувати наукові праці як українських, так і зарубіжних вчених. Однак, опрацьовувати додаткову літературу слід з урахуванням національної доктрини, особливостей правової системи України.

### **ТЕМА 6. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ ( 2 години)**

#### **План**

1. Проблеми кваліфікації посягання на територіальну цілісність і недоторканність України (ст. 110 КК).
2. Проблеми кваліфікації державної зради (ст.111 КК) та шпигунства (ст.114 КК).

3. Проблеми кваліфікації кримінальних правопорушень, передбачених статтями 111-1 та 114-2 КК України

#### РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. / Офіц. сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254K/96>

2. Про основи національної безпеки України: Закон України № 964-IV від 19.06.2003 р. / Офіцій. сайт Верховної Ради України. URL : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/964-15>.

3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність: Закон України № № 2108-IX 03.03. 2022 р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#n12> (дата звернення: 17.07.2023).

4. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за злочини проти основ національної безпеки України в умовах дії режиму воєнного стану: Закону України № 2113-IX, від 03.03. 2022 р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2113-20#Text> (дата звернення: 17.07.2023).

5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції : Закон України від 03.03.2022 р. № 2110-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2110-20#n6> (дата звернення: 17.07.2023)

6. Казакова Л. О. Національна безпека держави: понятійно-категорійний апарат. *Регіональні студії*. 2021. № 24. С. 128-132.

7. Кравчук О.О., Бондаренко М.С. Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111-1 КК. *Юридичний науковий електронний журнал*. № 3. 2022. С. 198–204.

8. Лісовський, Петро Миколайович. Національна безпека України : навч. посіб. Київ : Університет "Україна", 2020. 291 с.

9. Мельниченко Б., Фігель Н. Основні підходи до розуміння поняття "національна безпека". *Вісник Національного університету "Львівська політехніка". Серія : Юридичні науки*. 2021. Т. 8, № 2. С. 68-72.

10. Міжнародна та національна безпека: теоретичні і прикладні аспекти : матеріали VI Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 11 березня 2022 р.). Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2022. 464 с.

11. Рябовол Л. Т. Національна безпека України: структурно-функціональний аналіз. *Вісник Університету імені Альфреда Нобеля. Серія : Право*. 2020. № 1. С. 25-31.

12. Ситник Г.П. , Неліпа Д. В., Орел М. Г. Зовнішня політика та національна безпека : навч. посіб. / за ред. Г. П. Ситника ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ : Кравченко Я. О., 2021. 243 с.

13. Смолянчук В. Національна безпека незалежної України: осягнення сутності. *Політичні дослідження*. 2021. № 1. С. 163-186.

### Мета лекції:

- ✓ навчальна: формування знань про сучасні динамічно-перемінні актуальні теоретичні та прикладні проблеми кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення проти основ національної безпеки України;
- ✓ розвиваюча: формування пізнавальної активності здобувачів освіти, залучення їх у процес наукового пошуку для подальшого самостійного осмислення ними перспектив та головних напрямів розв'язання зазначених проблем;
- ✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи функціонування правової держави; ціннісних орієнтирів відповідно до ідеалів гуманізму, демократії, соціальної справедливості.

### ВСТУП

Насамперед варто наголосити, що назва розділу I Особливої частини КК України в частині «Злочини проти .....

, не повною мірою відповідає його змісту, оскільки за санкцією частин 1 і 2 статті 111-1 «Колабораційна діяльність» (*«караються позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю ...»*) вбачається, що це кримінальні проступки.

Кримінальні правопорушення проти основ національної безпеки України є найбільш небезпечними посяганнями на суспільні відносини, які забезпечують державну безпеку, обороноздатність, незалежність країни, її конституційний лад. Без належної кримінально-правової охорони цих соціальних цінностей неможливе нормальне функціонування держави та відповідних її інститутів. Тому в КК статті про відповідальність за кримінальні правопорушення проти основ національної безпеки України передбачені у першому розділі Особливої частини.

### **1. ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ПОСЯГАННЯ НА ТЕРИТОРІАЛЬНУ ЦІЛІСНІСТЬ І НЕДОТОРКАНІСТЬ УКРАЇНИ (СТ. 110 КК)**

На сьогодні державний кордон України не делімітовано в частині внутрішніх морських вод і територіального моря в акваторії Азовського моря та Керченської протоки. Тому кваліфікація посягання на територіальну цілісність у частині цих територій може виявитися проблематичною. Повна відсутність визначеності унеможливорює кваліфікацію за посягання на територіальну цілісність у частині неделімітованої території. Якщо ж на певну територію Україна поширює своє верховенство за відсутності делімітаційних угод

(відсутність міжнародної визначеності території за наявності національної визначеності), то кваліфікація можлива, оскільки базується на національному законодавстві.

Водночас між національним та міжнародним правовим статусом може існувати конкуренція. У такому разі відповідно до ст. 9 Конституції, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, є частиною національного законодавства України та мають визнаний ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» пріоритет над іншими законами України.

Суспільні відносини, предметом яких є територіальна цілісність, слід відрізняти від суміжних відносин, які мають інші предмети. Насамперед, це стосується тих відносин, що виникають з приводу дотримання вимог законодавства при проведенні всеукраїнського референдуму з питань зміни території або при вирішенні питань про визначення території. У зв'язку з цим звернемо увагу на те, що М. І. Хавронюк, В. К. Гіжевський, В. О. Кузнецов і Л. В. Мошняга при визначенні безпосереднього об'єкта аналізованого злочину акцентують увагу саме на загрозах порушення порядку визначення території України.

Однак визначення території України і зміна цієї території – це не тотожні процеси. Перший передбачає встановлення державного кордону (договірне оформлення меж території), що є первинним (передуючим) порядком стосовно порядку зміни території. В основі конституційного порядку зміни території вже закладено презумпцію належного встановлення (визначення) державного кордону, оскільки неможливо змінити межі території, якщо самі ці межі не визначені.

До суміжних також належать відносини, які виникають з приводу того, яким повинен бути державний чи адміністративно-територіальний устрій. Такий устрій і фізичні параметри території України є різними предметами. Територіальне верховенство зберігається незалежно від державного чи адміністративно-територіального устрою.

Однією із найбільш дискусійних у зв'язку з суміщенням окремих ознак публічних закликів та підбурювання є проблема так званого публічного підбурювання. Сьогодні поняття «публічного підбурювання» активно вживається в міжнародних конвенціях, як от: Конвенція ООН про запобігання злочину геноциду та покарання за нього від 9 грудня 1948 р., Конвенція ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 20 грудня 1988 р., Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму від 16 травня 2005 р.

При вирішенні поставленого питання доцільно виходити, насамперед, із диспозиції ст. 110 КК. Публічні заклики в цьому складі злочину не є видом підбурювання до злочину, а є самостійною формою вчинення злочину. Такий висновок підтверджується сукупністю наступних аргументів. По-перше, дослідження об'єкта цього злочину, учиненого в третій формі, дозволило виявити специфічний безпосередній об'єкт цього злочину – суспільні відносини, що забезпечують охорону територіальної цілісності України у сфері

реалізації конституційного права вільно поширювати інформацію. По-друге, характер суспільної небезпечності публічних закликів суттєво відрізняється від характеру суспільної небезпечності злочину, учинюваного в першій або другій формах, а саме: публічні заклики лише створюють можливість (загрозу) заподіяння шкоди територіальній цілісності України іншими особами внаслідок впливу на них публічних закликів. По-третє, логічний аналіз диспозиції ст. 110 КК однозначно вказує на те, що публічні заклики законодавцем передбачені не як один із видів дій, учинених з метою антиконституційної зміни меж території або державного кордону України, а як альтернативна форма вчинення злочину. По-четверте, склад злочину в першій та другій формі є усіченим, а в третій – формальним. По-п'яте, повна реалізація умислу на вчинення злочину в першій або другій формах виражається у відторгненні частини території України або придбанні суверенних прав на частину території України; повна реалізація умислу на вчинення публічних закликів виражається у вчиненні цих дій. По-шосте, мета антиконституційної зміни території або державного кордону України є обов'язковою ознакою лише для першої і другої форм учинення цього злочину. По-сьоме, тяжкі наслідки (ч. 3 ст. 110 КК) спричиняються в першій та другій формах діями суб'єкта злочину або за його участю, а в третій формі – іншими особами (без участі суб'єкта публічних закликів). Повосьме, публічні заклики не містять усіх ознак підбурювання до злочину, передбачених ч. 4 ст. 27 КК.

Для правильного застосування ч. 2 ст. 110 КК також важливим є правильне розуміння сутнісної причини визнання розглядуваної обставини обтяжуючою відповідальність. Вона полягає в тому, що представник влади, учиняє зазначені в ч. 1 ст. 110 КК дії з використанням наданої йому влади, чим заподіює шкоду додатковому безпосередньому об'єкту – суспільним відносинам у сфері службової діяльності представників влади. Це означає, що такий безпосередній об'єкт у цьому складі злочину слід визнати додатковим обов'язковим об'єктом, а спосіб учинення злочину – використання влади – додатковою обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину. Зазначене знаходить своє підтвердження в науковій літературі. Так, на думку більшості вчених, учинення посягання на територіальну цілісність особою, яка є представником влади, має місце тільки тоді, коли службова особа використовує при цьому владні повноваження<sup>2</sup>. У цілому підтримуючи таку думку, вважаємо, що законодавче формулювання «вчинення представником влади» не є оптимальним та може призвести до проблем у правозастосуванні. Це пов'язано з тим, що буквально розуміння цієї кваліфікуючої ознаки не містить указівки на те, що представник влади посягає на територіальну цілісність України використовуючи свою владу. Може скластися враження, що ознака «вчинення представником влади» має місце як тоді, коли винна особа використовувала надану їй владу при вчиненні посягання на територіальну цілісність України, так і тоді, коли вона її не використовувала.

Однак таке тлумачення охоплює й ситуації, коли шкода додатковому об'єкту не заподіюється, а отже – зникають підстави для підвищення

відповідальності. Таке розуміння цієї обставини також указує на те, що вчинення розглядуваного злочину представником влади є спеціальною нормою щодо злочинів у сфері службової діяльності, передбачених ст. 364 КК («Зловживання владою або службовим становищем») і ст. 365 КК («Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу»). У разі конкуренції цих норм підлягає застосуванню спеціальна норма, зазначена в ч. 2 ст. 110 КК.

Також уваги потребує питання про логіку викладення такої особливо кваліфікуючої обставини, як загибель людей або настання інших тяжких наслідків. Ознаку «загибель людей» містять ч. 3 ст. 110 та ч. 2 ст. 1141 КК України, ознаку «інші тяжкі наслідки» - ч. 3 ст. 110, ч. 4 ст. 1102 та ч. 2 ст. 1141 КК України. На нашу думку, можна цілком спрогнозувати, що й інші злочини проти основ національної безпеки України, норми про які наведеної вище ознаки не передбачають, так само можуть призвести до загибелі людей або настання інших тяжких наслідків. Наприклад, унаслідок державної зради в період збройного конфлікту злочинець повідомить ворогу координати розташування наших військових, які загинуть через прицільний удар ворожих сил; або дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу призведуть до сутичок, у яких загинуть люди; або під час вчинення диверсійного акту винуватий здійснить вибух, унаслідок якого загинуть люди. Отже, вчинення майже кожного кримінального правопорушення проти основ національної безпеки України може призвести до зазначених вище наслідків, а передбачені вони лише у трьох з восьми статей цього розділу.

Злочини, передбачені статтями 110 і 110-2 КК, посягають на один і той самий родовий і видовий об'єкти, частково співпадають за іншими ознаками складів злочинів, і водночас мають у своїх складах деякі відмінності, які є очевидними. Основними і найбільш важливими положеннями, що характеризують співвідношення злочинів, передбачених статтями 110 і 110-2 КК, і мають значення для їх кваліфікації, є наступні положення. По-перше, за ст. 110-2 кваліфікується фінансування будь-яких дій, учинених з метою зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України. Тобто це може бути фінансування дій, учинюваних будь-якою кількістю суб'єктів злочину на виконання загального плану вчинення злочину або за відсутності такого. Разом із тим, дії, що фінансуються, не є будь-якими з погляду форм учинення злочину, передбаченого ст. 110 КК. Порівняльний аналіз законодавчих приписів, передбачених цими статтями, дає підстави для висновку про те, що в ст. 110-2 КК встановлена кримінальна відповідальність лише за фінансування передбачених ч. 1 ст. 110 КК дій, учинюваних у першій та другій формах. Статтею 110-2 КК не передбачена відповідальність за фінансування публічних закликів або розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій як самотійних форм учинення цього злочину. Отже, у разі фінансування дій, передбачених ч. 1 ст. 110 КК, учинюваних у формі публічних закликів або

розповсюдження матеріалів із закликами, виключається можливість конкуренції статей 110 і 110-2 КК. Ті види такого фінансування, які містять ознаки співучасті у вчиненні злочину, передбаченого ст. 110 КК, кваліфікуються за цією статтею з посиланням на відповідну частину ст. 27 КК (за наявності підстав). По-друге, не можна повністю погодитися з позицією, що включення до КК ст. 110-2 не має своїм наслідком криміналізації суспільно небезпечних діянь (так би мовити, є «повторною» криміналізацією) або з позицією, що злочин, передбачений ст. 110-2 КК, є пособництвом злочинам, передбаченим статтям 109 – 110 КК. Диспозиція ч. 1 ст. 110-2 КК сформульована широко і охоплює собою в тому числі й фінансування зазначених у ній дій особою, яка перебуває в односторонньому суб'єктивному зв'язку з особою, дії якої фінансуються. Наявність такого зв'язку вказує на відсутність ознак співучасті в злочині, передбаченому ст. 110 КК, оскільки відповідно до ст. 26 КК співучасть є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину, із чого випливає обов'язковість для співучасті двостороннього суб'єктивного зв'язку. Отже, учинення зазначеного в ч. 1 ст. 110-2 КК фінансування особою, яка перебуває в односторонньому суб'єктивному зв'язку з особою, дії якої фінансуються, виключає можливість конкуренції статей 110 і 110-2 КК, а підлягає кваліфікації лише за ст. 110-2 КК. По-третє, конкуренція статей 110 і 110-2 КК є можливою за сукупності таких умов: 1) особа вчинила фінансування дій, передбачених ч. 1 ст. 110 КК, учинюваних у першій або другій формах («дії, вчинені з метою...»); 2) особа, що вчинила фінансування зазначених дій, перебувала у двосторонньому суб'єктивному зв'язку з особою, дії якої вона фінансувала; 3) в діях особи, що вчинила фінансування дій, передбачених ч. 1 ст. 110 КК, є ознаки співучасті у вчиненні останнього злочину: а) ознаки пособника – фізичного пособництва (ч. 5 ст. 27 КК) або б) ознаки організатора, який забезпечував фінансування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації (ч. 3 ст. 27 КК). Останнього стосується роз'яснення ПВСУ, викладене в п. 6 постанови «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, учинені стійкими злочинними об'єднаннями» від 23 грудня 2005 р. № 13, а саме: здійснення іншого, крім фінансового, наприклад, матеріально-технічного чи інформаційного забезпечення, за змістом ч. 3 ст. 27 КК не є підставою для визнання особи організатором<sup>1</sup>. При виникненні конкуренції в таких випадках підлягає застосуванню спеціальна норма, передбачена ст. 110-2 КК.

Таким чином, у своїй сукупності викладені вище аргументи дозволяють конкретизувати зазначений вище висновок щодо застосування ст. 110-2 у випадках її конкуренції зі ст. 110 КК: підлягає застосуванню спеціальна норма, передбачена ст. 110-2 КК, крім випадків учинення дій, які призвели до тяжких наслідків. Наявність у конкретних випадках таких тяжких наслідків обумовлює інше рішення розглядуваного питання. Це пов'язано з тим, що суттєво різняться покарання за дії, які призвели до таких наслідків: за ч. 3 ст. 110 КК найбільш суворим основним покаранням є довічне позбавлення волі, а за ч. 4 ст. 110-2 КК – позбавлення волі на строк 10 років. При такому співвідношенні



караності неможливо визнавати дії, які призвели до тяжких наслідків за ч. 4 ст. 110-2 КК спеціальною нормою, тому що це означало б, що законодавець посилює відповідальність за фінансування зазначених дій за ст. 110-2, які не призвели до тяжких наслідків і пом'якшує, якщо призвели до таких наслідків, що за суттю є неправильним рішенням.

## **2. ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ ЗРАДИ (СТ.111 КК) ТА ШПИГУНСТВА (СТ.114 КК)**

Розбіжності в об'єктивному застосуванні законодавчих норм та правильній кваліфікації діянь виникають при аналізі ст. 111 Кримінального кодексу України (далі – КК України), а саме державна зрада у формі шпигунства, та шпигунства за ст. 114 КК України.

Згідно зі ст. 111 КК України, державна зрада – діяння, умисно вчинене громадянином України на шкоду суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України: перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, шпигунство, надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України. Шпигунство (ст. 114 КК України), у свою чергу, це передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю, якщо ці дії вчинені іноземцем або особою без громадянства.

Перш за все, слід звернути увагу на зовнішнє вираження цих двох складів злочину, тобто на їх об'єктивну сторону. Вичерпний перелік форм об'єктивної сторони державної зради зазначений в ч. 1 ст. 111 КК України, а саме:

- 1) перехід на бік ворога в період збройного конфлікту;
- 2) надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України;
- 3) шпигунство.

Перехід на бік ворога розглядається у двох вимірах: фізичний перехід (перехід на територію ворожої держави) та інтелектуальний перехід (надання допомоги ворожій державі або її представникам, будучи на території України).

Така форма державної зради полягає в наданні допомоги державі, з якою Україна перебуває в умовах воєнного стану або збройного конфлікту та знаходить своє виявлення в переході на бік ворога через лінію фронту, вступу до армії ворожої держави, участі за її завданнями в бойових діях проти України, наданні допомоги агентам такої держави і тощо.

У такому разі обов'язковою ознакою об'єктивної сторони є час вчинення злочину, відповідно до якого Україна має перебувати в умовах збройного конфлікту.

Державна зрада за такою формою визнається закінченою з моменту, коли громадянин України виконав в інтересах ворога певні дії, що зашкодили Україні. При чому, факт надання згоди виконати такі дії є готуванням до

злочину і передбачає можливість добровільно відмовитися від вчинення злочину.

Другою формою здійснення державної зради є – надання іноземній державі/організації/представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України. Слід зауважити, що за таких обставин не має значення чи діяла особа на замовлення іноземної держави, чи діяла вона з власної ініціативи.

Підривною визнається будь-яка діяльність, що пов'язана: зі спробою зміни системи вищих органів державної влади нелегітимним шляхом; з втручання у міжнародну чи внутрішню політику; зі спробою зміни території чи зниженням обороноздатності України; з ужиттям заходів щодо посилення економічної залежності від інших держав тощо.

Закінченим за такої форми злочин є з моменту вчинення відповідного діяння, яким особа надала допомогу в підривній діяльності проти України.

Якщо розглядати шпигунство як третю форму організації державної зради, то воно являє собою передачу або збирання з метою передачі іноземній державі, організації чи представникам відомостей, що становлять державну таємницю.

Необхідно звернути увагу, що шпигунство, яке вчинене іноземцем/особою без громадянства передбачене ст. 114 КК України.

В свою чергу, шпигунство, аналізуючи його об'єктивну сторону, може виявлятися у двох формах:

- 1) передача іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю;
- 2) збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю.

Перша форма шпигунства має місце тоді, коли особа володіє зазначеними відомостями і повідомляє їх чи то іноземній державі, чи то її представнику. Для відповідальності не має значення спосіб передачі (усно, письмово, безпосередньо і т.д.) та вигляд переданої інформації (першоджерела, оригінали, копії, відомості про них та ін.).

Збирання відомостей, що становлять державну таємницю – факт здобуття інформації такого виду.

Це може виявлятися у викраденні, особистому спостереженні, фотографуванні, підслуховуванні телефонних розмов відомостей, що становлять державну таємницю.

За ст. 111 КК України державна зрада у формі шпигунства вважається закінченою з моменту вчинення відповідного діяння. А за ст. 114 КК України деталізує конкретні форми вчинення шпигунства, та, у свою чергу, з її норм шпигунство у формі збирання відомостей є вчиненим з моменту зібрання в будь-якому місці хоча б частини відповідної інформації за наявності мети передати її іноземній державі/організації/представникам.

Якщо говорити про об'єкт злочину, то і за ст. 111 КК України, і за ст. 114 КК України об'єктом є державна безпека України в інформаційній, а також політичній, економічній, воєнній і науково-технологічній сферах.

В свою чергу, досить важливим для правильної кваліфікації є відмежування суб'єктів цих злочинів. Суб'єктом державної зради є громадяни України, який досяг 16 років. Суб'єктом шпигунства, в свою чергу, є виключно іноземець або особа без громадянства, яким виповнилося 16 років.

Аналізуючи суб'єктивну сторону злочинів, слід говорити про те, що і державна зрада, і шпигунство характеризуються прямим умислом, тобто суб'єкти злочинів усвідомлюють протиправність своєї поведінки та бажають настання наслідків.

Особливу увагу викликає питання умов звільнення від відповідальності, які мають певні відмінності у цих двох складах злочину.

В ч. 2 ст. 111 КК України визначено спеціальну підставу звільнення від кримінальної відповідальності, яка можливе лише при наявності трьох умов в сукупності:

1) суб'єктом злочину є такий громадянин України, який вступив у зв'язок з іноземною державою/організацією/представниками та отримав від них злочинне завдання;

2) громадянин не вчинив жодних дій на виконання отриманого злочинного завдання;

3) громадянин добровільно заявив органам влади України про зв'язок з іноземною державою/організацією/представниками та про злочинне завдання.

В свою чергу, ч. 2 ст. 114 КК України, передбачаючи спеціальну підставу звільнення від відповідальності, встановлює також три умови, з яких лише дві повністю залежать від волі суб'єкта злочину:

1) особа припинила розпочату шпигунську діяльність;

2) особа добровільно повідомила про своє діяння органам влади України;

3) внаслідок виконання двох вище вказаних умов та вжитих заходів органів влади України було відвернено шкоду.

Узагальнюючи інформацію, що ґрунтується на нормах чинного кримінального законодавства слід зробити висновок, що шпигунство від державної зради у формі шпигунства, як передбачені КК України злочини, відрізняються за суб'єктом злочину та умовами звільнення від відповідальності.

### **3. ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТАТТЯМИ 111-1 ТА 114-2 КК УКРАЇНИ**

03.03.2022 р. Кримінальний кодекс України доповнено статтею 111-1 «Колабораційна діяльність» та запроваджено кримінальну відповідальність за колабораційні дії, що вчиняються винною особою в умовах здійсненої

окупації чи збройної агресії – протиправного застосування збройної сили однією державою проти суверенітету, територіальної цілісності чи політичної незалежності іншої держави.

Зокрема, ст. 111-1 «Колабораційна діяльність», викликає велику кількість дискусійних запитань. Ця стаття має складну конструкцію – складається з восьми частин. Причому частини цієї статті розміщені за градацією суспільно небезпечного діяння: починаючи від кримінальних проступків і завершуючи особливо тяжким злочином.

Частини 1–7 ст. 111-1 КК України – це самостійні склади кримінального правопорушення, а ч. 8 – кваліфікований склад.

Крім того, кожна з частин статті, з першої по сьому, теж мають складну будову, адже в них передбачено кілька форм кримінального правопорушення.

Колабораціонізм (від франц. *collaboration* – співпраця, співробітництво) – усвідомлене, добровільне та умисне співробітництво з ворогом у його інтересах і на шкоду своїй державі та її союзникам. Термін «колабораціонізм» вважають об'ємним, оскільки дана стаття вміщує в собі сім складів кримінальних правопорушень, один – кваліфікований склад до ч.ч.5-7 даної статті та примітку.

При цьому майже кожна з частин цієї статті містить декілька альтернативних форм об'єктивної сторони кримінального правопорушення, що викликає певні дискусії суб'єктів правозастосування під час практичної діяльності.

При проведенні відмежування колабораційної діяльності від суміжних кримінальних правопорушень за основу візьмемо наявний підхід стосовно ознак складів злочинів, які підлягають співвідношенню та враховуються при кваліфікації злочинів, а також при відмежуванні суміжних злочинів між собою. Такі ознаки можна визначити як: а) відмінні (у цьому разі подається формула:  $a \neq b$ ); б) загальні або «спільні» (подається формула:  $a = b$ )[37]. З урахуванням вищенаведеного пропонуємо «алгоритм» кваліфікації кримінальних правопорушень, передбачених ст. 111-1 КК, та їх відмежування (розмежування) від (і) суміжних злочинів: ознаки об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єкта та суб'єктивної сторони.

Певні труднощі виникають під час розмежування та кваліфікації кримінальних правопорушень, передбачених ч.1 ст. 111-1 КК та ст. 436-2 КК України. Загальними критеріями розмежування даних складів кримінальних правопорушень є ознаки таких елементів, як об'єкт, об'єктивна сторона та суб'єкт. Безпосереднім об'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ч.1 ст. 111-1 КК України, є національна безпека України у сфері державної безпеки, інформаційній, економічній, науково-технологічній і воєнній сферах. Безпосереднім об'єктом кримінальних правопорушень, передбачених ст. 436-2 КК, є права та гарантії, передбачені міжнародним гуманітарним правом для захисту життя, здоров'я, фізичної недоторканості та статевої свободи особи в умовах збройного конфлікту.

Подібність в ознаках об'єктивних сторін кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 111-1 КК та ч.ч.1-2 ст. 436-2 КК, полягає у запереченні здійснення збройної агресії рф проти України. Ознака публічності для закликів або заперечень є обов'язковою ознакою діянь, передбачених ч.1 ст. 111-1 КК України, та визначена в п. 1 Примітки до даної статті. Аналіз ознак об'єктивної сторони складів кримінального правопорушення, передбаченого ст. 436-2 КК, свідчить, що ознака публічності конкретизована лише у ч. 3 даної статті, оскільки передбачає дії, зазначені у ч. 1 та 2, з використанням засобів масової інформації. Поряд із тим не виключається вчинення дій, відповідальність за які передбачена у ч.ч.1-3 (крім з використанням засобів масової інформації) цієї статті як публічно, так і не публічно. За загальними правилами кваліфікації, якщо кримінальне правопорушення передбачене одночасно кількома статтями КК України, то діяння кваліфікується за тією з них, яка містить найбільшу кількість додаткових ознак складу вчиненого кримінального правопорушення. Тому заклики, метою яких є виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії рф проти України, розпочатої у 2014 році, та які звернені до конкретної особи, підлягають кваліфікації за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч.ч.1-3 ст. 436-2 КК України. Дії у вигляді публічного заперечення збройної агресії проти України охоплюються складами кримінальних правопорушень, передбачених ч.1 ст. 111-1 та ч.ч. 1-3 ст. 436-2 КК. Зазначені дії потребують кваліфікації за ч.ч.1-3 ст. 436-2 КК, оскільки ця стаття (охоплює збройну агресію саме рф проти України, що була розпочата у 2014 році) у порівнянні з ч.1 ст. 111-1 КК України (публічне заперечення громадянином України здійснення збройної агресії будь-якої держави проти України) є спеціальною нормою.

Поширення матеріалів, у яких міститься заперечення збройної агресії рф проти України, розпочатої у 2014 році (ч.2 ст. 436-2 КК), може здійснюватися шляхом підкидання листівок до поштових скриньок, розклеювання їх на дошках для оголошень, розсилання листів певним групам адресатів тощо. При цьому вчинення виправдовування, визнання правомірною збройної агресії рф проти України, розпочатої у 2014 році, а також глорифікація суб'єктів, які здійснювали збройну агресію рф проти України, розпочату у 2014 році (ч.1 ст. 436-2 КК), або виготовлення, поширення матеріалів, у яких міститься виправдовування, визнання правомірними розпочатих у 2014 році агресивних дій рф проти України (ч. 2 ст. 436-2 КК), поєднані із вчиненням публічних: заперечень встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України, закликів до підтримки рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора; закликів до співпраці з державою-агресором, збройними формуваннями та (або) окупаційною адміністрацією держави-агресора – слід кваліфікувати за правилами сукупності кримінальних правопорушень, тобто за відповідними частинами ст. 436-2 та ч.1 ст. 111-1 КК України.

Таким чином, аналіз законодавчо визначених диспозицій дає підставу визначити ще одну розмежувальну ознаку даних складів: діяння, визначені в ст. 436 КК вчиняються до початку оголошення війни, тоді як діяння, визначені диспозицією ч.1 ст. 111 КК, вчиняються у період збройного конфлікту, який вже розпочато.

Правопорушення, передбачене ч. 3 ст. 111-1 КК, необхідно відмежовувати від пропаганди війни (ст. 436 КК). Основними ознаками відмежування даних складів кримінальних правопорушень є ознаки об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єктивної сторони та суб'єкта. Безпосередні об'єкти даних складів кримінальних правопорушень розглядалися вище. Подібність в ознаках об'єктивних сторін складів кримінальних правопорушень, передбачених ч. 3 ст. 111-1 КК та ст. 436 КК, полягає у пропаганді. Однак пропаганда війни (ст. 436 КК) полягає в публічних закликах до агресивної війни або до розв'язання воєнного конфлікту, а також виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких дій, а кримінальне правопорушення, передбачене ч. 3 ст. 111-1 КК, – пропаганда в закладах освіти незалежно від типів та форм власності. Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 111-1 КК, на відміну від складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 436 КК, є місце вчинення – заклад освіти. Суб'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 111-1 КК, характеризується обов'язковою ознакою – метою, яка полягає у сприянні здійсненню збройної агресії проти України, встановленні та утвердженні тимчасової окупації частини території України, уникненні відповідальності за здійснення державою-агресором збройної агресії проти України.

Щодо суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 436 КК, то для публічних закликів до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту мета не є обов'язковою ознакою даного складу кримінального правопорушення, а для виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких дій мета є обов'язковою ознакою – розповсюдження закликів або розповсюдження таких матеріалів.

Суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 111-1 КК, може бути лише громадянин України, а суб'єктом злочину, передбаченого ст. 436 КК, – не лише громадянин України, а й іноземець, біпатрид, апатрид, біженець.

При співвідношенні складів кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 та ч. 5 ст. 111-1 КК, слід враховувати ознаки об'єктивної сторони цих правопорушень. Зокрема, при кваліфікації дій особи за ч. 5 ст. 111-1 КК необхідно враховувати ознаку добровільності як щодо зайняття посади, пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій (керівної), так й щодо обрання до таких органів. Тоді як за ч. 2 ст. 111-1 КК ознаку добровільності слід застосовувати лише до зайняття посади, не пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій (некерівної).

Крім того, у складах кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 та ч. 5 ст. 111-1 КК, важливим для кваліфікації є місце його вчинення – на тимчасово окупованій території України. Існує також необхідність відмежування складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 6 ст. 111-1 КК, від складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 111 КК, за ознаками об'єктивної сторони та суб'єкта. Дії особи у формі організації та проведення заходів політичного характеру та здійснення інформаційної діяльності, за відсутності ознак державної зради, слід кваліфікувати за ч. 6 ст. 111-1 КК. Визначення заходів політичного характеру частково міститься в п. 2 Примітки до ст. 111-1 – це з'їзди, збори, мітинги, походи, демонстрації, конференції, круглі столи. Обов'язковою ознакою цих складів кримінальних правопорушень є здійснення вказаних заходів у співпраці з державою-агресором та/або її окупаційною адміністрацією. Крім того, суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ч. 6 ст. 111-1 КК (громадянин України, іноземець, апатрид, біпатрид, біженець), є значно ширшим, аніж суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 111-1 КК України (лише громадянин України). При співвідношенні складів кримінальних правопорушень, передбачених ч. 5 та ч. 7 ст. 111-1 КК слід враховувати насамперед зміст такої ознаки об'єктивної сторони, як добровільність, а також відмінності у категоріях посади, яку займає особа. В обох складах кримінальних правопорушень законодавець встановлює ознаку добровільності щодо зайняття громадянином України посади. Однак у складі передбаченому ч. 5 ст. 111-1 КК, ознака добровільності ще застосовується до дій у вигляді обрання до незаконних органів влади, створених на тимчасово окупованій території, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора, а в ч. 7 ст. 111-1 КК – до дій у вигляді участі громадянина України в незаконних збройних чи воєнізованих формуваннях, створених на тимчасово окупованій території, та/або в збройних формуваннях держави-агресора. Якщо особа здійснювала відповідні дії не добровільно, а під примусом (байдуже яким), склади кримінальних правопорушень відсутні. Важливим критерієм відмежування даних складів кримінальних правопорушень є категорія посади, яку займає особа: в ч. 5 – у незаконних органах влади, в ч. 7 – в незаконних судових або правоохоронних органах. При цьому зайняття посад, що не передбачають організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, належить кваліфікувати за ч. 2 ст. 111-1 КК.

Таким чином, критеріями розмежування складів кримінальних правопорушень, передбачених ст. 111-1 КК України, між собою та з іншими суміжними кримінальними правопорушеннями слід визнавати ознаки їх складів, пов'язані з об'єктом, діянням, місцем вчинення діяння, обстановкою вчинення кримінальних правопорушень, а також із суб'єктом та суб'єктивною стороною. У першу чергу таке розмежування здійснюється за критеріями, пов'язаними за ознаками об'єктивної сторони та суб'єкта складів зазначених кримінальних правопорушень (ці критерії можна вважати обов'язковими (основними) для розмежування, без використання яких

розмежування неможливе). За допомогою цих критеріїв розмежовуються кримінальні правопорушення, передбачені: ч. 1 ст. 111-1 КК та ст.ст. 436, 436-2 КК; ст. 111-1 КК та ст. 111 КК; ч. 5 ст. 111-1 КК; ч. 3 ст. 111-1 КК та ст. 436 КК.

Необов'язковими (додатковими) критеріями розмежування є ознаки об'єкта, предмету кримінальних правопорушень та суб'єктивної сторони. За допомогою цих необов'язкових критеріїв розмежовуються злочини, передбачені: ч. 1 ст. 111-1 КК та ст.ст. 436, 436-2 КК; ч. 6 ст. 111-1 КК та ст. 114 КК; ч. 1 ст. 111-1 КК та ч. 6 ст. 111-1 КК; ч. 3 ст. 111-1 КК та ст. 436 КК.

Закон України від 24 березня 2022 р. № 2160-IX «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану» (далі – Закон від 24 березня 2022 р.), головним результатом чого стало доповнення Кримінального кодексу України (далі – КК) новою ст. 114-2, якою передбачається кримінальна відповідальність якраз таки за згадані вище суспільно небезпечні діяння. А вже 1 квітня 2022 р. законодавцем було прийнято Закон № 2178-IX, яким було внесено деякі зміни до прийнятої тижнем раніше аналізованої кримінально-правової новели.

Кримінально караним за ст. 114-2 КК визнається:

1) виключно «поширення» згаданої інформації. Відповідно, інкримінування цієї норми виключається у разі вчинення інших несанкціонованих дій із такою інформацією: її збирання, зберігання, відмінних від поширення форм використання тощо. Тому, всупереч деяким коментарям та повідомленням у ЗМІ, за ст. 114-2 КК не можуть каратися, скажімо, здійснювані без мети подальшого поширення несанкціоновані фото- та відеозйомка руху або розташування ЗСУ, переміщення зброї, бойових припасів, зокрема і наданих в якості іноземної військової допомоги, тощо. Водночас необхідно пам'ятати – за певних умов відповідальність за згадані дії може наставати за іншими нормами КК;

2) будь-яке, а не лише публічне, поширення відповідної інформації, тобто повідомлення такої інформації невизначеному числу осіб (хоча б одній людині) незалежно від способу таких дій (усно, письмово, друкованим способом, за допомогою комп'ютерної мережі, оголошення в публічному виступі на зборах, мітингу, засіданні тощо, у творі, що публічно демонструється тощо)[41]. З буквального тлумачення цих приписів випливає, що вчинене з будь-якою метою, навіть неопублічне передання відповідної інформації, скажімо, родичам, знайомим тощо формально вже є достатньою підставою для кваліфікації таких дій ст. 114-2 КК. Однак очевидно, що в таких випадках у нагоді може стати норма про малозначність (ч. 2 ст. 11 КК);

3) поширення лише тієї інформації, вичерпний перелік якої наведено у ч. 1 та ч. 2 розглядуваної кримінально-правової заборони. А це означає (чи виправдано – питання спірне), що за ст. 114-2 КК не може кваліфікуватися



поширення деякої іншої стратегічно важливої інформації, яке може бути шкідливим з військової точки зору. Йдеться, наприклад, про поширення відомостей про: – місця (локацію, координати) влучання ракет або артилерії ворога, на неприпустимість якого неодноразово вказував Генеральний штаб ЗСУ.

4) не лише, так би мовити, «первинне», а й «вторинне» поширення інформації. Тобто, до кримінальної відповідальності може бути притягнута не лише особа, яка власноруч, скажімо, проводила фото-, відеозйомку відповідних об'єктів (збирання відомостей), а потім поширювала цю інформацію, а й особа, яка, наприклад, здійснила репост (перепост) вже опублікованої інформації у Facebook, відповідний ретвіт тощо. Це ж саме стосується і дій суб'єкта, який, не будучи жодним чином причетним до збору, потім здійснив «первинне» поширення зібраної кимось іншим та ще не опублікованої інформації, яка вказується у ст. 114-2 КК.

Крім наведених вище, при оцінці наявності/відсутності підстав для інкримінування ст. 114-2 КК неодмінно слід зважати і на передбачений законодавством диференційований підхід відносно того, що: – якщо поширення інформації, про яку згадується у ч. 1 аналізованої кримінально-правової норми (умовно кажучи – про іноземну військову допомогу), дозволяється (є санкціонованим) після її розміщення (поширення) у відкритому доступі Генеральним штабом ЗСУ, МОУ, Головним управлінням розвідки МОУ чи СБУ або в офіційних джерелах країн-партнерів, то поширення інформації, перерахованої у ч. 2 ст. 114-2 КК (умовно кажучи – про дислокацію ЗСУ та інших військових формувань), допускається після її розміщення у відкритому доступі Генеральним штабом ЗСУ, МОУ або іншими уповноваженими державними органами, про які (маються на увазі інші державні органи) не згадується у контексті поширення інформації щодо іноземної військової допомоги; – якщо за ч. 1 ст. 114-2 КК кримінально караним визнається будь-яке несанкціоноване поширення відповідної інформації, то обов'язковою умовою інкримінування ч. 2 є те, що розповсюдження інформації про переміщення, рух або розташування ЗСУ чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань дало змогу їхньої ідентифікації на місцевості.

### ВИСНОВКИ З ТЕМИ:

Таким чином, розглянуті в лекції кримінальні правопорушення проти основ національної безпеки України за характером діянь, тих наслідків, які настають або можуть настати, за мотивами і метою їх вчинення є найбільш суспільно-небезпечні для нашої держави, посягаючи на конституційний лад України, на її суверенітет, територіальну цілісність і недоторканість, обороноздатність, державну, економічну чи інформаційну безпеку країни. Так

як національна безпека України, як стан захищеності життєво важливих інтересів особи, суспільства та держави від внутрішніх і зовнішніх загроз є необхідною умовою для примноження духовних і матеріальних цінностей. В силу чого вони є найбільш небезпечними посяганнями на суспільні відносини, які забезпечують державну безпеку, обороноздатність, незалежність країни, її конституційний лад. Без належної кримінально-правової охорони, кваліфікації та визначення проблем при кваліфікації цих злочинів неможливе нормальне функціонування держави та відповідних її інститутів.

## МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ

Під час лекції розглядаються лише базові, основоположні теоретичні поняття та проблеми визначені у плані лекції. При підготовці теми, слухачам слід враховувати різнобічні наукові підходи до визначення та розуміння деяких питань.

Зокрема, необхідно проаналізувати основні теоретичні підходи до розуміння поняття «безпека» як такого, що активно використовується в літературних і нормативних джерелах (безпека як: відсутність ризику, загроз і небезпек; відповідність певним правилам чи параметрам; сукупність заходів; стан захищеності). Також рекомендується з'ясувати значення слова «національний» у терміні-словосполученні «національна безпека», визначити зміст й основні ознаки нормативного поняття «національна безпека».

При цьому рекомендується звернутися до Закону України «Про національну безпеку України» від 21.06.2018 р. № 2469-VIII (у чинній редакції) метою визначення того, як положення цього Закону впливають на з'ясування змісту «основи національної безпеки України» як охоронюваної КК України цінності (зокрема, статті 1 – 3).

Для вдалого засвоєння цієї теми, слухачам рекомендується звернутись не лише до базового (обов'язкового) списку літератури, а й до інших наукових джерел, які можна знайти у бібліотеці університету.

Так, під час розгляду теми, слід, також, використовувати наукові праці як українських, так і зарубіжних вчених. Однак, опрацьовувати додаткову літературу слід з урахуванням національної доктрини, особливостей правової системи України.

## **ТЕМА № 7. ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ЖИТТЯ ТА ЗДОРОВ'Я ОСОБИ (4 ГОДИНИ)**

### **ПЛАН ЛЕКЦІЇ:**

1. Актуальні проблеми кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення проти життя.

2. Деякі питання кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення проти життя у рішеннях ЄСПЛ.

3. Проблеми кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення проти здоров'я особи.

### **РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:**

5. В'юник М. В. Кримінально-правове регулювання в Україні: реалії та перспективи (аналітичні матеріали) / М. В. В'юник, М. В. Карчевський, О. Д. Арланова ; упоряд. Ю. В. Баулін ; Коміс. з питань прав. реформи, Робоча група з розвитку кримін. права. Харків : Право, 2020. 212 с.

6. Гузела М. В., Грицак З. М. Кримінально-правова характеристика юридичного складу умисного вбивства, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК України. Журнал східноєвропейського права. 2021. № 87. С. 17-23.

7. Ломага Ю. Т. Система норм про умисне вбивство у Кримінальному кодексі України як юридико-технічна передумова проблем кваліфікації їх за сукупністю злочинів. Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України: збірник наукових праць Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника. 2022. Вип. LIX. С. 131–144.

8. Пересада О. М. Відмежування умисного вбивства від самогубства та нещасного випадку: теоретико-методологічні підходи. Правовий часопис Донбасу. 2021. № 2. С. 88–95.

9. Тютюгін В.І. Науковий внесок академіка В. Я. Тація у вирішення проблем кваліфікації умисного вбивства за обтяжуючих обставин. Проблеми законності. 2020. Вип. Спец. вип. С. 159-170.

10. Шаблистий В.В., Коломієць В. Ю. Тілесне ушкодження як злочин проти життя та здоров'я людини за кримінальним правом України : монографія. Дніпро : видавець Біла К.О., 2020. 164 с.

### **МЕТА ЛЕКЦІЇ:**

✓ навчальна: формування знань про сучасні динамічно-перемінні актуальні теоретичні та прикладні проблеми кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення проти життя та здоров'я особи,

✓ розвиваюча: формування пізнавальної активності здобувачів освіти, залучення їх у процес наукового пошуку для подальшого самостійного осмислення ними перспектив та головних напрямів розв'язання зазначених проблем;

✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи функціонування правової держави; ціннісних орієнтирів відповідно до ідеалів гуманізму, демократії, соціальної справедливості.

### **ВСТУП**

Особливістю сучасної кримінально-правової політики України є суттєве розширення у чинному КК кола кримінальних правопорушень проти життя та здоров'я особи. Залишивши у чинному КК класичні види кримінально-правових заборон (норми про вбивство, тілесні ушкодження, доведення до самогубства тощо), законодавець до їх переліку додав низку нових складів кримінальних правопорушень. Наприклад, домашнє насильство (ст. 126<sup>1</sup> КК), катування (ст. 127 КК), незаконне проведення дослідів над людиною (ст. 142 КК), порушення встановленого законом порядку трансплантації анатомічних матеріалів людини (ст. 143 КК), насильницьке донорство (ст. 144 КК) тощо. Відтак з'явилися більш ширші можливості для кримінально-правового захисту життя та здоров'я особи та, відповідно, проблеми розмежування суміжних складів кримінальних правопорушень.

## **1. АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ЖИТТЯ**

У теорії кримінального права кримінальні правопорушення проти життя визначаються як вчинені умисно або з необережності суспільно небезпечні діяння, що посягають на життя іншої людини і безпосередньо спричиняють їй смерть, або доводять до самогубства. Через підвищену суспільну небезпечність майже всі кримінальні правопорушення проти життя особи визнаються злочинами. До числа кримінальних проступків належить тільки погроза вбивством (ст. 129 КК).

Водночас існує багато суперечливих питань, у тому числі щодо понять, які містяться в КК України, та розмежування злочинів один від одного. У подальшому це потребує окремих досліджень щодо охорони здоров'я особи від злочинних посягань та вдосконалення положень чинного законодавства.

Насамперед, визначення законодавцем поняття «вбивство», наведене у ч.1 ст. 115 КК України як «умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині», створює неоднозначне та неправильне розуміння діяння, що мало

своїм наслідком заподіяння смерті іншій особі через *необережність* (ст.119 КК).

По-друге, представляє інтерес дискусія щодо визначення початкового моменту життя людини. Зокрема, аналіз наукової літератури показав, що багато вітчизняних і зарубіжних вчених наголошують на потребі кримінально-правового захисту життя дитини ще до пологів.

Наприклад, на думку професора О.М. Попова, законодавець зробив тільки півкроку у кримінально-правовій охороні життя, не пов'язавши відповідальність за такий злочин із кримінально-правовою охороною життя дитини, що перебуває в утробі матері.

Слушною видається позиція професора Н.М. Ярмиш, яка звертає увагу на те, що умертвіння дитини навіть в утробі матері за умов, що пологи розпочались, а строк вагітності складає хоча б двадцять два тижні — це вбивство.

Відповідно, внутрішньоутробне позбавлення життя плоду до початку пологового процесу залежно від сукупності наявних об'єктивних та суб'єктивних ознак може кваліфікуватись як незаконне проведення абортів (ст. 134 КК України) або тяжке тілесне ушкодження (статті 121, 123, 124, 128 КК України).

Тобто, згідно із вітчизняним законодавством повноцінну кримінально-правову охорону життя людина має або з моменту початку фізіологічних пологів (незважаючи на місце перебування плоду: в утробі матері або зовні), або з моменту штучного вивільнення плоду з утроби матері внаслідок кесарева розтину.

До цього моменту життя ембріона (плоду) людини може бути лише додатковим факультативним об'єктом у 85 складах кримінальних правопорушень, спрямованих на захист життя та здоров'я вагітної жінки, або, взагалі, «випадає» із зони дії кримінального закону.

Для правильної кваліфікації кримінального правопорушення, досить важливим є правильне визначення моменту (часу) народження і смерті людини.

Зокрема таким, що народився живим, є новонароджений, у якого наявна хоча б одна з таких ознак: дихання; серцебиття; пульсація судин пуповини; рухи скелетних м'язів.

Показовим є те, що КК України, на відміну від КПК України, не містить роз'яснення терміну «потерпілий від кримінального правопорушення». Разом із тим, поняття «потерпіла особа» чи «потерпілий» неодноразово зустрічаються у кримінально-правових нормах.

У кримінальному праві поняття потерпілого від кримінального правопорушення присутнє виключно в теорії, яка, своєю чергою, роль потерпілого ставить далеко не на останнє місце, хоча, як справедливо зазначається в сучасних наукових джерелах, проблема потерпілого від кримінального правопорушення у кримінальному праві має комплексний і міжгалузевий характер та розроблена ще недостатньо.

У теорії кримінального права при дослідженні будь-якої ознаки складу кримінального правопорушення одним з основних є питання, який елемент кримінального правопорушення (об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт, суб'єктивну сторону) характеризує ознака потерпілого.

В юридичній літературі щодо потерпілого висловлюються різні думки. Одні вчені стверджують, що потерпілий характеризує об'єкт кримінального правопорушення (Є. Фролов). Другі вважають, що потерпілий і об'єкт кримінального правопорушення – це практично тотожні за змістом поняття (Г. Новосьолов). З точки зору третіх, потерпілого слід відносити до ознак об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення (О. Радутний).

Вчений, М.В. Сенаторов, з'ясовуючи місце потерпілого від кримінального правопорушення серед його елементів, насамперед пов'язує вирішення цього питання із потребою встановлення змісту поняття «об'єкт кримінального правопорушення».

Так, якщо визначати об'єкт як певну взаємодію між соціальними суб'єктами, як суспільне відношення, на яке посягає кримінальне

правопорушення, то, вочевидь, потерпілий є ознакою, яка характеризує таке відношення, розкриває його зміст.

Якщо ж стверджувати, що об'єктом кримінального правопорушення є люди (окремі фізичні особи або ж певна множинність осіб), яким кримінальне правопорушення заподіює чи створює загрозу заподіяння шкоди, то поняття об'єкта і потерпілого найімовірніше співпадуть.

Якщо вважати, що об'єкт – це благо, суб'єктивне право чи інтерес, на який посягає кримінальне правопорушення, то потерпілого як володільця блага, суб'єктивного права чи інтересу необхідно відносити до ознак об'єктивної сторони кримінального правопорушення.

Поділяючи думку про те, що об'єктом кримінального правопорушення є суспільні відносини, то логічним вбачається вивчення потерпілого як елемента об'єкта.

У науковій літературі переважає думка про те, що структура об'єкта кримінального правопорушення містить три елементи: суб'єкти (учасники) суспільних відносин; соціальний зв'язок між ними; предмет, з приводу якого існують відносини.

Проаналізувавши дослідження вчених-юристів з цього питання, можна стверджувати, що всі вони визнають обов'язковим елементом суспільних відносин їхніх суб'єктів (учасників).

Наприклад, В.Я. Тацій зазначає, що безсуб'єктних суспільних відносин не існує. Якщо немає суб'єктів відносин, то, очевидно, не існує й самих відносин, які завжди є певним зв'язком між певними суб'єктами.

Зміст більшості визначень потерпілого від кримінального правопорушення, що використовуються вченими, які досліджують таку проблематику у кримінальному праві, як правило, варіюється в межах переліку певного кола правосуб'єктів.

Учасники (сторони) будьяких суспільних відносин є носіями відповідних охоронюваних законом прав, обов'язків та інтересів, що існують з приводу тих чи інших благ (предметів відносин).

Залежно від того, з якого боку вони виступають у відносинах як носії прав чи обов'язків, суб'єктів суспільних відносин можна поділити на дві групи.

До першої належать суб'єкти, які мають юридичні обов'язки, а до другої – суб'єкти, які володіють певними благами, правами та відповідними інтересами.

Суб'єкти суспільних відносин, що перебувають під охороною кримінального закону, які мають певні блага, права та інтереси, у разі вчинення кримінальних правопорушень виступають потерпілими від них.

Науковці А.А. Музика та Є.В. Лащук у своїх працях, присвячених предмету кримінального правопорушення, пропонують виділяти поняття загального потерпілого від кримінального правопорушення, яким є людина, стосовно якої у тексті кримінального закону використовується термін «потерпілий».

Якщо правове становище (статус), вік, стать чи інші ознаки людини у кримінальному законі виділено спеціальним терміном, таку людину слід називати спеціальним потерпілим від кримінального правопорушення.

Як правило, кримінальні правопорушення зі спеціальним потерпілим відрізняються підвищеним ступенем суспільної небезпечності. У деяких випадках спеціальні ознаки потерпілого є кваліфікуючими ознаками кримінального правопорушення.

Цікаво, що вказівкою на потерпілого ніколи не характеризується знижена суспільна небезпечність кримінального правопорушення, тобто потерпілий не може бути ознакою привілейованого складу кримінального правопорушення.

Проте найбільше проблем у судовій практиці виникає при кваліфікації умисних вбивств за обтяжуючих обставин.

В межах даного лекційного питання розглянемо актуальні питання про відповідність реалій застосування закріпленої в п. 10 ч. 2 ст. 115 КК України конструкції умисного вбивства, поєднаного із згвалтуванням і насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом, принципу *non bis in idem* і, відповідно, перспективи її подальшого існування



Адже вказана законодавча конструкція породжує в юридичній літературі (праці Л.П. Брич, І.М. Гнатів, І.І. Давидович, Н.А. Дідківської, І.О. Зінченко К.П. Задой, О.В. Крючкової, О.Б. Шигоніна, Н.М. Ярмиш та ін.) появу суперечливих суджень щодо того, чи виключає вона кваліфікацію за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених відповідними частинами статтями 115, 152 (153) КК, і чи поглинається нею факт вчинення зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом (надалі з метою більш стислого викладення матеріалу в основному йтиметься про співвідношення вбивства та зґвалтування).

Насамперед, зауважимо, що з усталеного в доктрині і на практиці положення (дотичного до розглядуваної проблематики): якщо при зґвалтуванні чи замаху на цей злочин винний заподіяв потерпілій особі смерть через необережність, то його дії охоплюються ч. 4 ст. 152 (за ознакою настання особливо тяжких наслідків зґвалтування) і додаткової кваліфікації за ст. 119 КК не потребують. Умисне вбивство ч. 4 ст. 152 КК не охоплюється. Дії особи, яка в процесі зґвалтування (замаху на нього) чи одразу після нього вчинила умисне вбивство потерпілої особи, в судовій практиці зазвичай кваліфікуються за п. 10 ч. 2 ст. 115 (вбивство, поєднане зі зґвалтуванням) і, відповідно, за ст. 15, ст. 152 або ст. 152 КК (інкримінування тієї чи іншої частини статті КК про зґвалтування залежить від наявності в діях винного кваліфікуючих ознак цього кримінального правопорушення).

Причому Пленум Верховного Суду України (далі – ВСУ), послідовно обстоюючи положення про кваліфікацію вчиненого за сукупністю кримінальних правопорушень (абз. 1 п. 14 постанови від 7 лютого 2003 р. № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи», абз. 2 п. 2 постанови від 30 травня 2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи»), наголосив на необхідності інкримінування в цьому разі саме ч. 4 ст. 152 КК (у зв'язку зі спричиненням особливо тяжких наслідків зґвалтування).

Поділяючи позицію Пленуму ВСУ, Ю.О. Фідря пише, що смерть особи внаслідок вчинення умисного убивства, поєднаного із зґвалтуванням, треба визнавати різновидом особливо тяжких наслідків зґвалтування.

Видається, однак, що мають рацію В.О. Навроцький і Н. Ярмиш, які в згаданих роз'ясненнях Пленуму ВСУ вбачають порушення принципу *non bis in idem*.

Таким чином, у розглядуваній ситуації смерть потерпілої особи не повинна розглядатись як прояв особливо тяжких наслідків зґвалтування, оскільки в протилежному випадку умисне спричинення смерті потерпілій особі буде двічі інкриміноване винному. А це суперечило б ст. 61 Конституції України, згідно з якою ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне і те ж правопорушення, а так само виробленому теорією кримінально-правової кваліфікації положенню про недопустимість подвійного інкримінування.

На користь того, що в цьому випадку не слід інкримінувати згадану кваліфікуючу ознаку, певною мірою вказує роз'яснення, наведене в п. 14 постанови Пленуму ВСУ від 4 червня 2010 р. № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки».

Тут, зокрема, сказано, що якщо загибель однієї або кількох осіб є проявом передбачених відповідною частиною статті Особливої частини КК тяжких або особливо тяжких наслідків, то умисне спричинення смерті цією частиною не охоплюється і потребує окремої кваліфікації за відповідною статтею КК.

О.В. Крючковою висловлено думку про те, що кваліфікація закінченого зґвалтування, поєднаного із закінченим умисним вбивством, за ч. 1 ст. 152 і п. 10 ч. 2 ст. 115 КК також не узгоджується зі ст. 61 Конституції України і ч. 3 ст. 2 КК, що закріплюють принцип *non bis in idem*. Стверджується, що такі дії треба кваліфікувати лише за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК як нормою, що передбачає відповідальність за складене кримінальне правопорушення – враховану законодавцем сукупність закінчених умисного вбивства і зґвалтування.

Подібним чином розмірковує О.Б. Шигонін, зазначаючи, що вчинення насильницьких сексуальних дій і позбавлення життя потерпілої особи незалежно від просторово-часової комбінації їх поєднання складають єдине (складене) кримінальне правопорушення, передбачене п. 10 ч. 2 ст. 115 КК, а це виключає кваліфікацію вказаних дій за сукупністю з ч. 4 ст. 152 і ч. 3 ст. 153 КК (такий крок означатиме подвійне ставлення у вину).

Здійснивши тлумачення роз'яснень, наведених в пунктах 11 і 12 постанови Пленуму ВСУ від 4 червня 2010 р. № 7 «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки», К.П. Задоя так само робить висновок про те, що умисне вбивство, поєднане зі зґвалтуванням і насильницьким задоволенням статевих пристрастей неприродним способом, і власне статевий злочин мають кваліфікуватись лише за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК як нормою-«цілим», що охоплює норму-«частину» (відповідні частини ст. 152 і ст. 153 КК).

Взагалі в юридичній літературі, як вже зазначалось, не спостерігається єдності думок із питання, чи повинна закріплена в п. 10 ч. 2 ст. 115 КК конструкція виключати кваліфікацію за сукупністю таких кримінальних правопорушень, як умисне вбивство та зґвалтування.

Традиційний (усталений на практиці) підхід, у межах якого аналізовані дії кваліфікуються за сукупністю кримінальних правопорушень і правильність якого останнім часом ставиться під серйозний багатьма вітчизняними науковцями, виходить з того, що умисне вбивство не є способом вчинення зґвалтування, а зґвалтування, своєю чергою, – способом вчинення умисного вбивства. Зґвалтування не охоплюється об'єктивною стороною (не містить ознак) умисного вбивства і навпаки. Вказані кримінальні правопорушення посягають на різні безпосередні об'єкти та вчиняються різними діяннями, а тому потребують самостійної юридичної оцінки.

Відповідно, тут варто вести мову не про конкуренцію частини і цілого, а про сукупність кримінальних правопорушень, для якої характерним є те, що жодна з кримінально-правових заборон не охоплює вчинене повністю – воно

може отримати належну оцінку лише шляхом застосування кількох норм Особливої частини КК.

Як приклад правильної кваліфікації вчиненого за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених відповідними частинами ст. 115 і ст. 153 КК, у підготовленому Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ узагальненні «Про судову практику розгляду кримінальних проваджень щодо злочинів проти життя і здоров'я особи за 2014 рік» наводиться витяг з вироку Очаківського міськрайонного суду Миколаївської області від 1 липня 2014 р.

Цим вироком А. визнано винуватим у тому, що, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, він задовольнив статеву пристрасть неприродним способом із застосуванням насильства щодо малолітнього потерпілого С. Далі А. схопив потерпілого за шию і став стискати горло, вдарив С. головою об металевий борт баржі, внаслідок чого потерпілий втратив свідомість і перестав подавати ознаки життя, після чого А. кинув тіло в річку. Дії підсудного кваліфіковано за сукупністю злочинів, передбачених ч. 3 ст. 153, пунктами 2, 10 ч. 2 ст. 115 КК.

Цілком очевидно, що ґрунт для позначеної вище наукової дискусії породжений законодавцем. Адже із закріпленого в п. 10 ч. 2 ст. 115 КК формулювання – «умисне вбивство, поєднане із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом» зовсім непросто зрозуміти, що саме воно позначає: складене кримінальне правопорушення, підвищена суспільна небезпека якого визначається поєднанням («синтезом») вбивства та іншого кримінального правопорушення (зґвалтування або насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом), чи все ж кваліфікований різновид вбивства, що не є складеним кримінальним правопорушенням і виокремлений через наявність зв'язку із вчиненням найбільш небезпечних (насильницьких) статевих злочинів.

Тут доречно нагадати, що складеними визнаються кримінальні правопорушення, об'єктивна сторона яких складається з двох або більше діянь,

кожне з яких за умови окремого (ізолюваного) вчинення становило б собою самостійне кримінальне правопорушення, яке кваліфікувалося б за окремою нормою КК.

У складеному кримінальному правопорушенні діяння перебувають у субординаційній залежності: одне з них є основним і відіграє головну роль у визначенні змісту та спрямованості злочинного посягання; інше діяння є додатковим, таким, що супроводжує основне діяння, сприяє його вчиненню.

Вести мову про вказану субординаційну залежність зґвалтування від вбивства достатніх підстав немає.

Як загалом слушно зауважує з цього приводу І.О. Зінченко, більш доречним було б інше (зворотне) законодавче формулювання – «зґвалтування, поєднане з вбивством». Адже вбивство вчиняється або в процесі зґвалтування, або після зґвалтування з метою його приховання, або з помсти за вчинений опір, проте завжди зґвалтування передує вбивству. Однак за такого формулювання кваліфікуючої ознаки її варто було б розміщувати в статті КК про відповідальність за зґвалтування, а не за вбивство.

Тому задля збереження «підлеглого» характеру зґвалтування щодо вбивства відповідну кваліфікуючу ознаку в науці кримінального права запропоновано позначити інакше – як «вбивство при зґвалтуванні».

Видається, однак, що таке формулювання менш чітко (навіть порівняно з чинною редакцією п. 10 ч. 2 ст.115 КК) позначатиме специфіку відповідного різновиду кваліфікованого вбивства, що і надалі породжуватиме дискусії.

Вітчизняна дослідниця І.М. Гнатів переконана в тому, що використання конструкції «поєднане з ...» для створення складу кримінального правопорушення, суспільна небезпека якого рівнозначна суспільній небезпеці його складових (зокрема, це стосується вбивства, поєднаного зі зґвалтуванням), неприйнятне з огляду на загрозу порушення принципу «non bis in idem».

Н.М. Салєва, яка присвятила дисертаційне дослідження проблемам кримінальної відповідальності за вбивства, поєднані з іншими кримінальними правопорушеннями, переконливо доводить, що ці вбивства, хоч і посягають на

кілька об'єктів кримінально-правової охорони, не повинні розглядатись як складені кримінальні правопорушення. Поняття поєднання, будучи похідним від інших суб'єктивних ознак умисного вбивства, означає взаємозв'язок вбивства та інших злочинів як самостійних явищ, що не підпорядковані одне одному і не співвідносяться між собою як ціле і частина. «Поєднане» вбивство передуює, супроводжує або слідує безпосередньо за тим чи іншим кримінальним правопорушенням, може бути обумовлено цим кримінальним правопорушенням, може сприяти його вчиненню тощо.

В межах розгляду даного питання лекції окремої уваги заслуговують проблеми диференціації кримінальної відповідальності за умисне вбивство. Зокрема, в статтях 115, 116, 117, 118, 119 КК закріплено відповідальність за вбивства, вчинені при різних обставинах.

В залежності від того, який ступінь суспільної небезпеки становить вбивство в поєднанні з обставиною, яка передбачена в законі, теорія кримінального права поділяє вбивства на три види.

Перший вид, це так званий основний або простий склад вбивства, який не містить пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин, він передбачений ч.1 ст.115 КК.

Другий вид, об'єднує в собі вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання (ст.116 КК), вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини (ст.117 КК), вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (ст.118 КК), і називається вбивством при пом'якшуючих обставинах або привілейованим складом вбивства.

До третього виду – вбивства при обтяжуючих обставинах або кваліфікованого вбивства, відноситься умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині, вчинене за наявності однієї чи декількох обставин, зазначених у ч.2 ст.115 КК та інші вбивства передбачені окремими статтями Особливої частини КК, наприклад, посягання на життя державного чи громадського діяча (ст.112 КК), працівника правоохоронного органу, члена громадського

формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця (ст.348 КК) та інші.

Слід зазначити, що дана класифікація стосується лише умисних вбивств і вбивство з необережності сюди не відноситься.

Воно підпадає під загальний розподіл цих кримінальних правопорушень за формою вини. Хоча на нашу думку, саме використання поняття “вбивство через необережність” в нашому Кримінальному кодексі є досить не вдалим і суперечливим.

Крім того, норма, яка б окремо передбачала кримінальну відповідальність, за вбивство, вчинене на прохання потерпілого і з мотивів співчуття до нього або ж з метою полегшити його страждання, в Кримінальному кодексі України відсутня.

Вчинення такого кримінального правопорушення кваліфікується за ч.1 ст.115 КК, як простий склад вбивства.

Санкція ч.1 ст.115 КК, за умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині передбачає позбавлення волі на строк від семи до п'ятнадцяти років, тобто суд, призначаючи покарання за вбивство вчинене шляхом евтаназії, не може виходити за ці, встановлені законом, межі.

Звичайно, в залежності від обставин справи, евтаназія може бути врахована як пом'якшуюча обставина, оскільки їх перелік в ч.1 ст.66 КК не є вичерпним. Але виходячи з того, що подібних прецедентів, на даний момент не має і суди в основному застосовують пом'якшуючі обставини чітко вказані у законі, такий варіант може бути скоріше виключенням, ніж закономірністю.

Залишаючи без змін перелік привілейованих складів вбивств, покарання за які є значно меншими, чим за простий склад, законодавець вирішив, що пом'якшення відповідальності за вбивство, вчинене за бажанням потерпілого є недостатньо обґрунтованим. Але потрібно враховувати, що одним із основних критеріїв, який служить підставою встановлення відповідальності за кримінальне правопорушення, є його суспільна небезпечність.

На наш погляд, умисне вбивство, вчинене на ґрунті особистих неприязних стосунків та вбивство шляхом евтаназії не можуть бути рівнозначними за ступенем небезпеки, який вони становлять для суспільства.

Так само, вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини вважається кримінальним правопорушенням при пом'якшуючих обставинах і це вважається закономірним, а вбивство інваліда, який страждає від нестерпного фізичного болю і благає лікаря допомогти йому померти, таким не визнається.

Скоріше всього, подібний стан речей в українському кримінальному праві продиктований певною догматичністю поглядів на евтаназію, які у свою чергу сформувалися внаслідок історичних та релігійних особливостей нашої держави.

Якщо ми проаналізуємо склади кримінальних правопорушень проти життя та здоров'я, передбачені у дев'ятнадцятому розділі Кримінального кодексу Польщі, то побачимо, що кількість норм, які передбачають кримінальну відповідальність за вбивства, в цій країні значно менша, ніж у нас.

Польські законодавці обмежуються оптимальним варіантом кримінально-правового захисту життя особи від протиправних посягань, і мабуть у них є на це підстави.

Але слід звернути увагу на те, що до числа існуючих норм, вони включили окрему статтю, яка передбачає кримінальну відповідальність за вбивство людини на її вимогу і під впливом співчуття до неї (§1, ст.150).

До того ж, враховуючи, що вбивства за КК Польщі також можна розділити за ступенем суспільної небезпеки, на аналогічні українському КК три види, зазначений вище склад кримінального правопорушення відноситься до привілейованого вбивства на рівні з умисним вбивством матір'ю своєї новонародженої дитини.

Сам термін “евтаназія” є досить суперечливим, що ускладнює його тлумачення і викликає термінологічну плутанину. Ми в будь-якому випадку схилиємося до введення в Кримінальному кодексі України окремої норми, яка б передбачала кримінальну відповідальність за умисне спричинення смерті



людині на її прохання, але при цьому потрібно дуже виважено підійти до її конструкції.

Розрізняють два види евтаназії, пасивну і активну. Пасивна виражається в тому, що припиняється надання направленої на продовження життя медичної допомоги, що прискорює настання природної смерті. Активна евтаназія – це введення хворій людині будь-яких медичних або інших засобів чи вчинення інших дій, які тягнуть за собою швидке і безболісне настання смерті. Така евтаназія може мати такі форми:

1) “Вбивство з милосердя” – має місце в тих випадках, коли лікар, спостерігаючи страждання безнадійно хворої людини і не має можливості їх припинити, наприклад, вводить їй велику дозу знеболюючого препарату, в результаті чого настає бажаний для хворого смертельний наслідок;

2) “Самогубство, за допомогою лікаря” – відбувається, коли лікар лише допомагає невиліковному хворому покінчити з життям;

3) Власне активна евтаназія – може відбуватися і без допомоги лікаря. Пацієнт сам включає прилад, який приводить його до швидкої і безболісної смерті, і наче сам накладає на себе руки.

### **Висновок до 1 питання.**

Таким чином, при створенні кримінально-правової норми про евтаназію, необхідно дати чітке визначення даного поняття і встановити певні кваліфікуючі ознаки, в залежності від наведених вище видів. Що стосується покарання, то за це кримінальне правопорушення, максимальні його межі повинні відповідати покаранню за умисне вбивство при пом'якшуючих обставинах.

## **2. ДЕЯКІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ЖИТТЯ У РІШЕННЯХ ЄСПЛ**

Останнім часом посилилася увага до дотримання в кримінальному судочинстві міжнародних принципів, зокрема положень статей 6 та 7 Конвенції

про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікованої Законом України №475/97-ВР від 17 липня 1997 р. У ст. 6 Конвенції «Право на справедливий суд» зазначається таке:

1. Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.

2. Кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку.

3. Кожен обвинувачуваний у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права:

а) бути негайно й детально проінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього;

б) мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту;

в) захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника, одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя;

г) допитувати свідків обвинуваченим або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й донн і у свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинуваченим,

д) якщо він не розуміє мови, яка використовується в суді або не розмовляє нею, одержувати безоплатну допомогу перекладача.

Стаття 7 Конвенції «Ніякого покарання без закону» присвячена питанням караності кримінальних правопорушень. Відповідно до її приписів нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним

законом або міжнародним правом. Також не може бути призначене суворіше покарання, ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення.

Зміст діяльності Європейського Суду з прав людини полягає в тому, щоб перевірити, чи за певних обставин, наведених заявником, держава діяла в межах своїх обов'язків відповідно до Конвенції та не допустила її порушення. ЄСПЛ тлумачить положення Конвенції, розвиваючи їх до конкретних обставин, які є предметом розгляду відповідної справи.

За даними членів Української Гельсінської спілки з прав людини, які досліджували практику ЄСПЛ щодо дотримання українськими судами положень ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод при здійсненні кримінальних проваджень, найбільша кількість оскаржень рішень національних судів у справах про кримінальні правопорушення проти життя стосувалася саме процесуальних аспектів порушення права громадян на справедливий суд. Утім зазначається, що простежується чітка тенденція до збільшення використання практики Європейського суду. Судді не бояться посилатися на різні європейські рішення, оскільки розуміють що до уваги потрібно брати всі точки зору, а особливо позицію такого міжнародного судового органу, як Європейський суд з прав людини. Міжнародна судова прецедентна практика не може завадити, а лише допоможе суддям набуту професійних знань та вмінь.

За приклад застосування національними судами рішень ЄСПЛ проти України щодо порушення ст. 6 Конвенції може стати кримінальна справа №580/13/13-к, рішення з якої було винесено колегією суддів судової палати з кримінальних справ Апеляційного суду Харківської області.

Вироком Лебединського районного суду Сумської області М. було засуджено за ч. 1 ст. 115 КК до покарання у виді позбавлення волі строком на тринадцять років. Як встановив суд першої інстанції, М. з метою з'ясування особистих стосунків із Ш. пішов із ним на луг, де у ході сварки, вважаючи себе ображеним, наніс потерпілому Ш. декілька ударів у потиличну ділянку голови,

а потім схопив останнього обома руками за шию спереду і протягом декількох хвилин здавлював її, свідомо позбавляючи потерпілого можливості дихати. Після того, як потерпілий перестав подавати ознаки життя, бажаючи приховати вчинене кримінальне правопорушення, відтягнув труп Ш. до викопаної на луку ями та закопав його. Після цього одяг потерпілого заховав, а барсетку і ключі забрав із собою.

В апеляційній скарзі захисник М. просив вирок суду скасувати та закрити кримінальне провадження у зв'язку з невинуватістю М. у інкримінованому діянні, посилаючись на те, що вирок суду першої інстанції був незаконним і необґрунтованим внаслідок невідповідності висновків суду фактичним обставинам справи та істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону. Зокрема судом не був урахований факт незаконного застосування до М. адміністративного арешту та застосування незаконних методів фізичного та психологічного тиску, внаслідок чого він змушений був себе обмовити.

Виносячи рішення по цій справі, колегія суддів зазначила, що даючи оцінку доказів, суд першої інстанції не звернув увагу на те, що покази М. під час відтворення обстановки та обставин події були зумовлені попереднім незаконним поведінням із ним, у тому числі і незаконним арештом, та отримані внаслідок істотного порушення прав і свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, а тому на думку колегії суддів не можуть бути визнані судом як допустимі докази з огляду на положення ст. 87 КПК України.

Стаття 62 Конституції України передбачає, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь. Згідно зі ст. 8 КПК України кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права відповідно до якого людина, її права і свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Принцип верховенства права у

кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського Суду з прав людини. Зокрема, у рішенні ЄСПЛ «Ушаков та Ушакова проти України» від 18 червня 2015 р. зазначається, що медичні докази, які підтверджували заподіяння заявнику тілесних ушкоджень, так і не було спростовано. Крім того, органи влади не висунули жодного альтернативного пояснення щодо походження тілесних ушкоджень у заявника, окрім загальної інформації, що деякі з них він міг сам собі завдати. ЄСПЛ указав, що визнавальні покази заявника було отримано внаслідок жорстокого з ним поводження. Органи влади не пояснили пізнішу відмову заявника від визнавальних показів. Більше того, первинні визнавальні покази заявника лягли в основу його засудження, і суди навіть не намагалися встановити чи було їх надано добровільно. Загалом ЄСПЛ дійшов висновку, що права заявника не свідчити проти себе та на правову допомогу було обмежено на стадії досудового розслідування та що ці обмеження не було виправлено під час судового розгляду справи. Отже, було порушено пп. 1 та 3 ст. 6 Конвенції.

Апеляційний суд Харківської області, дослідивши у повному обсязі докази та покази свідків, які були покладені в основу обвинувального вироку судом першої інстанції, указав таке: виходячи із конституційного принципу презумпції невинуватості, закріпленому також у ст.6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ст. 17 КПК України, згідно з якими обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом, усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь. У порушення ст. 87 КПК України суд першої інстанції поклав в основу вироку недопустимі докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та основоположних свобод людини. На підставі зазначеного, колегія суддів констатувала, що обвинувальний вирок щодо М. не може вважатися законним і підлягає скасуванню .

Розглянемо ще декілька рішень ЄСПЛ щодо окремих порушень ст. 6 Конвенції при здійсненні кримінальних проваджень. Перша справа стосується порушення права зберігати мовчання та не свідчити проти себе. Справа

Тимченко проти України, заява №47351/06 від 13 жовтня 2016 р. Опис справи. У серпні 2005 р. Євген Тимченко приїхав із Сум до Києва. Одразу після цього міліція заарештувала його на залізничному вокзалі за підозрою у двох вбивствах та пограбуванні, які він скоїв у Сумах. У нього знайшли деякі речі, що належали жертвам. Наступного дня двоє міліціонерів із Сум повезли Тимченка назад. Під час перевезення міліціонери зупинялися, били його, катували, гвалтували дерев'яною палицею, набивали рот землею, вимагаючи зізнатися у злочині. Тимченко казав, що він цього не робив, а був лише свідком того, що це зробили його знайомі А. та С. Після катувань Тимченко погодився зізнатися у всіх злочинах, які йому приписували. Офіцери міліції також «відрепетитували» з ним усі потрібні їм показання.

18 серпня судмедексперт зафіксувала на тілі Тимченка численні побої, нанесені тупими твердими предметами. Крім того Тимченко розповів, що йому не дозволили поговорити з адвокатом наодинці, а сам адвокат не був зацікавлений у справі. Пізніше з'ясувалося, що адвокат із слідчим неофіційно умовляли його «розповісти їм правду», бо він написав сім варіантів зізнань і жодне з них не виглядало достатньо правдоподібно. Тимченко неодноразово подавав скарги, у яких заявляв про тиск та жорстоке поводження з боку правоохоронців. У вересні 2005 р. він відмовився від своїх свідчень, які давав під тиском і заявив, що нікого не вбивав, а був лише свідком вбивства, яке скоїли А. та С. Слідчий відмовився відкривати кримінальну справу за скаргою Тимченка, бо факт катування заперечували міліціонери, які його катували. У травні 2006 р. Обласний апеляційний суд Сум засудив Тимченка до довічного позбавлення волі з конфіскацією всього майна. Цей вирок суд виніс на основі свідчень самого обвинуваченого, а фактичні невідповідності у цих свідченнях визнав несуттєвими. Суд відхилив твердження Тимченка про його катування міліціонерами. Суд також не викликав важливого свідка, який був знайомий із людьми, яких Тимченко називав вбивцями.

У серпні 2006р. Верховний Суд України залишив вирок у силі, тому Тимченко разом із адвокатом звернулися до ЄСПЛ. У 2016 р. ЄСПЛ визнав, що

під час слідства із Тимченком поводитися жорстоко, розслідування цього факту не було, крім того правоохоронці порушили його право не свідчити проти себе. Це означає, що були порушені статті 3 та 6 Конвенції. ЄСПЛ присудив виплатити Тимченку з українського бюджету 9 тисяч євро компенсації нематеріальної шкоди та сформував таку правову позицію.

У цій справі Суд встановив, що державні органи несуть відповідальність за тілесні ушкодження заявника, отримані ним при нез'ясованих обставинах, у той час, коли він перебував під контролем міліції, незадовго до його першого допиту. Заявник довів це питання до відома суду першої інстанції і просив суд не брати до уваги його свідчення. У суді він також скаржився на психологічний тиск, який безперервно здійснювався на нього з боку відповідних працівників міліції. Проте суд першої інстанції не вжив жодних заходів для перевірки тверджень заявника і відхилив його скаргу на тій підставі, що це питання вже розслідувалося органами прокуратури. Такий формальний підхід ще більше незрозумілий, враховуючи той факт, що суд першої інстанції визнав проблему, пов'язану із надмірно тривалим утриманням під вартою заявника в ІТТ, де він міг піддаватися будь-якому тиску з боку працівників міліції, причетних до жорстокого поводження з ним. Крім того, за таких обставин справи, Суд вважає, що свідчення заявника зіграли важливу роль у його засудженні, незважаючи на те, що він пізніше відмовився від них як від отриманих під тиском.

У справі «Кривошей проти України», заява №7433/05 від 23 червня 2016 р. предметом оскарження стало порушення розумних строків кримінального провадження. Фактичні обставини справи такі. Заявника разом з іншими особами 15 серпня 2001 р. було затримано за підозрою у вчиненні декількох епізодів крадіжок. 24 серпня 2001 р. щодо заявника було порушено кримінальну справу за фактом заподіяння особі смертельних ушкоджень в результаті ДТП. У подальшому кримінальна справа за обвинуваченням заявника неодноразово виділялася у окреме провадження та об'єднувалася із іншими справами. Крім того, провадження у справі щодо заявника,

неодноразово зупинялося, а справа поверталась на додаткове розслідування. 24 травня 2012 р. районний суд визнав заявника винним та призначив йому покарання у виді восьми років позбавлення волі із конфіскацією всього належного йому майна.

Правова позиція ЄСПЛ щодо цієї справи була такою. Суд зазначив, що період, який має враховуватися, почався у цій справі 15 серпня 2001 р., коли заявника було затримано за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, та закінчився 24 травня 2012 р., коли у справі щодо заявника було винесено вирок. Провадження, яке включало до себе судове слідство та судовий розгляд справи судом тривало більш як десять років та дев'ять місяців. Суд зазначає, що основні затримки у провадженні були спричинені неодноразовим закриттям справи органами прокуратури, об'єднанням та виділенням справи щодо ДТП та вбивства А. Г. та повернення справи на додаткове розслідування. У зв'язку з цим суд наголошує, що повторна передача справи для повторного розслідування та повторного розгляду в рамках одного провадження може свідчити про серйозні недоліки в діяльності механізму кримінального правосуддя.

Вивчивши всі матеріали, Суд вважає, що Уряд не надав жодного факту чи аргументу, здатного переконати Суд дійти до іншого висновку в цій справі. Суд вважає що у цій справі органи влади не вирішили справу заявника з належною ретельністю і що тривалість кримінального провадження щодо обвинувачення заявника не відповідає вимогам розумного строку.

У справах про доведення до самогубства (ст. 120 КК) предметом оскарження до ЄСПЛ здебільшого також є процесуальні аспекти закриття кримінальних справ слідчим або прокурором. Так, у справі

«Качурка проти України» ЄСПЛ визначив порушення ст. 2 Конвенції у процесуальному аспекті й призначив відшкодування моральної шкоди заявникам. У даному випадку подружжя Качурків скаржилося на незаконне закриття кримінального провадження. Аналогічне рішення ЄСПЛ було прийнято у справах «Маснева проти України» та «Сергій Шевченко проти



України».

## **Висновок до питання 2.**

Таким чином, можна зробити висновок, що ЄСПЛ, дослідивши відмову держави розпочинати кримінальне провадження та здійснювати ефективне досудове розслідування за фактом вчинення кримінального правопорушення доведення до самогубства, вбачає порушення не матеріальних, а процесуальних норм. Розгляд матеріальних аспектів справи (тобто порушення норм матеріального права) судом не передбачається, і в усіх вищезгаданих випадках ЄСПЛ було відмовлено у визнанні їх порушеннями Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод.

## **3. АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ЗДОРОВ'Я ОСОБИ**

Не дивлячись на наявність великої кількості наукових публікацій, чимало аспектів кримінально-правової характеристики незаконного проведення абортів і покарання за нього продовжують залишатись дискусійними, особливо існуюча прогалина у кримінально-правовій охороні майбутнього (ненародженого) життя.

Наприклад, на думку Т. Тарасевич, склади кримінальних правопорушень, передбачених ст. 121 і ст. 134 КК, не конкурують між собою, а належать до суміжних, розмежувальною ознакою між якими є наявність (відсутність) згоди жінки на проведення такої операції. З урахуванням, зокрема, зарубіжного досвіду авторка пропонує вказати у диспозиції ч. 1 ст. 134 КК України на згоду вагітної на проведення операції штучного переривання вагітності.

Видається, однак, що потреби в такому уточненні КК України немає, оскільки наявність згоди вагітної жінки на проведення абортів і так очевидна; вона однозначно впливає, зокрема, із законодавчого визначення абортів, закріпленого в ст. 50 Основ законодавства України про охорону здоров'я (далі – Основи). За відсутності вказаної згоди незаконне переривання вагітності

вчинене утворюватиме склад іншого злочину проти здоров'я особи – умисного тяжкого тілесного ушкодження (ст. 121 КК).

З аналізу вітчизняної юридичної літератури, а також матеріалів правозастосовної практики також не випливає, що питання про розмежування вказаних складів кримінальних правопорушень потребує спеціального законодавчого вирішення.

Зокрема, окремими дослідниками вказується на неправильність запровадження такої кваліфікуючої ознаки складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 134 КК, як безплідність, на тій підставі, що цей наслідок може бути встановлений лише після спливу значного часу, а стосовно особи, яка не досягла статевої зрілості, – тільки після її досягнення.

Звернення до матеріалів правозастосовної практики і медичної літератури дозволяє стверджувати, що це не завжди так. *Наприклад, вироком Оболонського районного суду м. Києва за ч. 2 ст. 134 КК засуджено лікаря-гінеколога Л. У березні 2008 р. Л., перебуваючи на пенсії, незаконно провела аборт потерпілій А. не у спеціально-акредитованому закладі охорони здоров'я, а за місцем свого проживання. Унаслідок цього А. була госпіталізована до пологового будинку, де їй було проведено операцію і видалено матку з придатками.* Інкримінування Л. ч. 2 ст. 134 КК вважаємо правильним, адже вчиненим нею злочином потерпілій було спричинено безплідність.

Наведений приклад є показовим у тому сенсі, що наявність безплідності жодних сумнівів не викликала. Отже, закріплення безплідності як кваліфікуючої ознаки аналізованого складу кримінального правопорушення загалом не суперечить здійсненності кримінального переслідування як одному з принципів криміналізації.

В свою чергу, К. Черевко пропонує доповнити ст. 134 КК новою частиною, яка б передбачала посилену відповідальність за незаконне переривання вагітності, строк якої становить понад 22 тижні.

Можна сказати, що вказана пропозиція перегукується із позицією, відображеною в ст. 152 КК Польщі, згідно з якою відповідальність за незаконне

переривання вагітності посилюється, якщо плід досяг здатності до самостійного життя поза організмом вагітної жінки.

Формулювання «незаконне переривання вагітності, строк якої становить понад 22 тижні», на перший погляд, виглядає тавтологічним, оскільки незаконність переривання такої вагітності випливає з положень регулятивного законодавства – зокрема, Основ і ЦК України. Разом з тим навряд чи можна виключити переривання вагітності понад 22 тижні, яке зумовлене станом крайньої необхідності, у зв'язку з чим вказівка на незаконність у цьому разі є виправданою.

Проблема юридичної оцінки незаконних посягань на життєздатний плід, безумовно, існує, а тому будь-які спроби, спрямовані на її вирішення, заслуговують на підтримку.

Традиційною в кримінально-правовій науці є точка зору, відповідно до якої життя плоду, яке відбувається в утробі матері, слід відрізнити від життя людини; останнє, будучи самостійним позаутробним існуванням, розпочинається з початком фізіологічних пологів, а якщо говорити конкретніше, – із прорізуванням голівки дитини, що виходить з організму матері.

У межах цього усталеного підходу плід в утробі матері – це лише частина організму вагітної жінки, а внутрішньоутробне умиртвіння плоду за наявності підстав, не будучи вбивством – злочином проти життя, може розцінюватись як злочин проти здоров'я – незаконне проведення абортів.

Звернемо увагу на те, що незаконне проведення абортів особою, яка має спеціальну медичну освіту, за відсутності зазначених у ч. 2 ст. 134 КК України наслідків (тривалого розладу здоров'я, безплідності або смерті потерпілої) кримінальну відповідальність не тягне незалежно від тривалості вагітності. При цьому плід, який знаходиться в утробі матері може бути вже повністю сформованим і життєздатним, а посягання на нього фактично межує з умисним вбивством.

В Інструкції МОЗ з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості зазначено, що народження плода до повного 22-го тижня вагітності зростом менше 25 см. та масою менше 500 г. незалежно від наявності ознак життя є викиднем. Пологи, які відбулися у період з 22-го повного тижня вагітності до закінчення 37-го тижня вагітності, у згаданому документі називаються не «викиднем», а «передчасними пологами», а загибель плода, що настала у період з 22-го повного тижня вагітності до початку пологів, – антенатальною смертю.

З'ясований стан речей дає підстави розглядати як прогалину у кримінально-правовій охороні майбутнього (ненародженого) життя, що є особливо неприпустимим з огляду на закріплення права на життя майбутньої дитини у ратифікованій Україною Конвенції ООН про права дитини. Вказана прогалина може бути усунена, наприклад, не шляхом перегляду згаданого вище усталеного підходу щодо початкового моменту життя людини, а завдяки вдосконаленню законодавчого описання складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 134 КК України.

Якщо запропоноване К. Черевком формулювання «незаконне переривання вагітності, строк якої становить понад 22 тижні» заперечень не викликає, то правильність назви статті КК, в яку пропонується його включити у вигляді окремої частини («Незаконне проведення абортів») викликає сумнів.

Річ у тім, що з точки зору регулятивного законодавства операція штучного переривання вагітності строком більше 22 тижнів не вважається абортom відповідно до усталеної медичної термінології, адже вигнання плоду з організму жінки, якщо строк вагітності перевищує 22 тижні, називається не абортom, а передчасними пологами.

Відтак складно погодитись із пропозицією Т. Тарасевич, яка висловлюється за використання у тексті вдосконаленої ст. 134 КК України звороту «незаконне проведення операції штучного переривання вагітності (аборт)».

Постає також питання, яким чином конструктивна ідея посилювати кримінальну відповідальність у випадку переривання вагітності, строк якої становить понад 22 тижні, поєднується з пропозицією К.О. Черевко доповнити КК окремою нормою про відповідальність за посягання на життєздатний плід людини.

На наш погляд, зазначені пропозиції є такими, що одна одну виключають. Вважаємо, що проблема кримінально-правової охорони життєздатного плода людини може бути вирішена шляхом законодавчого уточнення кола осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за незаконне проведення штучного переривання вагітності, а загибель плода, що настала у період з 22-го тижня вагітності, має визнаватись кваліфікуючою ознакою складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 134 КК.

Проти того, щоб пов'язувати кримінально-правову оцінку незаконного аборту з терміном вагітності, на якому здійснюється ця операція, виступає Г. Чеботарьова. Свою позицію авторка пояснює тим, що у медицині на сьогодні відсутні достовірні методи визначення такого терміну.

Спростовує правильність наведеної точки зору зміст Інструкції МОЗ з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, яка визначення перинатального періоду, плоду, викидня (аборт), що пов'язує з термінами вагітності, а також регламентує ці терміни.

На тому, що кримінальним правопорушенням має визнаватись будь-яке незаконне проведення аборту особою медичного персоналу, свого часу справедливо наголошував В. Глушков.

К. Черевко також висловлюється за розширення кола осіб, спроможних нести відповідальність за ст. 134 чинного КК, за рахунок «лікарів-спеціалістів акушерів-гінекологів», які проводять аборт незаконно.

Суспільну небезпеку незаконного проведення абортів Г. Чеботарьова пов'язує не стільки з тими негативними наслідками, що настають для здоров'я вагітної жінки, скільки з порушенням визначених державою вимог (заходів безпеки), покликаних мінімізувати можливість настання цих наслідків.

Крім цього, окремої уваги в межах даної лекції заслуговує питання кваліфікації у разі втрати одного з парних органів (очне яблуко, нирка тощо) як однієї з ознак тяжкого тілесного ушкодження, яке й досі невирішеним у науці кримінального права.

На думку В. О. Навроцького, втрата одного з парних органів (ока, вуха) не дає підстав оцінювати тілесні ушкодження як тяжкі за цією ознакою – до уваги слід брати ступінь втрати працездатності. Але неможливо погодитися з даними положенням, оскільки втрата одного з парних органів належить до однієї з ознак тяжкого тілесного ушкодження – втрати органу.

Це питання вирішувалось у судовому порядку Збаразьким районним судом Тернопільської області. На судовому засіданні обвинувачений заявив клопотання, яке підтримав його захисник, про призначення у даній справі комплексної судово-медичної експертизи, на вирішення якої поставити перед експертами запитання, чи втрата одного яєчка з придатком є втрата частини цільного органу (праве та ліве яєчко є придатними), чи є втратою органу, яке вже не зможе виконувати функцію репродуктивної здатності до запліднення, зачаття. У разі збереження основної функції органу (після втрати його частини правого яєчка є придатними) наявність репродуктивної здатності до запліднення, зачаття, чи можна травму правого яєчка віднести до середньої тяжкості тілесних ушкоджень. Проаналізувавши зібрані докази в їх сукупності, суд призначив покарання за ч. 1 ст. 121 КК України як за ознаками умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило втрату органу. Травма правого яєчка з його втратою належить до тяжких тілесних ушкоджень. Апеляційний суд Тернопільської області вирок Збаразького районного суд Тернопільської області від 5 травня 2017 р. залишив без змін. Дані анкетування судово-медичних експертів засвідчують, що втрату одного з парних органів (очне яблуко, нирка тощо) можна вважати як одну з ознак тяжкого тілесного ушкодження – 72 %. Кожен орган має певні ознаки, що йому притаманні, і виконує певні специфічні функції та є частиною організму людини.

Так, наприклад, орган слуху має певні ознаки та виконує певні функції, однак у разі втрати вуха (вушної раковини), яке не є органом, а лише однією з частин органу слуху, його втрата належить до однієї з ознак середньої тяжкості тілесного ушкодження – значна стійка втрата працездатності менш як на одну третину, тобто, в даному випадку, це 15 %.

«Втрата зору на одне око або втрата ока теж визначається тяжким тілесним ушкодженням, оскільки в цьому разі настає втрата працездатності більш ніж на одну третину або непоправне знівечення обличчя».

Однак з деякими твердженнями науковців важко погодитися, адже втрата ока, що призвело до односторонньої сліпоти, не може належати до таких ознак тяжкого тілесного ушкодження, як непоправне знівечення обличчя. Відповідно до п. 2.1.8 Правил «коли ж для усунення необхідне оперативне втручання (косметична операція), то ушкодження обличчя вважається невинуватим».

У даному випадку протезування очного яблука здійснюється без оперативного втручання, тому втрата ока як одного з парних органів або ушкодження сліпого ока належить до однієї з ознак тяжкого тілесного ушкодження – стійка втрата загальної працездатності більш ніж на одну третину (35 %).

На думку А. Х. Завальнюка, «під втратою органа розуміють як анатомічну втрату його, так і недіючий стан органа». У судовій медицині існує дещо схожа термінологія «порушення функцій – повний або частковий розлад специфічної діяльності організму, його органів, тканин чи клітин під впливом різноманітних внутрішніх або зовнішніх факторів».

Порушення функцій будь-якого органа може бути тимчасовим і постійним (на все життя); незначним або легким, середнього і тяжкого ступенів аж до цілковитої її втрати. Стійке порушення функцій, як правило, перебивається ознакою стійкої втрати працездатності в різному ступені». Тому термін «порушення функцій» є терміном ширшим, ніж «втрата функцій».

Дискусії також виникають і щодо визначення меж непоправного знівечення обличчя. С. Г. Киренко зазначив, що непоправне знівечення

можливе не лише обличчя, а й інших частин тіла людини. У випадках знівечення спини, рук або інших частин тіла людина буде почувати себе пригнічено, переживати, що не може носити відкритий одяг, активно з усіма іншими займатися спортом, ходити на пляж та ін., тому цю ваду слід усунути і визнати, що знівеченим при тілесних ушкодженнях може бути не лише обличчя, а й інші частини тіла, і віднести такі випадки до тяжких тілесних ушкоджень. Автор пропонує доповнити ч. 1 ст. 121 КК України такою ознакою тяжкого тілесного ушкодження, як непоправне знівечення обличчя або тіла. На питання: «Чи потрібно у Правилах конкретизувати анатомічні межі обличчя враховуючи і вушні раковини» 76,9 % анкетованих судовомедичних експертів надали позитивну відповідь. Це свідчить про те, що національне законодавство потребує змін і доповнень та вказує на практичну важливість даного дослідження.

Тому для усунення суперечностей у Правилах необхідно конкретизувати анатомічні межі обличчя з урахуванням вушних раковин. В.О. Навроцький констатував, що питання стосовно того, чи належать до обличчя його певні частини (високий лоб у лисого, підборіддя в бородатого та ін.), вирішується в кожному окремому випадку, зважаючи на те, чи є вони індивідуальними рисами людини, чи визначають її зовнішність, і, відповідно, чи впливає знівечення цих частин на оцінку потерпілого, ставлення до нього інших осіб.

Дискусійним також є питання деяких ознак легкого тілесного ушкодження. По-перше, визначення легкого тілесного ушкодження, зазначене в Правилах, містить незрозумілу термінологію. Так, легке тілесне ушкодження, що не спричинило короткочасного розладу здоров'я чи незначної стійкої втрати працездатності, – це ушкодження, що має незначні скороминущі наслідки, тривалістю не більш як шість днів. У подальшому в Правилах не уточнено, що розуміти під словосполученням «незначні скороминущі наслідки».

По-друге, у ч. 2 ст. 125 КК України «незначну втрату працездатності» потрібно замінити на «незначне стійке пониження загальної працездатності». І це викликано тим, що однією з ознак тяжкого (ч. 1 ст. 121 КК України) та



середньої тяжкості тілесного ушкодження (ч. 1 ст. 122 КК України) законодавець визначає саме «розлад здоров'я, що поєднаний зі стійкою втратою працездатності», тобто в обох випадках використовує термін «стійка». Крім того, Правила також наголошують на «незначну стійку втрату працездатності» (п. 2.3.4). Як спеціальні види тілесних ушкоджень у теорії кримінального права виділено норми зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншою невиліковною інфекційною хворобою та зараження венеричною хворобою (ст. 130, 133 КК України).

Наслідками даних статей законодавець виділяє зараження синдромом набутого імунодефіциту людини (СНІД); зараження невиліковною інфекційною хворобою, що є небезпечною для життя людини; зараження венеричною хворобою. Однак дискусії точаться і щодо їх встановлення. Так, на думку І. С. Вікторова, ч. 1 ст. 130 КК України стосується тих складів злочинів проти особи, які за своєю конструкцією передбачають не заподіяння, а лише небезпеку заподіяння шкоди життю або здоров'ю. Такі злочини відрізняються від власне злочинів проти життя і здоров'я тим, що вважаються закінченими з моменту вчинення дії, що створює небезпеку для життя і здоров'я, або не вчинення дії для усунення небезпеки, яка була створена винним. У кримінальних правопорушеннях, що створюють абстрактну небезпеку, на думку В. А. Нерсисяна, ставиться під загрозу застосування кримінального закону сам факт вчинення дії або здійснення акту бездіяльності, яким створюється серйозна небезпека для життя та здоров'я людей чи довкілля.

Таким чином, закон визнає кримінально протиправним сам факт недозволеного вчинення цих дій; його суспільно небезпечні наслідки лежать за межами складу кримінального правопорушення. З метою виправлення законодавчої помилки Є. В. Корнієнко, наприклад, пропонує словосполучення «свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншою невиліковною інфекційною хворобою, що є небезпечною для життя людини» змінити словами «діяння, що призвело до поставлення іншої особи в небезпеку зараження вірусом імунодефіциту людини

чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини». Запропоновані зміни до ч. 1 статті, на нашу думку, є юридично неприйнятними, оскільки особа при вчиненні діяння обов'язково повинна усвідомлювати характер своїх дій. За не усвідомлення особою поставлення іншої особи в небезпеку зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини, не передбачено кримінальної відповідальності.

За результатами дослідження наслідків у ст. 130 КК України, В.С. Михайлов стверджує, що в ч. 2 ст. 130 КК України під «зараженням іншої особи» слід розуміти саме суспільно небезпечний наслідок. Передбачені частиною другою, як і частинами третьою та четвертою, наслідки слід віднести до так званих фактичних наслідків. Л. П. Брич також вказує на зараження як на наслідок поставлення іншої особи в небезпеку і тому можемо припускати, що автор визначає це як суспільно небезпечний наслідок. Е. Сидоренко також підтримує попередніх науковців, але конкретизує, що застосування в законі терміна «зараження» свідчить не про фактичне проникнення інфекції (наприклад, через слину під час поцілунку), а про її «вживляння» в організм людини, коли збудники викликають процес первинного хвороботворного впливу на організм. Є. В. Корнієнко не конкретизує можливий спосіб потрапляння збудника в організм людини, лише зазначає, що законодавцем сконструйовано матеріальний склад кримінального правопорушення, оскільки обов'язковою ознакою є настання суспільно небезпечних наслідків.

Кримінальне правопорушення вважається закінченим з моменту потрапляння в організм ВІЛ-інфекції чи іншої невиліковної інфекційної хвороби, що є небезпечною для життя людини. Однак ст. 130 КК не погоджена із законодавством у сфері захисту населення від інфекційних хвороб, оскільки це законодавство не поділяє інфекційні хвороби на виліковні і невиліковні, а виділяє особливо небезпечні і небезпечні інфекційні хвороб.

Крім того, захворювання (хвороба) являє собою порушення нормальної життєдіяльності організму, що виникло при дії на нього факторів, які

ушкоджують, або обумовлене недоліками розвитку, а також генетичними дефектами. Отже, наслідками складу кримінальних правопорушень, що передбачені ст. 130 та 133 КК України, є захворювання на синдром набутого імунodefіциту людини (СНІД); захворювання на невиліковну інфекційну хворобу, що є небезпечною для життя людини; захворювання на венеричну хворобу.

### **Висновок до 3 питання.**

Таким чином, проблеми кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення проти здоров'я особи й досі не отримали свого однозначного вирішення в науці кримінального права та потребують нових фундаментальних досліджень.

## **МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ**

При підготовці теми, слухачам слід враховувати різнобічні наукові підходи до розуміння та вирішення проблем застосування законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення проти життя та здоров'я особи.

Для вдалого засвоєння цієї теми, слухачам рекомендується звернутись не лише до базового (обов'язкового) списку літератури, а й до інших наукових джерел, які можна знайти у бібліотеці університету.

Так, під час розгляду теми, слід, також, використовувати наукові праці як українських, так і зарубіжних вчених. Однак, опрацьовувати додаткову літературу слід з урахуванням національної доктрини, особливостей правової системи України.

## **ТЕМА № 8. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ (2 ГОДИНИ)**

### **ПЛАН ЛЕКЦІЇ:**

1. Дискусійні питання щодо загальної характеристики кримінальних правопорушень проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Новели Розділу IV КК України.

2. Насильницькі кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: дискусійні питання.

3. Ненасильницькі кримінальні правопорушення проти статевої недоторканості особи.

### РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:

11. Дядічко В. І. Деякі особливості кримінально-правової регламентації відповідальності за сексуальне насильство над дітьми в окремих державах Європи. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2020. № 4. С. 329–335.

12. Леган І. М. Особливості кваліфікації кримінальних правопорушень проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2023. Вип. 2 (49). С. 105–108.

13. Руфанова В.М. Сексуальні домагання як форма гендерно зумовленого насильства. *Прикарпатський юридичний вісник*. №5 (40). 2021. С. 128–132.

### МЕТА ЛЕКЦІЇ:

✓ навчальна: формування знань про сучасні динамічно-перемінні актуальні теоретичні та прикладні проблеми застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи;

✓ розвиваюча: формування пізнавальної активності здобувачів освіти, залучення їх у процес наукового пошуку для подальшого самостійного осмислення ними перспектив та головних напрямів розв'язання зазначених проблем;

✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи функціонування правової держави; ціннісних орієнтирів відповідно до ідеалів гуманізму, демократії, соціальної справедливості.

### ВСТУП

Стан забезпечення реалізації права людини на її свободу і недоторканість (у тому числі статево) справедливо визнається показником морального здоров'я суспільства, індикатором його духовності і ставлення до загальнолюдських цінностей

Вдосконалення кримінально-правової протидії кримінально протиправним посяганням на статево свободу і статево недоторканість особи є злободенною проблемою, що потребує вироблення соціально обумовлених і

науково обґрунтованих рекомендацій, адресованих як законодавцю з метою усунення вад нормативної регламентації відповідальності за вказані кримінальні правопорушення, так і правозастосувачу з метою правильного й однакового застосування кримінального закону.

## **1. ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ЩОДО ЗАГАЛЬНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ. НОВЕЛИ РОЗДІЛУ III КК УКРАЇНИ.**

Статева свобода і статева недоторканість особи виступають родовим об'єктом кримінальних правопорушень, норми про відповідальність за які об'єднані в розділ IV Особливої частини чинного КК України.

До кримінальних правопорушень проти статевої свободи та статевої недоторканості особи віднесено:

- зґвалтування (ст. 152 КК);
- сексуальне насильство (ст. 153 КК);
- примушування до вступу в статевий зв'язок (ст. 154 КК);
- вчинення дій сексуального характеру з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку (ст. 155 КК);
- розбещення неповнолітніх (ст. 156 КК);
- домагання дитини для сексуальних цілей (ст.156-1 КК);.

Разом з цим, сферу сексуальних відносин зачіпають й інші, крім зазначених вище, кримінальні правопорушення. Вони, щоправда, вважаються вітчизняним законодавцем кримінально караними посяганнями на моральність. Маються на увазі:

- ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів (ст. 301 КК),
- одержання доступу до дитячої порнографії, її придбання, зберігання, ввезення, перевезення чи інше переміщення, виготовлення, збут і розповсюдження (ст.301-1 КК)
- проведення видовищного заходу сексуального характеру за участю неповнолітньої особи (ст.301-2 КК);
- створення або утримання місць розпусти і звідництва (ст. 302 КК),
- сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією (ст. 303 КК).

В сучасній юридичній літературі можна прочитати, що із соціально-психологічної сторони особа, яка займається звідництвом, сутенерством, організацією або утриманням місць для зайняття проституцією, негативно ставиться до елементарних моральних, духовних засад саме у сфері стевих відносин. Варто враховувати, що статева мораль, будучи однією зі складових системи моральних цінностей суспільства, включає в себе й такі цінності, які

взагалі не можуть підлягати кримінально-правій охороні (вірність, любов, взаємоповага тощо).

О.М. Джужа пропонує перенести статті 301, 302 і 303 до розділу IV Особливої частини КК України, змінивши назву останнього на *"Кримінальні правопорушення проти статевої волі і моральності"*. При цьому вченим не пояснюється відмова у назві зазначеного розділу КК від вказівки на статеву недоторканість особи. Пропозиція О.М. Джужі певною мірою враховує не лише власний історичний, а й відповідний зарубіжний досвід, адже у кримінальному законодавстві деяких країн кримінальні правопорушення, пов'язані із звідництвом, сутенерством, проституцією і порнографією, віднесено до статевих кримінальних правопорушень. Зокрема, в законодавстві Аргентини, Іспанії, Латвії, Польщі, Таїланду, ФРН і Швейцарії приписи, присвячені незаконному обігу порнографії, розміщені серед норм про кримінальну відповідальність за статеві кримінальні правопорушення.

Подібним шляхом закликає рухатись І.О. Бандурка, яка пропонує статті 301, 302, 303 з розділу XII Особливої частини КК *"Кримінальні правопорушення проти громадського порядку та моральності"* виключити, а їхні удосконалені аналоги (*норми про відповідальність за втягнення у створення порнографічних предметів, сутенерство або втягнення особи у заняття проституцією чи перешкодження припиненню нею цього заняття, обіг предметів порнографічного характеру, утворення або утримання місць розпусти і звідництво*) включити до розділу IV Особливої частини КК України. Зазначається, що назву останнього у випадку реалізації висунутої ідеї варто буде уточнити (пропоновані І.О. Бандуркою варіанти – *"Кримінальні правопорушення проти сексуальної свободи і моральності"*, *"Кримінальні правопорушення проти статевої моральності, статевої свободи та статевої недоторканості особи"*).

Натомість Л.С. Кучанська не вбачає підстав для зміни місцезнаходження ст. ст. 301, ст. 302 і ст. 303 КК у системі Особливої частини КК України, розглядаючи передбачені цими нормами кримінальні правопорушення як кримінально карані посягання на моральні устої у статевій сфері. Видовий об'єкт кримінальних правопорушень, передбачених ст. ст. 297–304 КК України, пропонується визначати як моральні устої суспільства, під якими слід розуміти сукупність суспільних відносин, що забезпечують певний паритет (узгодження) інтересів суспільства та окремих його членів при задоволенні їх потреб та інстинктів на підставі існуючих моральнісних норм, принципів та правил поведінки.

На думку А.В. Плотнікової, примушування до зайняття проституцією, каране за ч. 1 ст. 303 КК, є формою злочинного порушення статевої свободи особи, вельми спорідненою із передбаченим ст. 154 КК примушуванням до вступу в статевий зв'язок. Перш за все від примушування до зайняття проституцією страждає статевая свобода особи, тоді як моральність треба визнавати додатковим об'єктом цього кримінального правопорушення. Разом з тим А.В. Плотнікова не вважає за потрібне переносити кримінально-правову

норму про примушування до зайняття проституцією до розділу IV Особливої частини КК України, оскільки пропонує визнавати це діяння особливо кваліфікуючою ознакою організації заняття проституцією – кримінального правопорушення, основним безпосереднім об'єктом якого виступатиме моральність у сфері статевих відносин, а додатковим – статева свобода (статева недоторканість) особи.

Згадані вище спроби оптимізувати систему Особливої частини КК України, поза всяким сумнівом, є цікавими і теоретично значущими. Водночас з урахуванням родового об'єкта досліджуваних кримінальних правопорушень, відображеного у назві розділу IV Особливої частини КК, вважаємо оптимальним перелік тих кримінально-правових заборон, які розміщені у цьому розділі, що не завжди можна сказати про їх зміст. Зрозуміло і те, що місце норм про кримінально карані делікти, так чи інакше пов'язані зі сферою статевих стосунків, у системі Особливої частини КК може бути різним і не має вирішального значення для ефективності кримінально-правової протидії порушенням статевої моралі, статевої свободи і статевої недоторканості особи.

З точки зору чинного КК України статева свобода або статева недоторканість особи може виступати додатковим безпосереднім об'єктом кримінальних правопорушень, відповідальність за які встановлена іншими нормами, а не тими, що об'єднані в розділ IV. Сказане стосується, наприклад, передбаченого ст. 303 КК сутенерства або втягнення особи в зайняття проституцією.

У кримінально-правовій доктрині існують різні підходи щодо змісту і співвідношення таких категорій, як статева свобода і статева недоторканість особи, законодавчі визначення яких відсутні.

Наприклад, А.С. Капітунов вважає за необхідне включати у поняття статевої свободи не лише право на вибір партнера для сексуального спілкування, а й право на статеве самовизначення, тобто право на вибір форми сексуального задоволення.

Розгорнуті визначення статевої свободи і статевої недоторканості особи пропонує Л.В. Дорош. Під статевою свободою харківський правознавець розуміє право особи на самовизначення у сфері статевих відносин, тобто її реальну можливість вступати в добровільне сексуальне спілкування з обраним партнером у будь-який час і в будь-якій сексуально прийнятній формі за умови, що воно не суперечить нормативно-правовим приписам щодо охорони особи та громадського порядку. Статева недоторканість – це неприпустимість сексуального спілкування з дітьми, які не досягли статевої зрілості, та особами, які внаслідок хворобливого психічного стану не усвідомлюють наслідків та соціального значення такого спілкування.

На думку Б.А. Бліндера, статева свобода полягає у свободі, гарантованій жінці, незалежно від впливу іншої особи у кожному конкретному випадку допускати або не допускати задоволення щодо себе чужого статевого почуття з боку певної особи, в певний час і за певних обставин. За такого тлумачення статевої свободи, вважає науковець, насильницькі статеві зносини не

перестають визнаватись згвалтуванням і в тому разі, коли вони вчиняються особою, з якою жінка раніше вступала в статевий зв'язок або з якою вона проживає спільно .

Інколи вада викладеного розуміння статевої свободи вбачається у тому, що її суть зводиться до допущення (недопущення) щодо себе чужого статевого почуття; як наслідок, особа виступає не стільки суб'єктом, скільки об'єктом статевого відносин. Насправді статевая свобода – не лише свобода від примусу, а й свобода на самовизначення у статевому спілкуванні. Тут, мабуть, не буде зайвим нагадати, що про свободу допускати або не допускати щодо себе задоволення чужого статевого почуття раніше писав О.О. Жижиленко, який, щоправда, розглядав цю свободу як складову статевої недоторканості особи .

У посібнику «Кримінально-правова характеристика кримінальних правопорушень проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» О.О. Дудоров під статевою свободою пропонує розуміти право особи самостійно обирати собі партнера для сексуального спілкування, форму такого спілкування і не допускати у сфері сексуального спілкування будь-якого примусу . Доросла і психічно здорова людина сама визначає, з ким і в який спосіб вона задовольнятиме власні статеві потреби. Інакше кажучи, статевая свобода пов'язується із спроможністю особи розпоряджатись собою у сфері сексуального спілкування.

Натомість статевая недоторканість означає охоронюваний кримінальним законом стан, за якого забороняється вступати у сексуальні контакти з особою, яка з певних причин (наприклад, через недосягнення статевої зрілості) не є носієм статевої свободи. Взагалі недоторканість, будучи поняттям абсолютним, означає, що певні інтереси недоторканої особи за жодних умов не можуть бути порушені іншою особою, а будь-які сексуальні дії, вчинені щодо недоторканої особи, визнаються кримінально караними. Стверджувати при цьому, що згода особи, яка не є носієм статевої свободи, на сексуальні контакти з нею жодного юридичного значення не має, буде, мабуть, не зовсім точно, оскільки така згода у певних випадках впливає на кваліфікацію.

Також навряд чи правильно без будь-яких застережень визнавати основним безпосереднім об'єктом статевого кримінального правопорушення, вчинюваного проти неповнолітніх, статеву недоторканість, а так само заявляти, що на неповнолітніх осіб право статевої свободи не поширюється. Річ у тім, що не будь-яка неповнолітня особа може вважатись статево недоторканою. Так, неповнолітню особу жіночої статі, яка досягла шлюбного віку (відповідно до ст. 22 Сімейного кодексу – це 17 років), є підстави визнавати носієм статевої свободи.

З урахуванням закріпленого у ч. 2 ст. 23 Сімейного кодексу України положення про надання за рішенням суду права на укладення шлюбу особі, якій виповнилось 14 років, у літературі вже ставиться слушне питання про те, чи має статеву свободу 14-річна особа жіночої статі, яка одружена або яка ще не одружена, але якій у судовому порядку надане право на шлюб. Тим більше, що особа, якій суд у порядку застосування ч. 2 ст. 23 Сімейного кодексу



України надав право на шлюб, може відмовитись від реєстрації шлюбу. Видається, що питання про володіння статевою свободою актуалізується і щодо тієї неповнолітньої особи, яка народила дитину та у зв'язку з цим на підставі ч. 2 ст. 4 Сімейного кодексу України має право на створення сім'ї.

А.В. Кулаков спочатку заявляє, що єдиним критерієм, який розмежовує статеву свободу і статеву недоторканість особи, є вік потерпілої особи. Далі ж дослідник, суперечачи сам собі, вказує, що особи з психічними вадами володіють статевою недоторканістю у разі, якщо вони не можуть усвідомлювати характер вчинюваних з ними дій, а особи з фізичними вадами – якщо не можуть виразити своє ставлення до таких дій.

Заслуговує на підтримку висловлена у доктрині позиція, згідно з якою фізично безпорадні особи мають статеву свободу; щоправда, вони не здатні захистити своє рішення вступати або не вступати в статеві зносини з іншою особою. Звідси робиться висновок, що при зґвалтуванні особи, яка перебуває у стані фізичної безпорадності, або насильницького задоволення статевої пристрасті, вчиненого стосовно фізично безпорадної особи, об'єктом кримінального правопорушення виступає статевая свобода, а не статевая недоторканість.

З огляду на сказане і назву розділу IV Особливої частини КК України, статевая свобода і статевая недоторканість особи – поняття-антиподи, які носять самостійний характер і не перехресчуються. Можна сказати і так: статевая недоторканість – це право особи не зазнавати сексуального насильства, право на захищеність від сексуальних посягань (пасивне право) в той час, як статевая свобода (активне право) – це право на вибір статевих партнерів і не заборонених законом форм сексуального задоволення. У будь-якому разі не варто, як це робить, наприклад, Ю.В. Баулін, відносити статеву недоторканість до числа тих благ, які знаходяться у вільному розпорядженні особи, котра дає згоду на заподіяння їм шкоди.

Суспільна небезпека розглядуваних кримінальних правопорушень визначається не лише посяганням на статеву свободу або статеву недоторканість особи, а й заподіянням шкоди іншим цінностям – нормальному фізичному, психічному і духовному розвитку дітей, здоров'ю, честі і гідності особи, власності тощо.

Так, передчасний (до досягнення статевої зрілості) вступ у статевий зв'язок може завдати серйозної шкоди здоров'ю підлітка (пошкодження статевих органів, анального отвору, органів черевної порожнини, сильні кровотечі тощо), викликати безпліддя, що врешті-решт погіршує стан репродуктивного здоров'я нації, а розбещення неповнолітніх здатне викликати у потерпілих від цього кримінального правопорушення різні статеві збочення.

Статеві кримінальні правопорушення, вчинені стосовно неповнолітніх, не лише завдають потерпілим фізичної і психічної шкоди, а й порушують їх нормальні життєві зв'язки та, як наслідок, негативним чином впливають на духовний розвиток неповнолітніх, останні відчують себе безпорадними і неповноцінними членами суспільства.

Пережите дітьми сексуальне насильство накладає відбиток на все їх подальше життя, впливає на формування їх особистості і характеру, психічне і фізичне здоров'я, що є криміногенно і віктимологічно значущим фактором. Це насильство може призводити до жорстокості, імпульсивності, агресивності, саморуйнівної поведінки, алкоголізації, наркотизації і проституції. Особи, які у дитинстві пережили сексуальне насильство, у дорослому віці самі можуть бути схильні до сексуальних порушень у формі педофілії.

Вважається, що сексуальна спрямованість психіки підлітка є небажаною: раннє статеве життя, штучно стимулюючи статеву потребу, не лише загострює ризик настання відповідних захворювань (у тому числі венеричних) і абортів, а й перешкоджає нормальному дозріванню психосексуальної індивідуальності, відволікає увагу від досягнення соціально важливих цілей (отримання освіти, вибір професії тощо), породжує психологічні проблеми – робить підлітків цинічними, безсоромними, не здатними розуміти глибокі почуття, що може негативним чином вплинути на майбутнє сімейне життя підростаючого покоління.

З огляду на сказане, важко погодитись із В.В. Вітвицькою, яка статеві кримінальні правопорушення, передбачені ч. 3 і ч. 4 ст. 152, ч. 2 і ч. 3 ст. 153 КК, ст. 155 і ст. 156 КК, відносить до кримінальних правопорушень, які посягають лише на фізичний розвиток неповнолітніх.

В юридичній літературі можна відшукати й чимало інших класифікацій кримінальних правопорушень проти статевої свободи і статевої недоторканості особи. Наводити їх вважаю за недоцільне з урахуванням того, що ця праця не є монографічним дослідженням. До того ж, різних класифікацій (крім природних), систематизацій, типологій тощо, "причому виконаних з коректним дотриманням логічних правил поділу, існує велика кількість, а це в науці суперечить вимозі визначеності".

Обов'язковою ознакою складів розглядуваних кримінальних правопорушень є потерпілий, який може виділятися за певними ознаками, зокрема, за залежністю від винного (ст. 154 КК), недосягненням певного стану (ст. 155 КК) або віку (ч. 3, ч. 4 ст. 152, ч. 2 ч. 3 ст. 153, ст. 156 КК).

Об'єктивна сторона статевих кримінальних правопорушень характеризується активною поведінкою винної особи – це фізичні та (або) інтелектуальні дії сексуальної спрямованості. За законодавчою конструкцією досліджувані кримінальні правопорушення здебільшого побудовані як формальні склади. Примушування до вступу в статевий зв'язок сконструйоване як усічений склад кримінального правопорушення.

**Суб'єктом** статевих кримінальних правопорушень є осудна особа, яка досягла 14-річного (статті 152, 153 КК) або 16-річного віку (статті 154–156 КК). У переважній більшості випадків суб'єкт є спеціальним: його ознаки безпосередньо вказані у кримінальному законі (наприклад, у ч. 2 ст. 156 КК фігурує батько, мати, вітчим, мачуха, опікун, піклувальник або особа, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого або піклування про нього) чи встановлюються шляхом тлумачення закону з урахуванням особливостей

об'єктивної сторони того чи іншого кримінального правопорушення та ознак потерпілого.

Із **суб'єктивної сторони** всі кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи характеризуються прямим умислом.

#### **Висновок до 1 питання.**

Таким чином, наведений у розділі IV Особливої частини КК перелік кримінально-правових заборон загалом дає підстави визнати його оптимальним. Разом з цим з метою усунення недоліків нормативної регламентації відповідальності за вказані кримінальні правопорушення зміст зазначених кримінально-правових норм потребує вироблення науково обґрунтованих рекомендацій, адресованих як законодавцю, так і правозастосувачу для правильного й однакового застосування кримінального закону.

## **2. НАСИЛЬНИЦЬКІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ: ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ**

Основним безпосереднім **об'єктом** кримінального правопорушення, передбаченого ст. 152 КК України, є статевая свобода, а у разі зґвалтування особи, яка через певні обставини не є носієм статевої свободи (наприклад, є психічно хворою), – статевая недоторканість особи.

На думку В.І. Борисова і Л.В. Дорош, статевая недоторканість виступає безпосереднім об'єктом зґвалтування, якщо потерпіла особа не досягла статевої зрілості. Згодом харківські правознавці справедливо уточнили, що про статеву недоторканість як безпосередній об'єкт зґвалтування слід вести мову і в тому разі, коли потерпілою від цього кримінального правопорушення виступає особа, яка перебуває у безпорадному стані<sup>1</sup>.

Д.П. Москаль статеву недоторканість як об'єкт кримінального правопорушення (і родовий, і безпосередній) пов'язує із заборонаю вступати в сексуальні стосунки з особами, які перебувають у психічно безпорадному стані або не досягли статевої зрілості. За таких обставин не зрозуміло, чому цей автор статеву недоторканість особи визнає основним безпосереднім об'єктом зґвалтування лише, якщо потерпіла від цього кримінального правопорушення особа не досягла статевої зрілості<sup>2</sup>.

Додатковими об'єктами зґвалтування виступають нормальний фізичний і психічний розвиток дитини (за наявності відповідного потерпілого) та здоров'я особи (у випадку зґвалтування, поєднаного з фізичним насильством).

В.В. Навроцька заперечує можливість визнання укладення шлюбу (справжнього, а не фіктивного) між гвалтівником та особою, потерпілою від

<sup>1</sup> Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. Харків.: Право, 2010. С. 90.

<sup>2</sup> Москаль Д.П. Кримінально-правова характеристика зґвалтування та насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом: Дис. ... канд. юрид. наук. К., 2009. С. 90-91, с. 176.

Раніше таку ж неточність допускав М.М. Корчовий (Корчовий М.М. Кримінологічні проблеми боротьби із зґвалтуваннями, вчинюваними неповнолітніми: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. К., 2000. С. 5).

згвалтування, зміною обстановки як обставиною, що дозволяє здійснити звільнення від кримінальної відповідальності. Адже "зміна сімейного статусу потерпілого не означає зміни у забезпеченні його статевої свободи"<sup>3</sup>. Однак вирішальним для застосування у розглядуваній ситуації ст. 48 КК ("Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки") є не те, чи сталися зміни у забезпеченні статевої свободи особи, потерпілої від згвалтування (посягання на її статеву свободу відбулось, і нічого з цим вже не поробиш), а впевненість суду у тому, що внаслідок змін у зовнішній обстановці суспільна небезпека гвалтівника втрачена.

**Потерпілим** від згвалтування може бути й особа, яка перебуває з винним в офіційно зареєстрованому або "фактичному" шлюбі, оскільки чинна редакція ст. 152 КК України не містить обмежень у тому плані, що згвалтуванням визнаються лише позашлюбні статеві зносини. Укладення шлюбу не позбавляє особу статевої свободи. Як було сказано у 1992 р. у Мюнхені (ФРН) при винесенні вироку за згвалтування чоловіком своєї дружини, шлюб – це не магазин самообслуговування із задоволення сексуальних потреб; на вступ у статеві зносини потрібна згода і чоловіка, і дружини.

Обставиною, що збільшує кількість згвалтувань у шлюбі, є впевненість чоловіків у тому, що: чоловік має право на сексуальні зносини зі своєю дружиною; жінкам подобається застосування сили (жінки таємно мріють про те, щоб бути згвалтованими, й отримують від цього задоволення); насильство – підходящий для чоловіка спосіб висловити свої почуття і домогтись свого. У деяких сучасних державах (як правило, мусульманських – Бруней, Індія, Індонезія, Малайзія, Ліван, Оман, Сінгапур) не вважається згвалтуванням насильницький або вчинений чоловіком в інший характерний для згвалтування спосіб статевий акт із власною дружиною.

З метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами Верховна Рада України внесла зміни до Кримінального кодексу України, виклавши ст.ст. 152 і 153 в новій редакції Закону № 2227-VIII від 06.12.2017 р., в якій вчинення таких діянь щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, було визнано кваліфікованим складом цих кримінальних правопорушень.

Такий підхід (у тому числі в аспекті його ймовірного впливу на інститут шлюбу) не виглядає безспірним. Водночас те, що особа, яка перебуває з гвалтівником у шлюбі, не вправі впливати на «долю» кримінального провадження щодо вчиненого стосовно неї кримінального правопорушення, передбаченого ст. 152, і що «сімейне» згвалтування визнане кваліфікованим різновидом аналізованого кримінального правопорушення, може розцінюватись як одне зі свідчень послідовності законодавця в частині забезпечення жорсткого юридичного реагування на різні прояви домашнього насильства

<sup>3</sup> Навроцька В.В. Засада диспозитивності та її реалізація в кримінальному процесі України: монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. С. 283.

(однією з його форм є сексуальне насильство), мінімізації його латентності.

Тим більше, що в Пояснювальній доповіді до Стамбульської конвенції підкреслюється надзвичайна важливість забезпечити недопущення будь-яких винятків у криміналізації й притягненні до відповідальності за такі акти, як сексуальне насильство і зґвалтування, вчинені проти колишніх чи теперішніх партнерів або подружжя. Згідно зі ст. 43 Стамбульської конвенції, відповідальність за передбачені нею правопорушення має наставати незалежно від характеру відносин між жертвою і правопорушником. А в рішенні від 9.06.2009, постановленому у справі «Опуз проти Туреччини», ЄСПЛ наголосив на тому, що насильство в сім'ї є не приватною чи сімейною справою, а питанням, що зачіпає суспільні інтереси, що, своєю чергою, вимагає ефективних дій з боку держави.

Цікаво, згідно з § 203 КК Австрії, якщо особа вчиняє стосовно свого подружжя чи того, з ким вона перебуває у незареєстрованому шлюбі, зґвалтування чи сексуальне примушування без обтяжуючих обставин, то кримінальне переслідування є можливим тільки за заявою потерпілої особи. Передбачене ст. 190 КК Швейцарії зґвалтування дружини, вчинене її чоловіком, який проживає з нею спільно, карається тільки за скаргю, яка має бути подана не пізніше 6 місяців.

Ст. 262 КК штату Каліфорнія закріплює дві умови, дотримання яких уможливорює кримінальне переслідування зґвалтування подружжя: 1) якщо протягом року інформація про таке діяння була доведена до відома названих у законі осіб – медичного працівника, адвоката, священика, співробітника агентства по боротьбі із зґвалтуваннями тощо; 2) припущення потерпілого про зґвалтування було підтверджено незалежним доказом. У теперішній час зґвалтування подружжя визнається злочином лише у 12 штатах США. В інших штатах закони не визнають чоловіка суб'єктом зґвалтування своєї дружини на тій підставі, що шлюб є свідченням згоди жінки сексуальні зносини.

Досі незрозумілим також залишається масштаб поняття «добровільна згода потерпілої особи». Згідно з чинною редакцією ст. 152 КК України перелік заборонених дій, що визначають вчинення зґвалтування, є вичерпним. Отже, дії особи, яка отримала згоду на статеві зносини таким способом, як, наприклад, через наполегливі пропозиції здійснити статевий акт, випадково або через зловживання довірою, не підпадають під ст. 152 КК України. Те ж саме і з ст. 153 КК України. За новою редакцією ст. 152-153 не містять вичерпного переліку дій, які передбачали б факт зґвалтування або сексуального насильства. Очевидно, що згода потерпілої особи, отримана шляхом обману або зловживання довірою, не може вважатися добровільною.

Юридична невизначеність як результат механічного запозичення положення про добровільну згоду, закріпленого в ч. 2 ст. 36 Стамбульської конвенції, зумовлюватиме ситуації, коли правозастосовці або позбавлятимуться можливості встановити та довести винуватість злочинця (враховуючи, що відповідні діяння здебільшого вчинюються в інтимній обстановці за відсутності

належної інформації, що підтверджує факт подолання волі потерпілого чи її ігнорування), або, навпаки, намагатимуться встановити винуватість, сприймаючи лише позицію потерпілої особи, яка з різних мотивів може зловживати своїм становищем. При цьому юридична визначеність як одна з ознак верховенства права передбачає не просто існування закону, на підставі якого обмежуються права особи або вона притягується до відповідальності, а існування саме якісного (передбачуваного) закону.

Нова редакція статті 153 КК України «Сексуальне насильство» не оперує позбавленим юридичної визначеності і морально застарілим словосполученням «задоволення статевої пристрасті неприродним способом».

Вказівка на «неприродність» статевих зносин виглядала анахронізмом у світлі здобутків сучасної сексології та сексопатології.

Використання згаданого звороту у попередній редакції ст. 153 змушувало робити застереження про те, що кримінальна караність поведінки, передбаченої цією статтею КК, визначається не так званою неприродністю способів задоволення статевої пристрасті, можливою гомосексуальною спрямованістю чи аморальністю дій, а їхнім насильницьким характером. З іншого боку, термін «неприродний» на сучасному етапі не повинен сприйматись як такий, що несе на собі негативне морально-оцінчне навантаження. Для цілей кримінально-правової регламентації він означає лише спосіб сексуального контакту, відмінний від «природного» (вагінального) контакту, фізіологічно (природно) спрямованого на виконання однієї з головних біологічних функцій людини – зачаття дитини; «неприродність» (екстравагінальність) форм сексуального контакту не є синонімом збоченства, аморальності тощо.

Так, український законодавець виходить з того, що здійснюваний на добровільних засадах гомосексуалізм, тобто сексуальний потяг до осіб своєї статі, має розглядатись не як діяння, заборонене під загрозою настання кримінальної відповідальності, а як особливий стан організму людини, нетипова сексуальна поведінка. ВООЗ не визнає на сьогодні такі прояви сексуальної орієнтації, як гомосексуалізм і бісексуальність (сексуальний потяг до осіб обох статей) психічними патологіями. У рішенні ЄСПЛ у справі «Даджен проти Сполученого королівства» від 22.10.1981 встановлено, що кримінально-правова заборона добровільних приватних гомосексуальних стосунків між дорослими чоловіками, які можуть адекватно оцінювати і контролювати свої дії, порушує положення ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод «Право на повагу до приватного і сімейного життя». Подібні рішення, винесені ЄСПЛ, змусили свого часу законодавців Австралії, Ірландії та Кіпру скасувати кримінальну відповідальність за гомосексуальні зв'язки при тому, наприклад, що у багатьох мусульманських країнах (вплив релігійного чинника) продовжує існувати кримінальна відповідальність за добровільне мужолозтво. А в деяких країнах спостерігається так звана залишкова криміналізація добровільного мужолозтва,

яка полягає у визнанні злочинами вчинення актів мужолозтва за винагороду або в публічному місці, схиляння інших осіб до таких актів, пропаганди мужолозтва.

Певні біологічні форми, за допомогою яких відбувається сексуальне спілкування між людьми, у суспільстві можуть визнаватися аморальними, але мають ставати предметом кримінально-правового регулювання лише у тому разі, коли вони, зачіпаючи соціальний бік сексуальних стосунків, посягають на статеву свободу чи статеву недоторканність особи, її честь і гідність, належний розвиток неповнолітніх тощо.

Наведені міркування видаються цілком прийнятними для розкриття суті і призначення й ст. 153, викладеної в редакції Закону № 2227-VIII від 06.12.2017 р.

Об'єктивні, суб'єктивні та кваліфікуючі (особливо кваліфікуючі) ознаки сексуального насильства збігаються з такими ж ознаками зґвалтування, за винятком того, що об'єктивна сторона складу розглядуваного кримінального правопорушення охоплює лише такі дії сексуального характеру, які не полягають у проникненні в тіло іншої (як вже зазначалось, потерпілої) особи. Відповідно, диспозиція ч. 1 ст. 153 носить описово-відсильний характер.

Принагідно зауважимо, що український законодавець у КК скалькував відповідні положення міжнародних актів, тай то невдало. Зокрема, у Стамбульській Конвенції йдеться про «проникнення сексуального характеру в тіло іншої особи з використанням будь-якої частини тіла або предмета», а у ст. 152 КК України про «проникнення в тіло іншої людини з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета», що не те саме.

**Висновки до питання 2.** Здійснивши аналіз низки чинних нормативних актів, можна зазначити наступне. Одним із нововведень є закріплення в Законі України від 06.12.2017 р. №2227-VIII гендернонейтральних визначень зґвалтування (ст. 152 КК України) і відмінного від нього сексуального насильства (ст. 153 КК України), у яких не звертається увага на природні біологічні відмінності між чоловіком і жінкою. За відповідних обставин обман може бути визначено як спосіб вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 152 КК України. Також важливо відмітити те, що Законом України від 14.03.2018 р. ст. 155 КК України викладена в новій редакції, відповідно до якої кримінальним правопорушенням визнаються статеві зносини з особою, яка не досягла 16-річного віку. Використання винним матеріальної або службової залежності потерпілої особи та погрози знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої особи чи її близьких родичів або погрози розголосити відомості, що ганьблять її чи близьких родичів, розглядається як кваліфікуючі й особливо кваліфікуючі ознаки. Кримінальний кодекс лише встановлює заборону вчиняти діяння, які явно суперечать принципам так званої статевої моралі, що склалися в суспільстві, і природнім правилам людського співіснування і ніяк не є позитивним регулятором статевої відносин. Водночас кримінальна відповідальність за здійснення дій, що посягають на статеву

недоторканість та статеву свободу особи, зрештою, відіграє роль регулятора суспільних відносин. Саме тому від якості норм КК України, що встановлюють відповідальність за порушення статевої свободи та статевої недоторканості, залежить і сам обсяг прав особи у цій сфері суспільного життя. Тому дуже важливим є той факт, щоб відповідні норми були оптимальними.

### **3. НЕНАСИЛЬНИЦЬКІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ**

Суспільна небезпечність розбещення неповнолітніх (ст. 156 КК України) значною мірою обумовлена об'єктивними ознаками, серед яких центральне місце займає суспільно небезпечне діяння. Зміст суспільно небезпечного діяння у цьому кримінальному правопорушенні позначено подвійно:

1) у назві (ст. 156 КК) кримінального правопорушення йдеться про «розбещення неповнолітніх»;

2) у диспозиції (ч. 1 ст. 156 КК) використовується поняття «вчинення розпусних дій».

У розділі IV Особливої частини КК такий підхід не використовується у жодному зі складів статевих кримінальних правопорушень.

З метою досягнення термінологічної узгодженості доцільним є проведення змістовного аналізу наведених визначень. Тлумачні словники сучасної української мови дають такі дефініції.

Розбещення – «дія за значенням розбестити. 1. Привчати кого-небудь до поганих, аморальних звичок, робити аморальним; псувати. Робити нестійким у поглядах, збивати з правильного шляху. 2. Потураючи кому-небудь, робити його недисциплінованим, свавільним; розпускати. Надмірною увагою псувати кого-небудь, робити неслухняним, вередливим. Розбещувач, той, хто розбещує кого-небудь».

Розбещений: 1. Неслухняний, невитриманий, свавільний. 2. Морально зіпсований.

Розпусні дії – «дії стосовно малолітнього або неповнолітнього, які являють собою задоволення статевого потягу в ненормальній формі, тобто без статевого акту. Розпусний, – який зневажає норми моралі, веде аморальний спосіб життя. Сповнений розпусти; непристойний».

У постанові Пленуму Верховного Суду України (далі – ВСУ) № 5 від 30 травня 2008 р. «Про судову практику у справах про кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» роз'яснюється зміст розбещення через поняття «розпусні дії щодо малолітньої особи та особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку». В узагальненні ВСУ судової практики у справах про кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи знову ж таки використовується термін «розпусні дії». В літературі більшість науковців, які досліджували даний склад кримінального правопорушення, використовують наведені поняття як рівнозначні.



Отже, аналізуючи зміст категорій «розбещення» і «розпусні дії», можна зробити висновок, що: а) термін «розпусні дії» за своїм змістовним навантаженням більш точно і вдало відбиває зміст суспільно небезпечного діяння, передбаченого ч. 1 ст. 156 КК, оскільки означає вчинення дій стосовно малолітнього або неповнолітнього, що полягають у задоволенні статевого потягу в збоченій формі, тобто без статевого акту; б) у назві кримінального правопорушення, передбаченого ст. 156 КК, має вказуватися його основна соціальна спрямованість – «розпусні дії щодо неповнолітніх».

В доктрині кримінального права щодо змісту дій при розбещенні неповнолітніх єдності поглядів немає. З об'єктивної сторони розпусні дії мають сексуальний характер і можуть полягати у фізичному або інтелектуальному розбещенні. В правовій літературі та судовій практиці майже не виникає питань щодо змісту інтелектуальних розпусних дій, які можуть полягати в ознайомленні особи з порнографічними зображеннями, відеофільмами, у цинічних розмовах з неповнолітньою особою на сексуальні теми тощо. Проте щодо змісту фізичних розпусних дій точаться суперечки.

Сьогодні серед науковців і практиків досить поширеною є думка про можливість кваліфікації за ч. 1 ст. 156 КК розбещення неповнолітніх у двох найбільш небезпечних, збочених формах неприродної пристрасті. Досить велика група правників розглядають «акти орального або анального сексу за добровільною згодою неповнолітньої особи» як форми розбещення неповнолітніх.

Так, О. О. Дудоров, М. І. Мельник, М. І. Хавронюк та ін. стверджують, що «фізичне розбещення – це задоволення статевої пристрасті неприродним способом, схилення або примушення потерпілих до вчинення сексуальних дій між собою, або щодо винного тощо». «Диспозицією ст. 156 охоплюється також задоволення статевої пристрасті винного неприродним способом (наприклад, оральний або анальний секс), якщо при цьому щодо особи, яка не досягла 16-річного віку, не застосовується фізичне чи психічне насильство та не використовується безпорадний стан потерпілої особи. Механізм виникнення специфічних ушкоджень і змін, які стали результатом розпусних дій фізичного характеру, встановлюється судово-медичною експертизою».

Дискусійним в юриспруденції є питання, з якого віку можна вважати допустимим вчинення статевих зносин за добровільної згоди партнера, тобто з якого віку добровільна згода особи на статевий акт є юридично дійсною і не може розглядатися як розбещення неповнолітніх, що звичайно і виключатиме кримінальну відповідальність. Зрозуміло, цей вік не може бути більше віку повної дієздатності (повноліття), але в більшості випадків він встановлюється на більш низькому рівні. У багатьох державах світу вік згоди менше.

16 років. У Німеччині, Китаї, Угорщині, Естонії, Болгарії, Словенії, Сербії, Австрії, Італії, Чилі – 14 років; в Аргентині, Іспанії, Японії. У більшості законодавств шлюбний вік вищий віку сексуальної згоди. В Україні, відповідно до ч. 1 ст. 22 Сімейного кодексу, шлюбний вік для жінки встановлюється у сімнадцять років, а для чоловіків – у вісімнадцять років (а вік сексуального

згоди – в шістнадцять років). Крім того, Сімейний кодекс в ч. 2 ст. 23 передбачає можливість зниження шлюбного віку до 14 років на прохання осіб що досягли 14 річного віку, і які бажають вступити в шлюб, при наявності поважних причин право на шлюб може бути їм надане судом, якщо буде встановлено, що надання права на шлюб відповідає їхнім інтересам. Звертає на себе увагу той факт, що закон не встановлює переліку підстав для надання особі права на шлюб. Такий підхід вбачається цілком правильним, оскільки надає можливість суду врахувати усі обставини, що мають істотне значення для вирішення такого питання. До життєвих обставин, які можуть слугувати підставами для надання особі права на шлюб, в першу чергу можна віднести вагітність жінки або народження нею дитини та наявність між сторонами фактичних шлюбних відносин.

На особливу увагу заслуговує аналіз нової редакції статті 155 КК «Вчинення дій сексуального характеру з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку», а також нової статті 156-1 КК України «Домагання дитини для сексуальних цілей», якою Верховна Рада України доповнила Кримінальний кодекс ухваливши 18 лютого 2021 року Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Ланцаротської конвенції)» № 1256-IX.

Зазначений Закон, зокрема, імплементує положення матеріального права, що містяться у Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства «Ланцаротська конвенція» 2007 року у Кримінальний кодекс України.

Важливо зауважити, що наведена категорія кримінальних правопорушень характеризується високим рівнем латентності та потребує високого професіоналізму як від представників правоохоронних органів (з виявлення та реагування) так і від інших фахівців, які беруть участь у досудовому розслідуванні з метою притягнення до відповідальності осіб за вчинення кримінальних правопорушень пов'язаних з сексуальним насильством щодо дітей.

Однією з новел національного законодавства стала ст. 156-1 КК України, якою встановлюється відповідальність за домагання дитини для сексуальних цілей тобто «грумінг» – налагодження довірливих стосунків з дитиною (у тому числі в Інтернеті) з метою сексуального насильства над нею.

Вказана норма частково відтворює ст. 23 Ланцаротської конвенції відповідно до якої кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації умисної пропозиції, зробленої дорослою людиною за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій, зустрітися з дитиною, яка не досягла віку, передбаченого пунктом 2 статті 18 цієї Конвенції, для скоєння проти неї одного з правопорушень, передбачених пп. «а» п. 1 ст. 18 або пп. «а» п. 1 ст. 20 цієї Конвенції, якщо після цієї пропозиції відбулись істотні дії, що призвели до такої зустрічі.

Згідно з ч. 1 ст. 156-1 КК України встановлюється відповідальність за пропозицію зустрічі, зроблену повнолітньою особою, у тому числі з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем або технологій, особі, яка не досягла шістнадцятирічного віку, з метою вчинення стосовно неї будь-яких дій сексуального характеру або розпусних дій, у разі якщо після такої пропозиції було вчинено хоча б одну дію, спрямовану на те, щоб така зустріч відбулася.

Примітка 1 цитованої статі визначає, що під зустріччю слід розуміти, у тому числі, зустріч, проведення якої передбачає використання інформаційно-телекомунікаційних систем або технологій. Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» інформаційно-телекомунікаційна система – це сукупність інформаційних та телекомунікаційних систем, які у процесі обробки інформації діють як єдине ціле.

Розкриваючи зміст дій сексуального характеру або розпусних дій доцільно звернутися до Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти статеві свободи та статеві недоторканості особи» № 5 від 30 серпня 2008 року де вказано, що розпусні дії повинні мати сексуальний характер і можуть бути у виді фізичних дій або інтелектуального розбещення. Такі дії спрямовані на задоволення винною особою статеві пристрасті або на збудження у неповнолітньої особи статевого інстинкту.

Під фізичними розпусними діями слід розуміти оголення статевих органів винної чи потерпілої особи, непристойні доторкання до статевих органів, які викликають статеві збудження, навчання статевим збоченням, імітація статевих актів, схиляння або примушування потерпілих до вчинення певних сексуальних дій між собою, вчинення статевих зносин, акту онанізму у присутності потерпілої особи тощо. Інтелектуальними розпусними діями є, зокрема, ознайомлення потерпілої особи із порнографічними зображеннями, відеофільмами, цинічні розмови з нею на сексуальні теми тощо.

Розпусні дії можуть бути вчинені особою чоловічої статі щодо особи жіночої статі і навпаки, а також між особами однієї статі, але у всіх випадках потерпілою є особа, яка не досягла шістнадцятирічного віку (п. 17 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 5).

Особливу увагу слід звернути на те, що метою кримінального правопорушення є вчинення стосовно особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку будь-яких дій сексуального характеру або розпусних дій. Кримінальне правопорушення є закінченим з моменту, коли після пропозиції було вчинено хоча б одну дію, спрямовану на те, щоб така зустріч відбулася.

Не слід також залишати поза увагою й окремі документи Ланцаротського комітету, що допоможуть зрозуміти сутність нового національного законодавства. Так, у п. 17 Висновку Комітету щодо статті 23 Ланцаротської конвенції «Домагання дітей для сексуальних цілей за допомогою інформаційно-

комунікаційних технологій (Грумінг)» 2015 року вказано, що домагання дітей за допомогою інформаційних та комунікаційних технологій не обов'язково призводить до особистої зустрічі. Така діяльність може залишатися в Інтернеті і тим не менш завдати серйозної шкоди дитині. Сексуальні злочини, які навмисно вчиняються під час онлайн-зустрічі за допомогою комунікаційних технологій, часто пов'язані з виготовленням, володінням та передачею дитячої порнографії.

Частина 2 ст. 156-1 КК України встановлює відповідальність за пропозицію зустрічі, зроблену повнолітньою особою, у тому числі з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем або технологій, неповнолітній особі з метою втягнення її у виготовлення дитячої порнографії, якщо після такої пропозиції було вчинено хоча б одну дію, спрямовану на те, щоб така зустріч відбулася. Примітка 2 до наведеної статті визначає, що під дитячою порнографією в цій статті та статті 301-1 КК України слід розуміти зображення у будь-який спосіб дитини чи особи, яка виглядає як дитина, у реальному чи змодельованому відверто сексуальному образі або задіяної у реальній чи змодельованій відверто сексуальній поведінці, або будь-яке зображення статевих органів дитини в сексуальних цілях. Аналогічне визначення дитячої порнографії надане у Законі України «Про захист суспільної моралі».

Відповідно до ч. 3 ст. 156-1 КК України підставою для притягнення до кримінальної відповідальності є дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або щодо малолітньої особи.

### **Висновок до питання 3.**

Варто наголосити на тому, що Законом України від 18 березня 2021 р. до законодавства України про кримінальну відповідальність було імплементовано положення Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Ланцаротської конвенції). Зокрема, ст. 155 КК України була викладена в новій редакції, а також Кримінальний кодекс було доповнено статтею 156-1, якою встановлюється відповідальність за домагання дитини для сексуальних цілей тобто «грумінг» – налагодження довірливих стосунків з дитиною (у тому числі в Інтернеті) з метою сексуального насильства над нею.

### **ВИСНОВОК ДО ЛЕКЦІЇ**

З набранням чинності Закону України «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» № 2227-VIII від 11 січня 2019 р. окремі положення кримінального законодавства України зазнали суттєвих змін у частині кримінальних правопорушень проти статевої свободи та статевої недоторканості особи.

Зокрема, внесення змін до кримінального законодавства в частині імплементації норм Стамбульської конвенції призвело до оновлення підходу щодо розмежування кримінальних правопорушень, передбачених статтями 152 та 153 КК України.

По-друге, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (Ланцаротської конвенції)» № 1256-IX від 18.02.2021 р. Кримінальний кодекс було доповнено статтею 156-1, якою встановлюється відповідальність за домагання дитини для сексуальних цілей тобто «грумінг» – налагодження довірливих стосунків з дитиною (у тому числі в Інтернеті) з метою сексуального насильства над нею, а також України була викладена в новій редакції стаття 155 КК України.

## **МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ**

При підготовці теми, слухачам слід враховувати різнобічні наукові підходи до розуміння та вирішення проблем застосування законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи.

Для вдалого засвоєння цієї теми, слухачам рекомендується звернутись не лише до базового (обов'язкового) списку літератури, а й до інших наукових джерел, які можна знайти у бібліотеці університету.

Так, під час розгляду теми, слід, також, використовувати наукові праці як українських, так і зарубіжних вчених. Однак, опрацьовувати додаткову літературу слід з урахуванням національної доктрини, особливостей правової системи України.

## **ТЕМА № 9. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ, БЕЗПЕКИ РУХУ ТА ЕКСПЛУАТАЦІЇ ТРАНСПОРТУ (2 ГОДИНИ)**

### **ПЛАН ЛЕКЦІЇ:**

1. Дискусійні питання щодо застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення проти власності.

2. Дискусійні питання щодо застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту.

### РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:

14. Березняк В. С. Теоретичні, правові та праксеологічні засади розслідування кримінальних правопорушень у сфері нерухомості : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : 12.00.09. Дніпро, 2021. 42 с.

15. Микитчик О. В. Кримінальна відповідальність за порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами в стані сп'яніння. *Часопис Київського інституту інтелектуальної власності та права*. 2022. Вип. 2. С. 18–24.

16. Чаплинський К. О., Березняк В. С., Павлова Н. В. Концептуальні засади методики розслідування кримінальних правопорушень у сфері нерухомості: теорія та практика : монографія. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2022. 352 с.

### МЕТА ЛЕКЦІЇ:

✓ навчальна: формування знань про сучасні динамічно-перемінні актуальні теоретичні та прикладні проблеми застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення проти кримінальні правопорушення проти власності, безпеки руху та експлуатації транспорту;

✓ розвиваюча: формування пізнавальної активності здобувачів освіти, залучення їх у процес наукового пошуку для подальшого самостійного осмислення ними перспектив та головних напрямів розв'язання зазначених проблем;

✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи функціонування правової держави; ціннісних орієнтирів відповідно до ідеалів гуманізму, демократії, соціальної справедливості.

### ВСТУП

Зміни, що відбуваються в останнє десятиліття, так або інакше пов'язані з розвитком відносин власності, у зв'язку з цим привертають увагу деякі проблемні питання кримінально-правової охорони власності і, передусім, розуміння цієї категорії у кримінальному праві. У той же час, ознайомлюючись з наявними у вітчизняній і зарубіжній літературі підходами до визначення власності, можна констатувати, що воно на сьогодні має певні «білі плями», які й хотілося б заповнити, оскільки саме від досконалості і розвиненості базових структурних елементів права залежить успішне регулювання суспільних відносин різними галузями права, у тому числі і кримінальним.

На сучасному етапі розвитку кримінального законодавства проблема зростання кількості традиційних кримінальних правопорушень проти власності й виникнення нових видів протиправних посягань, обумовлених розвитком

неоліберальних суспільних відносин у майновій сфері, є не тільки проблемою практиків, які стикаються зі значними труднощами у кваліфікації злочинних посягань на власність, а й серйозною загрозою економічному та соціальному розвитку нашої країни. Такі труднощі, перш за все, обумовлюються проблемами законотворчості щодо ліквідації прогалин кримінального закону, а також теоретичними дослідженнями у сфері охорони власності як складової національної безпеки.

Вдосконалення кримінально-правової протидії кримінально протиправним посяганням проти власності, безпеки руху та експлуатації транспорту є проблемою, що потребує вироблення соціально обумовлених і науково обґрунтованих рекомендацій, адресованих як законодавцю з метою усунення вад нормативної регламентації відповідальності за вказані кримінальні правопорушення, так і правозастосувачу з метою правильного й однакового застосування кримінального закону.

## **1. ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ**

Задля розробки будь-якої системи, в тому числі щодо охорони власності, яка буде відповідати вимогам сучасності, насамперед потрібно узгодити понятійний апарат, що є її основою, так би мовити відправною точкою. Саме таку функцію виконує у цій системі визначення поняття власності, сутність якого є важливою передумовою успішного та повноцінного існування відповідної системи кримінально-правових норм.

У правовій літературі наголошується про міжгалузевий характер інституту власності. Так, оскільки власність є об'єктом не лише цивільних, а й трудових, адміністративних, фінансових, кримінальних правовідносин, ця категорія є загальноправовою, а відповідно, таке поняття має бути міжінтегральним для всієї правової системи.

Слід наголосити на відсутності єдиного поняття власності як цілісної складової вітчизняної правової системи. Зокрема, вітчизняна наука цивільного права розглядає власність у двох аспектах: у вузькому – як сукупність речей та у широкому – як сукупність речей, майнових прав і обов'язків.

Існуючий підхід призвів до того, що й стосовно розділу VI Особливої частини КК України до поняття власності законодавець застосовує двозначний підхід. Так, за широкого розуміння, це прямо закріплено в диспозиціях статей (наприклад, у ст. 190 КК України предметом названо не лише майно, а й право на нього). У диспозиціях інших статей (ст.ст. 185, 186, 187 КК України) законодавець жодних вказівок стосовно розширеного тлумачення не робить, відповідно, у цьому випадку слід використовувати поняття власності у

вузькому розумінні. Викладене призводить до неоднозначного розуміння правозастосовником цієї категорії, у тому числі до проблем кваліфікації протиправних посягань на власність.

Зазначене обумовлює доцільність негайного впровадження у національну систему універсального міжінтегрального поняття власності, яке завжди відображає існуючі і виникаючі відносини та буде здатне якнайширше узагальнювати їх різноманіття. При визначенні такого поняття необхідно, насамперед, виходити з особливостей захисту, яким користуються кримінально-правові відносини, а саме: якщо захист є абсолютним, опір посяганням з боку третіх осіб можна визнати первинним, відтак, об'єктами власності мають бути всі об'єкти, які суспільство бажає і здатне захищати.

Закріплення власності як об'єкту захисту від кримінально-протиправних посягань дозволить охопити як статичний стан (утримання від протиправних дій), так і активну поведінку суб'єктів (використання права, виконання обов'язків).

Неоднорідний підхід до розуміння цієї категорії – це основна перешкода на шляху вдосконалення структури кримінально-правових норм, спрямованих на охорону власності, усунення колізій в кримінальному праві та формування доктринальних положень кримінально-правової політики щодо охорони власності, заснованої на принципах лібералізму. Тому, задля уникнення труднощів щодо розуміння та тлумачення поняття власності у кримінальному праві, вченими висловлена пропозиція закріпити відповідне міжінтегральне поняття у КК України, як свого часу було закріплено поняття «службова особа», що мало позитивні наслідки щодо подолання різнорідного тлумачення цього поняття у правозастосовній сфері.

Виходячи з сучасного тлумачення поняття власності під об'єктом кримінально-правової політики щодо охорони власності доцільно розуміти стан захищеності суспільних відносин від:

- 1) суспільно небезпечних посягань на майно;
- 2) суспільно небезпечних посягань на майнові права;
- 3) суспільно небезпечних посягань на право власності.

Саме такий підхід має знайти своє відображення у новій системі норм розділу VI Особливої частини КК України.

Проте необхідно зазначити, що тенденції розвитку сучасного суспільного життя обумовлюють необхідність поширення режиму власності як на матеріальні, так й на нематеріальні об'єкти, що неодмінно призводить до необхідності перегляду та сучасного юридичного наповнення поняття «речі».

Проте вітчизняне цивільне законодавство відстає від вимог сучасності. Минули часи, коли під «речами» розуміли матеріальні предмети, які в буквальному сенсі оточували людину. Розвиток суспільства (передусім його технічний прогрес) призвів до того, що тлумачення поняття предмету кримінальних правопрушень проти власності як матеріальних предметів зовнішнього світу обмежує цю категорію, правозастосовна практика вказує, що



злочинне посягання на власність може бути спрямовано і на «нематеріальне» благо.

«Безтілесне» майно розглядається як об'єкт права власності в зарубіжних правових системах. Зокрема, такий погляд поширюється на права на об'єкти промислової власності, права на об'єкти «фінансової і комерційної власності» (право грошової вимоги, облігації, векселі, чеки, паї, коносаменти тощо).

В країнах англо-американської правової системи до об'єктів речових правовідносин, поряд з традиційними речами, включають так звані «речі у вимозі»: грошові зобов'язання; документи; акції, паї, облігації; авторські права; патентні права; товарні знаки тощо.

Так, американський дослідник Джеремі Рафкін у книзі «Століття доступу» («The Age of Access») зазначає: по-перше, речове майно знецінюється з точки зору свого функціонального призначення; по-друге, товаром, крім матеріальних предметів (речей), стають враження (paid-forexperience). Ті товари, які вважаються престижними і які піддаються комерційному тиражуванню: екзотичні подорожі з ризиком для життя або клубна картка, що забезпечує доступ у «вузьке коло», – зразкові «товари» сучасної економіки; по-третє, описана переорієнтація економіки призводить до зміщення акцентів в правомочності власника – від правомочності розпорядження, що переважала раніше, до правомочності користування, яке знаходить своє вираження в доступі. Невипадково в німецькому перекладі книга отримала назву «Доступ – зникнення власності» («Access – Das Verschwinden des Eigentums»), оскільки власність на матеріальні блага, тобто власність в її класичному розумінні поступово зникає.

Вітчизняна судова практика вже сьогодні розглядає злочини, предметом яких є, наприклад, безготівкові гроші, як безоплатне вилучення чужого майна. Законодавець також (хоч і частково) підтримав викладену позицію, закріпивши у КК норми, спрямовані на охорону електричної енергії (ст. 188-1 КК України). Проте ще багато питань потребують удосконалення та нормативного закріплення у кримінальному законі.

Викладене, безперечно, актуалізується у зв'язку з тим, що сьогодні роль власності змінюється; особливу роль набуває так звана інформаційна власність. Це пов'язано з тим, що світова спільнота вступила в нову епоху – епоху інформаційного суспільства, в якій життєдіяльність людства певною мірою залежить від телекомунікаційних технологій, які використовуються практично у всіх сферах діяльності людини (енергетика, водопостачання, фінанси, торгівля, наука, освіта тощо). Відповідно розвиток інформаційного простору зумовлює необхідність активізації зусиль суспільства щодо його захисту від злочинних посягань, сукупність яких вже має свою власну, відому у всьому світі назву – кіберзлочинність, яка набула широкого поширення і в сучасних умовах та становить одну з найбільш небезпечних загроз для українського суспільства. Стрімкий розвиток телекомунікацій і глобальних комп'ютерних мереж створив умови, які полегшують вчинення кіберзлочинів проти власності та утворюють нові склади.

Сьогодні за допомогою використання шкідливих комп'ютерних програм і програмно-технічних засобів, підключених до комп'ютерної мережі, можуть вчинятися більшість кримінальних правопрушень проти власності, передбачених розділом VI Особливої частини КК України.

Виняток становлять лише кримінальні правопрушення, спосіб вчинення яких пов'язаний з безпосереднім контактом злочинця з потерпілим, а також значна частина кримінальних правопрушень, предметом яких може бути лише матеріалізоване майно. Від того, що кримінальні правопрушення проти власності вчиняються шляхом використання електроннообчислювальної техніки та новітніх інформаційно-комунікативних технологій, вони не змінюють об'єкт свого посягання; у цьому випадку відбувається приєднання додаткового об'єкту, що збільшує та якісно змінює суспільну небезпеку від кримінального правопорушення.

У зв'язку з цим сучасна система норм, яка відображає кримінальні правопрушення проти власності, потребує вдосконалення, оскільки вона не повною мірою враховує сучасні кіберзагрози.

Кримінальні правопрушення проти власності, які вчиняються шляхом використання інформаційно-комунікативних технологій (кіберзлочини проти власності), характеризуються такою ознакою, як вчинення кримінального правопрушення щодо великого і, як правило, невизначеного кола потерпілих. Це призводить до того, що практично неможливо точно встановити розмір завданої шкоди, а подекуди цей розмір (щодо одного потерпілого) замалий для притягнення винного до кримінальної відповідальності.

Таким чином, постає питання: чи може у такому випадку розмір шкоди бути ознакою складу кримінального правопрушення, яка відображає характер і міру суспільної небезпеки? Звісно, що ні. Кримінальні правопрушення проти власності, які вчиняються шляхом використання інформаційно-комунікативних технологій, не можна кваліфікувати як замах на кримінальне правопрушення у великому або особливо великому розмірі, оскільки згідно з кримінально-правовою теорією в даному випадку є невизначений (неконкретизований) умисел. За таких обставин кримінальне правопорушення має кваліфікуватися за наслідками, що фактично настали.

На відміну від кримінальних правопрушень у сфері використання електроннообчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку, основною властивістю кіберзлочинів проти власності є те, що суб'єкт кримінального правопорушення використовує комп'ютерні мережі як знаряддя або засіб вчинення кримінального правопорушення. Саме це додає таким кримінальним правопрушенням унікальних властивостей, не притаманних для інших кримінально-протиправних посягань.

Таким чином, поняття кримінальних правопрушень проти власності, що вчиняються шляхом використання інформаційно-комунікативних технологій, можна визначити у вигляді сукупності заборонених кримінальним законодавством діянь, спосіб вчинення яких передбачає обов'язкове

використання таких технологій (мереж) як знаряддя або засобу. До того ж, зміст об'єкту цих злочинів може бути різним і не бути пов'язаним з суспільними відносинами, що виникають в інформаційній сфері.

За оцінками Української міжбанківської асоціації платіжних систем «ЄМА», в 2021 р. зберігався «стабільно високий рівень банкоматного шахрайства». При цьому усталена позиція щодо кримінально-правової кваліфікації злочинів проти власності, вчинюваних із використанням платіжних карток або їх реквізитів, відсутня не лише на правозастосовному, а і на доктринальному рівні.

Зазначені посягання становлять собою ініціювання платежів, несанкціоновані законними держателями карток, і, як правило, набувають вигляду оплати товарів і послуг за допомогою платіжних терміналів, спеціалізованих інтернет-сайтів або отримання готівкових грошових коштів із банківських автоматів.

Подальший розгляд досліджуваної кримінально-правової проблематики передбачає описання хоча б у загальному вигляді засад банківського обслуговування та функціонування платіжних систем. По-перше, отримання банківської послуги у вигляді можливості здійснювати розрахунки та отримувати готівку з використанням платіжної картки передбачає укладення договору банківського рахунку (глава 72 ЦК України), а також договору про порядок і умови використання електронного платіжного засобу (Закон України «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні»). Згідно з договором банківського рахунку банк зобов'язується приймати і зараховувати на рахунок клієнта (власника рахунку) одержувані ним грошові кошти, а також виконувати розпорядження про переведення і видачу відповідних сум з рахунку. При цьому важливо, що на рахунку певного клієнта банку накопичується інформація про його безготівкові грошові кошти, тобто враховуються вимоги і зобов'язання банку щодо клієнта. Формулювання «сума грошових коштів на банківському рахунку клієнта» фактично означає наявність у клієнта права розпоряджатися певною сумою грошових коштів та відповідного зобов'язання у банківській установі. У свою чергу, залучені банком кошти клієнтів належать до активів банку і розміщуються ним із метою отримання прибутку від свого імені, на власних умовах та на власний ризик.

У судовій практиці трапляються випадки ігнорування наведених положень регулятивного законодавства. *Так, наприклад, у вироках суду зазначається, що винні особи вчинили операцію з викраденою у потерпілого банківською картою, а саме зняли з неї грошові кошти, тим самим викравши грошові кошти, що знаходилися на вказаній банківській картці.*

Принагідно зауважимо, що платіжна карта не є засобом зберігання грошових коштів, у зв'язку з чим формулювання на кшталт «грошові кошти, що знаходяться на банківській картці» є некоректними.

Проведений аналіз судової практики свідчить про те, що переважна більшість досліджуваних злочинних посягань на власність кваліфікується у теперішній час як крадіжка.

У кримінально-правовій доктрині чіткої позиції з розглядуваного питання немає. В юридичній літературі висловлені аргументи на користь кваліфікації аналізованих посягань на власність і як крадіжки, і як шахрайства. Щодо кваліфікації скоєного як крадіжки, то постає питання про охоплення безготівкових грошових коштів поняттям чужого майна як предмета вказаного злочину проти власності. Адже, як інколи зазначається у фаховій літературі, на банківському рахунку обліковуються не гроші, а вимоги, зобов'язання банку щодо його клієнтів і контрагентів; безготівкові гроші на банківських рахунках не є речами, існують у формі записів і становлять собою свідоцтва зобов'язального права щодо вимоги клієнта до банку, зміст якого розкривається чинним законодавством, а також договором банківського рахунку між банком і клієнтом.

В юридичній літературі з приводу визнання безготівкових коштів предметом злочину можна прочитати, що йдеться, по суті, про заволодіння майновими правами зобов'язального характеру (правом на майно), оскільки поняття «власник рахунку» та «грошові кошти на банківському рахунку» – умовні, адже і банківський рахунок, і безготівкові кошти на ньому є категоріями зобов'язально-правового характеру.

Проблема, звичайно, існує і заслуговує на окремий поглиблений аналіз із залученням у тому числі здобутків цивілістики і фінансово-правової науки. Ми ж у цьому разі обмежимося викладенням пануючої у вітчизняній доктрині позиції, відповідно до якої: кримінально-правова оцінка посягань на грошові кошти не залежить від форми (готівкової чи безготівкової) існування цих коштів; предметом злочину при незаконному списанні сум безготівкових коштів з банківських рахунків є майно, що належить власникам рахунків.

Також заслуговує на увагу той факт, що судова практика, на сучасному етапі, розглядає кримінальні правопорушення, предметом яких є безготівкові гроші, як безоплатне вилучення безготівкових грошей, які є чужим майном.

*Так, наприклад, за ч. 2 ст. 190 і ч. 3 ст. 190 КК України кваліфікував Київський районний суд м. Харкова дії С., який, маючи корисливий умисел, спрямований на заволодіння чужим майном, шляхом обману, в значних розмірах, під приводом сприяння у складанні іспитів студентом університету А. для поновлення його на 4 курсі навчання після відрахування та у вступі до навчання на 5 курсі бюджетної форми навчання заволодів грошовими коштами А., шляхом здійснення електронних платежів та операцій з безготівковими коштами, чим завдав значної шкоди потерпілому.*

З цього прикладу можна побачити, що суд виходив з того, що злочинець не тільки отримав кошти у безготівковій формі, а і отримав їх готівкою у банкоматі.

Кримінальне правопорушення було визнане закінченим з моменту переведення цих коштів у готівку. Звертає на себе увагу те, що у кожному з проаналізованих нами випадків правозастосовної практики, які можна вважати типовими, суд виходив з того, що закінченим кримінальне правопорушення вважається або у момент безпосереднього отримання грошей з рахунку

(вкладу) потерпілого, або у момент зарахування грошей на рахунок, з якого злочинець може розпоряджатися безготівковими грошима.

У разі, коли за рахунок коштів з чужого рахунку оплачуються товари (роботи, послуги), наприклад, за допомогою фіктивної або втраченої кредитної (розрахункової) картки, таке розкрадання вважається закінченим з моменту списання грошей з рахунку власника.

Спроба обґрунтувати прихильниками речової концепції безготівкових коштів того, що закінченим кримінальне правопорушення можна вважати лише при «переведенні коштів у готівку», викликає серйозні сумніви. Так, незаконно перерахувавши грошові кошти з одного рахунку на рахунок, яким він може вільно розпоряджатися, злочинцю не має жодної необхідності переводити їх у готівку: він може використовувати їх і без цього.

Як бачимо, практика рухається шляхом визнання безготівкових грошей предметом кримінальних правопорушень проти власності в аспекті змішаної, речово-зобов'язальної концепції. З огляду на сказане слід підтримати пануючу наразі у літературі позицію, відповідно до якої: кваліфікація посягань на грошові кошти не залежить від форми (готівкової чи безготівкової) існування цих коштів; предметом кримінальних правопорушень при незаконному списанні сум безготівкових коштів з банківських рахунків є майно, що належить власникам рахунків; незаконне посягання на безготівкові гроші треба розцінювати як заволодіння чужим майном у той чи інший спосіб, визначений у КК України.

До речі, у вітчизняній судовій практиці до недавнього часу суперечливо вирішувалось питання про визнання важливими особистими документами банківських платіжних карток, незаконне заволодіння якими нерідко трапляється під час вчинення кримінально караних посягань на приватну власність. Врешті-решт Верховний Суд України дав на поставлене питання негативну відповідь, мотивуючи свою позицію тим, що банківська платіжна картка за умовами укладеного між установою банку і клієнтом договору є власністю банку і надається держателю в тимчасове користування на час дії договору, після чого підлягає поверненню банку. Як вбачається з постанови Верховного Суду України від 20 червня 2011 р., винесеної у справі Т., первісно засудженого і за ч. 3 ст. 357 КК, аргументом на користь невизнання банківської платіжної картки предметом передбаченого цією нормою злочину послугувало і те, що потерпіла відповідно до правил користування картою при її втраті негайно повідомила про це банк, внаслідок чого викрадені у неї разом з іншим майном платіжні картки були поставлені банками у стоп-лист. Таким чином, істотного ускладнення реалізації прав, свобод і законних інтересів потерпілої особи не відбулося. Разом з тим Верховним Судом України було роз'яснено, що банківська платіжна картка, будучи різновидом офіційних документів, може бути предметом кримінальних правопорушень, описаних у ч. 1 і ч. 2 ст. 357 КК.

У зв'язку з викладеним ще одним питанням, яке є на сьогодні найактуальнішим, є проблема визнання предметом кримінальних правопорушень проти власності криптовалюти. Безперечно, більшість

розрахунків у світі відбуваються у безготівковій формі, але поряд з консервативними електронними засобами на особливу увагу заслуговують криптовалюти.

Правова природа криптовалюти остаточно не визначена, вітчизняне законодавство та правова теорія ще не достатньо повно з'ясували ознаки та правовий статус такого фінансового інструмента. Хоча окремі дослідники вказують на те, що криптовалюта – це електронні гроші. Визначальною особливістю електронних грошей є те, що з одного боку, вони є засобом платежу, а з іншого – зобов'язанням емітента, яке має бути виконано у традиційних грошах.

Електронні гроші не мають своєї вартості і є, по суті, одиницями виміру звичайних грошей; вони не можуть існувати поза консервативною фіатно-кредитною грошовою системою. Для визначення правової природи криптовалют необхідно насамперед проаналізувати технології, на основі яких вони функціонують.

Так, «фундатором» більшості сучасних криптовалют є Bitcoin – це розподілена р2р мережа, в якій немає єдиного емісійного центру, а емісія відбувається автоматично на основі математичного алгоритму, і кожен учасник мережі бере участь у підтриманні роботи мережі, в якій для забезпечення анонімності всіх операцій у мережі використовуються криптографічні методи асиметричного шифрування даних із застосуванням публічного та приватного ключів.

Створення Bitcoin у 2008 р. було початком реалізації ідеї електронної валюти, яка б не мала прив'язки до єдиного емітента, яка б контролювалась урядом, операції з переказу коштів були б миттєвими та анонімними та максимально дешевими. Сьогодні вартість одного Bitcoin становить близько 250 дол. США, а загальна капіталізація всіх Bitcoin – понад 3 млрд.

Проте вартість Bitcoin є результатом співвідношення попиту та пропозиції на нього серед його користувачів. Тобто Bitcoin не є вираженням фіатних грошей, а є високотехнологічним явищем, що існує виключно за своїм внутрішнім математичним алгоритмом. І якщо виходити з легального визначення електронних грошей, то можна сказати, що Bitcoin на сьогодні виконує функцію грошей, не будучи при цьому електронними грошима.

Друга за популярністю криптовалюта світу, Ripple, коштує близько півмільярда. Проте робота над удосконаленням та розробкою нових видів криптовалюти йде і сьогодні. Так, у січні 2016 р. було анонсовано проект Zcash – це проект, який присвячено розробці криптовалюти з більш високим, порівняно з Bitcoin, рівнем захисту.

На сьогодні питання щодо визнання криптовалюти грошима залишається відкритим в більшості країн світу. Так, в США вже сформувалась прецедентна практика, яка визначає криптовалюти як «валюту або іншу форму грошей». Позиція американських суддів була підтверджена і Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN), який у 2013 р. кваліфікував Bitcoin як «одну з форм грошей». Проте інший впливовий американський орган, Internal Revenue

Service (IRS), визначив, що для цілей федерального оподаткування криптовалюти слід тлумачити не як «форму грошей», а як власність.

Зокрема, в Німеччині Bitcoin має статус «приватних коштів». The German Federal Financial Supervisory Authority (BaFin) визначає його як приватні кошти, які використовуються для оплати і замінюють традиційну валюту в цивільноправових договорах.

Так, задля регулювання Bitcoin в ЄС у жовтні 2012 р. Європейським центральним банком опубліковано доповідь щодо статусу Bitcoin. Аналіз її змісту показав, що стосовно питання щодо відповідності статусу Bitcoin чинному законодавству ЄС було висловлено припущення про те, що Bitcoin може мати правовий статус, аналогічний електронним грошам.

Таким чином, стає зрозуміло, що навіть на міжнародному рівні до сьогодні відсутня єдність щодо розуміння правової природи криптовалюти.

Вітчизняна правова теорія і практика, як і більшості зарубіжних країн, також не вирішила цю проблему. Так, через свої технологічні особливості Bitcoin не може бути визнано «електронними грошима», оскільки він не містить зобов'язання емітента з його погашення, не має єдиного емісійного центру і не прив'язаний до жодних готівкових або безготівкових коштів. Банки не беруть участі у процесі емісії та обігу криптовалют, тому Bitcoin не може вважатись «коштами» взагалі.

Ознаки Bitcoin не відповідають й визначенню «платіжної системи», оскільки основною та обов'язковою функцією платіжної системи є проведення переказу грошових коштів, тоді як через гаманець Bitcoin здійснюється переказ виключно Bitcoin.

Проте нова технологія вимагає усунення відповідних прогалин в законодавстві. Вирішувати цю проблему можна по-різному, наприклад у США на розгляд Конгресу було внесено законопроект, за яким пропонується встановити п'ятирічний мораторій на будь-яке регулювання криптовалют. Позиція виправдана, технологія молода і перспективна, для розуміння того, які потенційні ризики з нею пов'язані, потрібен час.

Проте Україною обрано дещо інший шлях. Так, листом НБУ від 8 грудня 2014 р. № 29-208/72889 Bitcoin визнано грошовим сурогатом, який не має забезпечення реальної вартості. Зокрема, у листі зазначено, що діяльність з купівлі-продажу Bitcoin за долари США або іншу іноземну валюту має ознаки функціонування так званих «фінансових пірамід» та може свідчити про потенційну залученість у здійсненні сумнівних операцій відповідно до законодавства про протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму.

Законом України «Про Національний банк України» визначено, що грошовий сурогат – це будь-які документи у вигляді грошових знаків, що відрізняються від грошової одиниці України, випущені в обіг не НБУ і виготовлені з метою здійснення платежів у господарському обороті. Водночас ознаки криптовалюти не підпадають під поняття електронного документа, адже

електронний документ – це документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, враховуючи обов’язкові реквізити документа.

У зв’язку з викладеним доцільно зазначити, що незважаючи на відсутність законодавчого закріплення криптовалюти – це перспективна технологія, що буде розвиватись. Зокрема, кількість людей, які довіряють криптовалютам, постійно зростає, сьогодні за Bitcoin можна придбати товари, розрахуватися за послуги, а темпи приросту капіталу їх власників складали в окремі дні 100%, 200% і навіть 1000%.

Нерегульована сфера обігу криптовалюти стала користуватися великою популярністю також серед організованих злочинних угруповань, що приймають оплату за свої послуги у віртуальній валюті, використовуючи альтернативний «темний» Інтернет – DarkNet, який функціонує на основі системи The Onion Router (TOR). У зв’язку з цим необхідно зазначити, що найпоширенішим кримінальним правопорушенням проти власності у цій сфері є шахрайство, що вчиняється з використанням мережі Інтернет.

Натомість, абсолютно новим поглядом і певною проблемою для кваліфікації кримінальних правопорушень у сфері нерухомості в частині визначення предмету кримінального правопорушення, може стати невизначеність статусу криптовалют.

Останнім часом в комерційних секторах України все частіше при купівлі-продажу використовується «віртуальна валюта» або криптовалюта. Не залишився і винятком ринок нерухомості. На сьогодні офіційно в Україні криптовалюта не визнана платіжним засобом, вона не дозволена законом, але і заборони на неї немає. З тієї причини, що криптовалюта не заборонена в законі, продавці й покупці знайшли можливість використовувати її в угодах з нерухомістю. Перша покупка нерухомості в Україні за криптовалюту відбулася у Києві 8 червня 2021 року. Однокімнатну квартиру було продано на NFT-аукціоні.

Стартова ціна лота становила 7,81 ETH (близько \$20 тисяч). Протягом 24-годинних торгів ціна зросла до 36 ETH (\$93,4 тисячі). Якщо говорити про купівлю-продажу нерухомості за криптовалюту, то можна зазначити, що у недалекому майбутньому «віртуальна валюта» може стати предметом кримінальних правопорушень у сфері нерухомості. В той же час виникає багато питань щодо правової сутті криптовалюти.

Міністерство фінансів України з цього питання висловилося наступним чином: «Складна правова природа криптовалют не дозволяє визнати їх ані грошовими коштами, ані валютою і платіжним засобом іншої країни, ані валютною цінністю, ані електронними грошима, ані цінними паперами, ані грошовим сурогатом». Якщо розглядати з точки зору Українського законодавства, криптовалюта – це нематеріальний актив, – у неї є власник, який має право нею розпоряджатися, і у неї немає фізичної форми.

Що стосується кримінального законодавства, то в даному випадку важливим є питання чи може бути криптовалюта предметом кримінальних правопорушень у сфері нерухомості з точки зору розгляду її як нематеріального



активу. В пункті 3 примітки ст. 368-5 «Незаконне збагачення» зазначено, що «під активами слід розуміти грошові кошти (у тому числі готівкові кошти, кошти, що перебувають на банківських рахунках чи на зберіганні у банках або інших фінансових установах), інше майно, майнові права, нематеріальні активи, у тому числі криптовалюти...».

В теорії кримінального права предметом кримінального правопорушення є будь-які речі матеріального світу, з певними властивостями яких закон про кримінальну відповідальність пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу кримінального правопорушення.

У даному випадку виникає питання чи можна розцінювати криптовалюту як предмет кримінальних правопорушень у сфері власності, у т.ч. нерухомості. В ст. 1 проєкту Закону України «Про обіг криптовалюти в Україні» зазначається, що криптовалюта – це програмний код (набір символів, цифр та букв), що є об'єктом права власності, який може виступати засобом міни, відомості про який вносяться та зберігаються у системі блокчейнв якості облікових одиниць поточної системи блокчейн у вигляді даних (програмного коду).

З цього визначення вбачається, що криптовалюту можна розцінювати як програмний код, що є об'єктом права власності, а не об'єктом права власності на майно. Це підтверджується і іншою нормою цього проєкту, де в ч. 1 ст. 6 вказується на те, що суб'єкт криптовалютних операцій має право вільно розпоряджатись криптовалютою, зокрема здійснювати операції з міни (обміну) криптовалюти будь-яких видів на іншу криптовалюту, обмінювати її на електронні гроші, валютні цінності, цінні папери, послуги, товари тощо. Тобто в даному випадку криптовалюта прирівнюється до грошей, хоча такою не є і може застосовуватися тільки в операціях міни (обміну). Хоча в ч. 2 цієї статті проєкту зазначається, що до криптовалюти застосовуються загальні норми які розповсюджуються на право приватної власності. В даному випадку можна говорити, що криптовалюта є об'єктом права приватної власності, в той же час не зазначається, що криптовалюта є об'єктом права власності саме на річ (майно).

Вказане підтверджується тим, що відповідно до ст. 316 «Поняття право власності» Цивільного кодексу України правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. Це підтверджується і у висновку Головного науково-експертного управління від 05.02.2018, де зазначається, що термінологічний апарат проєкту вимагає свого доопрацювання. Зокрема, у пункті 1 частини 1 статті 1 проєкту «криптовалюта» визначається як «програмний код (набір символів, цифр та букв), що є об'єктом права власності, який може виступати засобом міни, відомості про який вносяться та зберігаються у системі блокчейнв якості облікових одиниць поточної системи блокчейн у вигляді даних (програмного коду)». Проте визначення певної речі об'єктом власності та/або предметом певного договору не може розглядатися як його особлива

риса, яка відрізняє саме цю річ від усіх інших, що має відображатися у визначенні цієї речі.

Ю. А. Дорохіна вказує на те, що, хоча криптовалюти є одним із видів віртуальних фінансових інструментів, їм притаманні всі ознаки предмета злочинів проти власності, а саме: фізичні ознаки характеризуються можливістю вимірювати їх у певних одиницях, ними можна торгувати на електронній біржі, тобто є змога такий предмет вилучити; щодо соціально-економічної складової, то криптовалюти мають певну мінову і споживчу вартість, а з точки зору юридичної ознаки – криптовалюти є чужим для винного майном.

У той же час в країнах світу криптовалюта розцінюється як віртуальний товар, нематеріальний актив. Що стосується думок вчених, то вони також розрізняються, одні вказують на криптовалюту як саме на віртуальну валюту, інші ні.

З аналізу вказаного вбачається, що на сьогодні взаємопов'язані між собою цивільно-правовий та кримінально-правовий статус криптовалют не визначено, що є певною проблемою для кваліфікації кримінальних правопорушень у сфері власності, у т.ч. нерухомості в частині визначення предмету кримінального правопорушення.

Виходом з цього існує необхідність у доповненні глави 13 «Речі. Майно» окремою статтею. «Криптовалюти» та викласти в наступній редакції:

1. Криптовалюти є особливим об'єктом права власності. На них поширюється правовий режим речі.

2. Правила операції з криптовалютами встановлюються законом.

Наступним важливим питанням є віднесення електричної чи теплової енергії до предмета кримінальних правопорушень проти власності. Слід зазначити, що у кримінально-правовій літературі немає єдності у підході щодо визнання предметом кримінальних правопорушень проти власності «електричної та теплової енергії». Ряд вчених вказують, що електрична, газова, тепла та інші види енергії не є предметом викрадення у зв'язку з відсутністю фізичної ознаки предмета кримінального правопорушення, та пропонують виключити ст. 188-1 з КК України.

Проте є й протилежна точка зору, згідно з якою електроенергія, газ та тепла енергія можуть характеризуватися саме з фізичного боку – по-перше, вони є матеріальними, існують у відповідних зовнішніх формах, визнаються рухомим майном; по-друге, вони фізично відчуються людиною. Інші вчені займають компромісну позицію та вказують на те, що енергію доцільно відносити до неуречевленого майна та розглядати як предмет заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою.

Найбільш обґрунтованою, з нашої точки зору, є позиція тих вчених, які зазначають, що електрична та тепла енергія є товарною продукцією, що в свою чергу характеризує її як матеріальну цінність; їй притаманні всі ознаки предмета кримінальних правопорушень проти власності. Так, фізичні ознаки характеризуються можливістю сприймати такий предмет органами чуття, вимірювати спеціальними технічними засобами, тобто такий предмет можна

вилучити, привласнити, спожити тощо. Щодо соціально-економічної складової, то енергія (електрична та теплова) має певну мінову і споживчу вартість, а з точки зору юридичної ознаки – енергія є чужим для винного майном.

### **Висновок до 1 питання.**

Проблематика предмета кримінальних правопорушень проти власності продовжує зберігати свою актуальність і особливо під кутом визначення перспектив заміни розробленої ще в радянський період концепції злочинів проти власності концепцією майнових кримінальних правопорушень.

## **2. Дискусійні питання щодо застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту**

В статтях XI розділу Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту» законодавець неоднозначно говорить про транспорт як предмет цих кримінальних правопорушень.

Так, в ст.276 КК України йдеться про транспорт (залізничний, водний, повітряний), а також транспортні засоби, колії, засоби сигналізації та зв'язку.

В ст.277 КК України – про шляхи сполучення, споруди на них, рухомий склад або судна, засоби зв'язку чи сигналізації.

В ст.278 КК України – про залізничний рухомий склад, повітряне, морське чи річкове судно.

В ст.279 КК України – про транспортні комунікації, вокзали, аеродроми, порти, станції, інші транспортні підприємства, установи або організації.

В ст.283 КК України – про поїзд.

В ст.284, 285 КК України – про судно.

В ст.286, 287, 289, 290 КК України – про транспортні засоби (в ст.290 вказано конкретно на ідентифікаційний номер, номер двигуна, шасі або кузова транспортного засобу).

В ст.292 КК України – про магістральні нафто-, газо- та нафтопродуктопроводи, відводи від них, а також технологічно пов'язані з ними об'єкти, споруди, засоби автоматики, зв'язку, сигналізації.

Транспорт (повітряні судна) як, предмет кримінального правопорушення, може бути і при порушенні правил повітряних польотів (ст.281 КК України), порушенні правил використання повітряного простору (ст.282 КК України).

При порушенні правил, норм і стандартів, що стосуються убезпечення дорожнього руху (ст.288 КК України) предметом цього кримінального правопорушення можуть виступати автомобільні дороги, вулиці, залізничні переїзди, інші дорожні споруди.

У разі порушення правил, норм і стандартів виготовлення, переобладнання, ремонту транспортних засобів, останні можуть виступати предметом цього кримінального правопорушення (ст.291 КК України).

В ст. 280 КК України (примушування працівника транспорту до невиконання своїх службових обов'язків) про транспорт, як предмет кримінального правопорушення, не йдеться.

Як бачимо, поняття «транспорт», як предмет злочину, в статтях КК України подано по-різному. Наприклад, в ст.286, 287, 289, 290 КК вказано на транспортні засоби. Причому, зміст цих транспортних засобів фактично розкритий в примітці до ст.286 КК України. Це – всі види автомобілів, трактори та інші самохідні машини, трамваї і тролейбуси, а також мотоцикли та інші механічні транспортні засоби. Єдине, що потребує з'ясування – це поняття «інші механічні транспортні засоби».

Проте ця проблема вирішується в Правилах дорожнього руху. В п.1.10 цих Правил механічний транспортний засіб розуміється як транспортний засіб, що приводиться в рух з допомогою двигуна. Цей термін поширюється на трактори, самохідні машини і механізми (крім транспортних засобів, робочий об'єм двигуна яких не перевищує 50 куб. см), а також тролейбуси та транспортні засоби з електродвигуном потужністю понад 3 кВт.

В низці інших згаданих статей КК України на транспорт, як предмет кримінального правопорушення, сказано в загальному значенні. Для з'ясування ж змісту конкретної кримінально-правової заборони потрібно, щоб поняття «транспорт» було деталізовано.

У Законі України «Про транспорт» перш за все підкреслюється, що єдину транспортну систему України становлять: транспорт загального користування (залізничний, морський, річковий, автомобільний і авіаційний, а також міський електротранспорт, у тому числі метрополітен); промисловий залізничний транспорт; відомчий транспорт; трубопровідний транспорт; шляхи сполучення загального користування.

Залізничний транспорт це – виробничо-технологічний комплекс організацій і підприємств залізничного транспорту загального користування, призначений для забезпечення потреб суспільного виробництва і населення країни в перевезеннях у внутрішньому і міжнародному сполученнях та надання інших транспортних послуг усім споживачам без обмежень за ознаками форми власності та видів діяльності тощо. До складу залізничного транспорту входять підприємства залізничного транспорту, що здійснюють перевезення пасажирів, вантажів, багажу, пошти, рухомий склад залізничного транспорту, залізничні шляхи сполучення, а також промислові, будівельні, торговельні та постачальницькі підприємства, навчальні заклади, технічні школи, дитячі дошкільні заклади, заклади охорони здоров'я, фізичної культури та спорту, культури, науково-дослідні, проектно-конструкторські організації, підприємства промислового залізничного транспорту та інші підприємства, установи та організації незалежно від форм власності, що забезпечують його діяльність і розвиток.

Промисловий залізничний транспорт – це транспортно-технологічний комплекс, який забезпечує системне переміщення вантажів у процесі виробництва (між виробництвами, виробничими циклами, окремими операціями або підприємствами в цілому) та взаємодію із залізничним транспортом загального користування і не належить до нього.

Водний транспорт – це складова транспортної галузі, що забезпечує потреби населення та суспільного виробництва в перевезеннях за допомогою морських та річкових транспортних засобів.

До складу морського транспорту входять підприємства морського транспорту, що здійснюють перевезення пасажирів, вантажів, багажу, пошти, порти і пристані, судна, судноремонтні заводи, морські шляхи сполучення, а також підприємства зв'язку, промислові, торговельні, будівельні і постачальницькі підприємства, навчальні заклади, заклади охорони здоров'я, фізичної культури, науково-дослідні, проектно-конструкторські організації та інші підприємства, установи та організації незалежно від форм власності, що забезпечують роботу морського транспорту.

До складу річкового транспорту входять підприємства річкового транспорту, що здійснюють перевезення пасажирів, вантажів, багажу, пошти, порти і пристані, судна, суднобудівно-судноремонтні заводи, ремонтно-експлуатаційні бази, підприємства шляхового господарства, а також підприємства зв'язку, промислові, торговельні, будівельні та постачальницькі підприємства, навчальні заклади, заклади охорони здоров'я, фізичної культури та спорту, культури, проектно-конструкторські організації та інші підприємства, установи і організації незалежно від форм власності, що забезпечують роботу річкового транспорту.

Автомобільний транспорт це – галузь транспорту, яка забезпечує задоволення потреб населення та суспільного виробництва у перевезеннях пасажирів та вантажів автомобільними транспортними засобами. Автомобільний транспортний засіб це – колісний транспортний засіб (автобус, вантажний та легковий автомобіль, причіп, напівпричіп), який використовується для перевезення пасажирів, вантажів або виконання спеціальних робочих функцій.

Ці транспортні засоби за своїм призначенням поділяються на: транспортні засоби загального призначення – такі – транспортні засоби, що не обладнані спеціальним устаткуванням і призначені для перевезення пасажирів або вантажів (автобус, легковий автомобіль, вантажний автомобіль, причіп, напівпричіп з бортовою платформою відкритого або закритого типу; транспортні засоби спеціалізованого призначення – це такі транспортні засоби, що призначені для перевезення певних категорій пасажирів чи вантажів (автобус для перевезення дітей, інвалідів, пасажирів певних професій, самоскид, цистерна, сідельний тягач, фургон, швидка медична допомога, автомобіль інкасації, ритуальний автомобіль тощо) та мають спеціальне обладнання (таксі, броньований, обладнаний спеціальними світловими і звуковими сигнальними пристроями тощо; транспортні засоби спеціального

призначення – це такі транспортні засоби, що призначені для виконання спеціальних робочих функцій (для аварійного ремонту, автокран, пожежний, автобетономішалка, вишка розвідувальна чи бурова на автомобілі, для транспортування сміття та інших відходів, технічна допомога, автомобіль прибиральний, автомобіль-майстерня, радіологічна майстерня, автомобіль для пересувних телевізійних і звукових станцій тощо).

До складу автомобільного транспорту входять підприємства автомобільного транспорту, що здійснюють перевезення пасажирів, вантажів, багажу, пошти, авторемонтні і шиноремонтні підприємства, рухомий склад автомобільного транспорту, транспортно-експедиційні підприємства, а також автовокзали і автостанції, навчальні заклади, ремонтно-будівельні організації та соціальнопобутові заклади, інші підприємства, установи та організації незалежно від форм власності, що забезпечують роботу автомобільного транспорту.

Авіаційний транспорт – це складова транспортної галузі, що забезпечує потреби населення та суспільного виробництва в перевезеннях за допомогою повітряних транспортних засобів. До складу авіаційного транспорту входять підприємства повітряного транспорту, що здійснюють перевезення пасажирів, вантажів, багажу, пошти, аерофотозйомки, сільськогосподарські роботи, а також аеропорти, аеродроми, аероклуби, транспортні засоби, системи управління повітряним рухом, навчальні заклади, ремонтні заводи цивільної авіації та інші підприємства, установи та організації незалежно від форм власності, що забезпечують роботу авіаційного транспорту.

Міський електротранспорт – це складова транспортної галузі, що забезпечує потреби населення та суспільного виробництва в перевезеннях за допомогою засобів міського електротранспорту. До складу міського електротранспорту входять підприємства міського електротранспорту, що здійснюють перевезення пасажирів, вантажів, багажу, пошти, рухомий склад, трамвайні і тролейбусні лінії, ремонтно-експлуатаційні депо, службові приміщення, фунікулери, канатні дороги, ескалатори, заводи по ремонту рухомого складу і виготовленню запасних частин, споруди енергетичного господарства та зв'язку, промислові, ремонтно-будівельні, торговельні та постачальницькі організації, навчальні заклади, науково-дослідні та проектно-конструкторські установи, заклади охорони здоров'я, відпочинку, фізичної культури і спорту та інші культурно-побутові заклади і підприємства, установи та організації незалежно від форм власності, що забезпечують роботу міського електротранспорту.

Говорячи про метрополітен, слід зауважити наступне. Закон України «Про транспорт», визначаючи зміст транспорту загального користування, відносить до нього: залізничний, морський, річковий, автомобільний і авіаційний транспорт, а також міський електротранспорт, у тому числі метрополітен. Закон України «Про міський електричний транспорт», поняттям «міський електричний транспорт» охоплює: трамваї, тролейбуси, поїзди метрополітену (ст.1).

При цьому зазначено, що Правила експлуатації трамвая та тролейбуса затверджуються центральним органом виконавчої влади з питань житлово-комунального господарства. Правила технічної експлуатації метрополітену – центральним органом виконавчої влади у галузі транспорту (ч.2 ст.17). Такий підхід є об'єктивним. Метрополітен призначений для перевезень пасажирів у містах, як і трамваї та тролейбуси. Тому його і відносять до міського електричного транспорту. Але за технічними характеристиками метрополітен належить до залізничного транспорту. Його технічна регламентація здійснюється центральним органом виконавчої влади у галузі транспорту.

І тому порушення правил безпеки руху або експлуатації метрополітену повинно розглядатись як кримінальне правопорушення, відповідальність за вчинення якого передбачена ст.276 КК України.

Відомчий транспорт – це складова транспортної галузі, що забезпечує потреби відомств в перевезеннях за допомогою транспортних засобів. До складу відомчого транспорту входять транспортні засоби підприємств, установ та організацій.

Трубопровідний транспорт – це складова транспортної галузі, що забезпечує потреби населення та суспільного виробництва в переміщенні (поставках, відведеннях) продуктів засобами трубопровідного транспорту. Відповідно до Закону України «Про трубопровідний транспорт» систему трубопровідного транспорту України становлять: магістральний трубопровідний транспорт та промисловий трубопровідний транспорт.

Магістральний трубопровід – це технологічний комплекс, що функціонує як єдина система і до якого входить окремий трубопровід з усіма об'єктами і спорудами, зв'язаними з ним єдиним технологічним процесом, або кілька трубопроводів, якими здійснюються транзитні, міждержавні, міжрегіональні поставки продуктів транспортування споживачам, або інші трубопроводи, спроектовані та збудовані згідно з державними будівельними вимогами щодо магістральних трубопроводів.

Промислові трубопроводи (приєднані мережі) – це всі інші немагістральні трубопроводи в межах виробництв, а також нафтобазові, внутрішньопромислові нафто-, газо- і продуктопроводи, міські газопровідні, водопровідні, теплопровідні, каналізаційні мережі, розподільчі трубопроводи водопостачання, меліоративні системи тощо. Шляхи сполучень як предмети кримінальних правопорушень.

В контексті транспортних кримінальних правопорушень, етимологічне розуміння терміну «шляхи сполучень», означає спеціальний простір, який використовується людиною при експлуатації транспортних засобів, що дозволяє з'єднати одне з іншим.

Шляхами сполучень є: залізничні колії (елементи залізничної колії (земляне полотно, верхня будова та штучні споруди) за міцністю, стійкістю і станом мають забезпечувати безпечний і плавний рух поїздів із швидкостями, встановленими на даній ділянці); річки, озера, водосховища, канали, інші водойми, а також внутрішні морські води та територіальне море (внутрішні

водні шляхи загального користування); повітряний простір (повітряні траси і місцеві повітряні лінії України); автомобільні дороги (лінійний комплекс інженерних споруд, призначений для безперервного, безпечного та зручного руху транспортних засобів).

Наведене показує, що Закон України «Про транспорт» неоднаково дає визначення того чи іншого виду транспорту. Так, характеризуючи відомчий транспорт, законодавець говорить лише про транспортні засоби підприємств, установ та організацій.

В той час, як характеризуючи, наприклад, міський електротранспорт, морський та річковий транспорт, говорять і про ремонтно-експлуатаційні депо, судноремонтні заводи. Відомчий транспорт також потребує технічного обслуговування. Таке обслуговування може здійснюватись, наприклад, в гаражах, ремонтних приміщеннях тощо.

Однаковий підхід у визначенні змісту поняття «транспорт» вимагає включення до поняття «відомчий транспорт» і приміщень, де його обслуговують. Крім того, Закон України «Про транспорт» неоднозначно вирішує і питання щодо шляхів сполучення. Так, до складу залізничного транспорту віднесено морські шляхи сполучення. До складу міського електротранспорту відносять трамвайні і тролейбусні лінії. Проте, до складу річкового транспорту, до складу автомобільного транспорту, до складу повітряного транспорту, відповідно річкові шляхи, автомобільні шляхи, повітряні шляхи не віднесено (не названо). І між тим, без цих шляхів функціонування згаданих видів транспорту неможливе. Такі шляхи убезпечуються відповідно до потреб того чи іншого виду транспорту.

Наприклад, повітряні судна в польоті супроводжуються наземними службами. Безпеку експлуатації річкових суден, автомобілів на шляхах, якими вони пересуваються, забезпечують, наприклад, різноманітні засоби сигналізації, зв'язку. Зважаючи на викладене, шляхи сполучень, як простір, яким відбувається пересування, сполучення (водний, морський, повітряний, річковий і т.ін.) належить віднести до складу всіх видів транспорту.

Такий підхід узгоджується із законодавчими вимогами. Наприклад, з вимогою Закону України «Про автомобільні дороги». В ст.7 цього закону зазначено, що автомобільні дороги загального користування є складовою Єдиної транспортної системи України. А саму єдину транспортну систему України Закон України «Про транспорт» визначає як сукупність транспорту загального користування (залізничний, морський, річковий, автомобільний і авіаційний, а також міського електротранспорту, у тому числі метрополітену); промислового залізничного транспорту; відомчого транспорту; трубопровідного транспорту; шляхів сполучення загального користування.

Функціонування всіх складових транспорту кримінально-правовою охороною нормами XI розділу Особливої частини КК України не забезпечено. Цього об'єктивно і не вимагається.

Наприклад, функціонування навчальних закладів, науково-дослідних та проектно-конструкторських установ, закладів охорони здоров'я, відпочинку,



фізичної культури і спорту та інших культурно-побутових закладів і підприємств, установ та організацій підприємств транспорту кримінально-правовою охороною в рамках XI розділу Особливої частини КК України не забезпечено.

Саме тому законодавчо наведені визначення того чи іншого виду транспорту слід вважати як дані в широкому розумінні. Безпека руху та експлуатації транспорту, в розумінні кримінально-правової охорони її нормами XI розділу Особливої частини КК України, повинна трактуватись у вузькому значенні. І розуміння в цьому контексті поняття «транспорт» повинно охоплювати лише транспортні засоби, а також технологічно пов'язані з їх функціонуванням об'єкти (наприклад, вокзал, аеропорт, інші транспортні підприємства, які забезпечують безпеку руху та експлуатацію транспорту), споруди, засоби автоматики, сигналізації та зв'язку і шляхи сполучень. Саме їх і слід визнавати предметами кримінальних правопорушень, відповідальність за вчинення яких передбачена нормами розділу XI Особливої частини КК України.

Продовжуючи розгляд актуальних питань визначення поняття «транспортний засіб» у складах кримінальних правопорушень проти безпеки дорожнього руху й експлуатації транспорту, не можна оминати увагою суперечливий підхід до кримінально-правової оцінки таких транспортних засобів, як мопеди, скутери, моторолери з обсягом двигуна до 50 куб. см як предмета кримінального правопорушення, який набув поширення у слідчій і судовій практиці.

На початку XXI ст. в Україні поширився малопотужний мототранспорт (мопеди, скутери тощо) з об'ємом двигуна до 50 куб. см, за участю якого відбулося зростання кількості ДТП, що вчинювалися переважно неповнолітніми особами, які не були зобов'язані навчатися керуванню транспортними засобами цієї категорії й одержувати право на керування ними. Розкриття таких пригод ускладнювалося відсутністю їх обов'язкової державної реєстрації. За цих та інших обставин постановою Кабінету Міністрів України від 26 вересня 2011 р. № 1029 в ПДР було внесено зміни та доповнення, згідно з якими «механічний транспортний засіб» (п. 1.10 ПДР) визначено як транспортний засіб, що приводиться в рух за допомогою двигуна. Цей термін поширюється на трактори, самохідні машини і механізми, а також тролейбуси та транспортні засоби з електродвигуном потужністю понад 3 кВт. П. 2.13 ПДР передбачив, що право на керування транспортними засобами особам може бути надано: мототранспортними засобами (категорії A1) - з 16-річного віку, а також визначив транспортні засоби цієї категорії - мопеди, моторолери та інші двоколісні транспортні засоби, які мають двигун із робочим об'ємом до 50 куб. см або електродвигун потужністю до 4 кВт.

Зазначені зміни щодо видів транспортних засобів та ознак їх потужності у понятті «механічний транспортний засіб» призвели до перегляду кримінально-правової оцінки цих діянь, оскільки мопеди, моторолери та інші двоколісні транспортні засоби з робочим об'ємом двигуна до 50 куб. см або

електродвигуном потужністю понад 3 кВт стали зараховуватися до предметів кримінальних правопорушень, передбачених ст. 286, 287, 289, 290 КК України.

Очевидно, що з цього приводу Верховному Суду України було доцільно надати відповідні роз'яснення у чинній постанові щодо застосування кримінального законодавства у кваліфікації кримінальних правопорушень проти безпеки руху й експлуатації транспорту, проте такої реакції вищого судового органу не відбулося. Водночас аналіз слідчої та судової практики показав, що органи досудового розслідування і суди не завжди враховують зміни, внесені вказаною урядовою постановою до ПДР, що призводить до помилок у кваліфікації дорожньо-транспортних кримінальних правопорушень, а відтак порушення законності.

З цього приводу можна навести типовий приклад. *Підсудний Х. 11 серпня 2012 р., керуючи моторолером марки «Пантера», об'ємом 49,9 куб. см, рухаючись вулицею, грубо порушив вимоги п. 12.1, 12.3 та 13.1 ПДР, з моменту виникнення для нього небезпеки для руху не впорався з керуванням, не витримавши безпечної дистанції та безпечного інтервалу, допустив наїзд на велосипедиста, який рухався в попутному напрямку. Внаслідок наїзду потерпілий отримав тілесні ушкодження середнього ступеню тяжкості. Органом досудового розслідування і судом дії Х. кваліфіковано за ст. 291 КК України як порушення чинних на транспорті правил, що спричинило тяжкі наслідки.* Проте, враховуючи, що мопед, яким керував Х., вважається механічним транспортним засобом, дії обвинуваченого слід було розглядати як порушення правил безпеки дорожнього руху та кваліфікувати за ч. 1 ст. 286 КК України.

Водночас у слідчій і судовій практиці набули поширення випадки суперечливого підходу до кримінально-правової оцінки транспортного засобу як предмета злочину, зокрема з приводу посягань на такі транспортні засоби, як мопеди, скутери, моторолери з обсягом двигуна до 50 куб. см.

За низкою проваджень можна спостерігати, що одні суди у кваліфікації діянь, пов'язаних із незаконним заволодінням таких предметів, застосовували ст. 289 КК «Незаконне заволодіння транспортним засобом», тоді як за вироками інших діяння щодо аналогічних предметів кваліфікувалися як крадіжка чужого майна (ст. 185 КК України).

Так, суд визнав підсудного невинуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 289 КК України, та виправдав за відсутністю в його діянні складу кримінального правопорушення, мотивуючи свій висновок тим, що мопед, яким він заволодів, має робочий об'єм двигуна до 50 куб. см, а отже, не є предметом кримінального правопорушення, оскільки останній не є механічним транспортним засобом у розумінні п. 1.10. ПДР і не входить до переліку транспортних засобів, зазначених у примітці ст. 286 КК.

Проте очевидно, що таке рішення суду є помилковим, оскільки мопеди з робочим об'ємом двигуна до 50 куб. см віднесені до механічних транспортних засобів, а відтак є предметами кримінального правопорушення, передбаченого ст. 289 КК.

Такі непоодинокі випадки помилкової кваліфікації вимагають від практичних працівників професійної уваги до змін, що відбуваються у нормативних актах, а з іншого боку - належної організаційно-інформаційної роботи відповідних підрозділів із питань законодавчого та нормативного забезпечення працівників досудового розслідування та суду.

У цьому ж контексті розгляд транспортного засобу як предмета кримінального правопорушення загострює й іншу проблему, що тісно пов'язана з об'єктом незаконного заволодіння транспортним засобом (ст. 289 КК України). Адже, як не парадоксально, але, на наш погляд, практика кваліфікації кримінальних правопорушень, пов'язаних із посяганнями на маломоторні транспортні засоби за статтями про кримінальні правопорушення проти власності, яка існувала раніше, була цілком виправданою з інших підстав.

На переконання, наприклад, В.А. Мисливого, об'єктом кримінальних правопорушень, передбачених ст. 289 КК, є власність, а їх предметом - усі транспортні засоби, незалежно від їх видів і потужності двигуна. Тобто, зазначена норма повинна знайти своє належне місце у Розділі VI «Кримінальні правопорушення проти власності» Особливої частини КК України.

У зв'язку з трансформаціями ознак поняття механічного транспортного засобу слід враховувати, що вони також стосуються складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 287 КК України, а тому, наприклад, суд правильно кваліфікував дії Б. за вищевказаною статтею, який *05 квітня 2012 р. допустив до керування власним транспортним засобом (мопедом) М., завідомо знаючи, що останній перебуває у стані сп'яніння та не має права на керування транспортним засобом, внаслідок чого останній не впорався з керуванням і допустив падіння з мопеду на дорожнє покриття, що призвело до його смерті.* Принагідно зауважимо, що суд у вирокі повинен вказувати конкретні ознаки предмета кримінального правопорушення, у цьому разі - марку мопеда й об'єм його двигуна.

## **Висновок до питання 2.**

Все вищевикладене вимагає, у свою чергу, окреслення сукупності ознак, що характеризують транспортний засіб як предмет складів кримінальних правопорушень, передбачених ст. 286, 287, 289, 290 КК України.

До таких ознак транспортного засобу, доцільно віднести:

- 1) сертифікованість як продукту промислового виробництва;
- 2) наявність ідентифікаційних номерів вузлів та агрегатів;
- 3) обов'язковість державної реєстрації й обліку;
- 4) самохідність, що забезпечена наявністю двигуна;
- 5) визначену енергетичну потужність;
- 6) відповідність технічним умовам, нормам і стандартам;
- 7) експлуатаційну функціональність;
- 8) придатність до перевезень людей, вантажів або виконання спеціальних робіт;
- 9) наявність реєстраційних документів і номерних знаків;
- 10) придатність до експлуатації у сфері дорожнього руху;

- 11) віднесення до джерел підвищеної небезпеки;
- 12) неповну підконтрольність людині в процесі експлуатації;
- 13) здатність у разі порушення експлуатації завдавати шкоди здоров'ю і життю людини.

Вказані ознаки мають теоретичне і прикладне значення для формулювання загального поняття транспортного засобу, придатного для використання у нормах кримінального законодавства, що охороняють безпеку дорожнього руху. Враховуючи, що у суспільстві існує тенденція до визнання пріоритету закону як регулятора суспільних відносин, заслуговує на підтримку пропозиція щодо закріплення правил дорожнього руху на законодавчому рівні, зокрема у Законі України «Про дорожній рух та його безпеку».

Принагідно відзначимо, що у понятті «механічний транспортний засіб», що вживається у чинних ПДР, термін «механічний» використовується для відмежування самохідних транспортних засобів, обладнаних двигуном, від велосипедів і прирівняних до них немеханічних транспортних засобів (гужових возів, саней, причепів, інвалідних колясок тощо), що навряд чи можна вважати обґрунтованим, оскільки за технічною, конструктивною й експлуатаційною сутністю будь-який із транспортних засобів є механічним. Натомість вбачаємо придатним розмежування транспортних засобів за такими видами: «моторний транспортний засіб», «маломоторний транспортний засіб» і «безмоторний транспортний засіб» [14, с. 55-56].

Під *моторним транспортним засобом* слід вважати транспортний засіб, що приводиться у рух двигуном потужністю понад 3 кВт. Цей термін поширюється на всі наземні дорожні транспортні засоби, тобто всі види трамваїв і тролейбусів, автомобілів, електромобілів, автобусів, мотоциклів, моторолерів, мотоколясок, квадро- і трициклів, а також тракторів та інших самохідних машин. До маломоторного транспортного засобу пропонуємо відносити мопед, моторолер та інші двоколісні транспортні засоби, які мають двигун із робочим об'ємом до 50 куб. см або електродвигун потужністю до 4 кВт.

Нарешті, *безмоторний транспортний засіб* - це транспортний засіб, не обладнаний двигуном (велосипед, веломобіль, інвалідний візок тощо).

На підставі викладеного, виходячи з наведених визначень, зміст примітки ст. 286 КК України може бути сформульований в такій редакції: «Примітка. Під транспортним засобом у цій статті та ст. 287, 289 і 290 слід розуміти моторний транспортний засіб, що приводиться у рух двигуном потужністю понад 3 кВт, тобто всі види автомобілів, автобусів, електромобілів, трамваїв і тролейбусів, мотоциклів, моторолерів, мотоколясок, квадро- і трициклів, а також тракторів та інших самохідних машин. Цей термін поширюється також *тмаломоторні транспортні засоби* - мопеди, двоколісні транспортні засоби, які мають двигун із робочим об'ємом до 50 куб. см або електродвигун потужністю до 4 кВт (мопеди, скутери, електровелосипеди та інші малопотужні транспортні засоби)».

## **МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ**

При підготовці теми, слухачам слід враховувати різнобічні наукові підходи до розуміння та вирішення проблемних питань застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення проти власності, безпеки руху та експлуатації транспорту.

Для вдалого засвоєння цієї теми, слухачам рекомендується звернутись не лише до базового (обов'язкового) списку літератури, а й до інших наукових джерел, які можна знайти у бібліотеці університету.

Так, під час розгляду теми, слід, також, використовувати наукові праці як українських, так і зарубіжних вчених. Однак, опрацьовувати додаткову літературу слід з урахуванням національної доктрини, особливостей правової системи України.

### **ТЕМА № 10. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ГРОМАДСЬКОЇ БЕЗПЕКИ ТА ПРОТИ ГРОМАДСЬКОГО ПОРЯДКУ (2 ГОДИНИ)**

#### **ПЛАН ЛЕКЦІЇ:**

1. Дискусійні питання щодо застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення проти громадської безпеки.

2. Проблемні питання щодо застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення проти громадського порядку.

#### **РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:**

1. Голубош В. В. Кримінальна відповідальність за злочини проти громадської безпеки, предметом яких є зброя, бойові припаси, вибухові речовини та вибухові пристрої (статті 262, 263, 263-1, 264 КК України) : монографія. Івано-Франківськ : Симфонія форте, 2020. 340 с.

2. Дудоров О. О., Вознюк А. А. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені злочинною спільнотою: аналіз законодавчих новел Новітні кримінально-правові дослідження : 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

#### **МЕТА ЛЕКЦІЇ:**

- ✓ навчальна: формування знань про сучасні динамічно-перемінні актуальні теоретичні та прикладні проблеми застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення проти проти громадської безпеки та проти громадського порядку;
- ✓ розвиваюча: формування пізнавальної активності здобувачів освіти, залучення їх у процес наукового пошуку для подальшого самостійного осмислення ними перспектив та головних напрямів розв'язання зазначених проблем;
- ✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи функціонування правової держави; ціннісних орієнтирів відповідно до ідеалів гуманізму, демократії, соціальної справедливості.

## ВСТУП

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 підміняють 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 істоті 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.

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 злочинності 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 саме правовій базі, що і з традиційними видами злочинів.

## **1. ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ГРОМАДСЬКОЇ БЕЗПЕКИ**

У Кримінальному кодексі України 2001 року вперше закріплено поняття злочинної організації та передбачено відповідальність за її створення. Аналіз історії прийняття даного нормативно-правового акту свідчить про те, як складно вирішувалося питання про включення цієї форми спільної злочинної діяльності у кримінальне законодавство України.

Так, у першому варіанті проекту Кримінального кодексу, поданого на розгляд до Верховної Ради України 12 червня 1997 року, поняття злочинної організації було визначено у ч. 4 ст. 27 проекту, як згуртована організована група, утворена для вчинення тяжких чи особливо тяжких злочинів, або об'єднання організованих груп, утворених з тією самою метою.

Тобто відмінною ознакою злочинної організації, яка відрізняла її від організованої злочинної групи була вказана згуртованість. Проте в процесі доопрацювання проекту, за пропозицією народних депутатів Ю.А. Кармазіна та О.М. Бандурки, поняття злочинної організації взагалі було виключено з тексту проекту Кримінального кодексу України. При цьому в Особливій частині проекту залишилася норма про відповідальність за створення злочинної організації з метою вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, керівництво нею або участь у ній, якщо такі дії не мають наслідком більш суворе покарання за статтями Особливої частини КК (стаття 230).

В остаточній же редакції проекту, за сприянням народних депутатів України – членів Комітету з питань боротьби з організованою злочинністю та корупцією і Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, було вирішено зберегти поняття злочинної організації, але зі змінами.

Аналіз визначення злочинної організації, яке міститься у ч. 4 ст. 28 чинного КК України, прямо вказує, що така організація створюється для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення не одного, а декількох тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації.

Проте статті Особливої частини Кримінального кодексу, які визначають поняття окремих видів злочинних організацій, не передбачають мети вчинення декількох злочинів. Вони сформульовані таким чином, що при вчиненні навіть одного злочину може бути визнано наявність відповідної організації. Так, наприклад, у ст. 257 КК України «Бандитизм» йдеться про організацію озброєної банди з метою нападу, а також про участь у нападі.

Це, в свою чергу, зумовило наявність в теорії кримінального права та правозастосовчій діяльності запитань:

1) чи є обов'язковою ознакою злочинної організації множинність злочинів, що вчиняють або мають на меті вчинити її члени;

2) чи можливе застосування статті 257 КК України, якщо доведеною є мета вчинення тільки одного злочину.

На вирішення даного питання В.М. Олуйко вніс до Верховної Ради України проект № 6415 від 14.12.2004 Закону України «Про внесення змін і доповнень до Кримінального Кодексу України (щодо бандитизму та організації злочинної організації), в якому запропонував в частині четвертій ст. 28 КК України слова «члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких чи особливо тяжких злочинів» замінити словами «члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжкого (тяжких) чи особливо тяжкого (тяжких) злочину (злочинів)». Доповнити ст. 257 КК Приміткою такого змісту: «Під бандою слід розуміти озброєну організовану групу учасники якої об'єдналися з метою вчинення нападу (нападів) на підприємства, установи, організації чи на окремих осіб».

Заслуговує на увагу дискусія навколо питання бандитизму під час розгляду 23 грудня 2005 року на черговому засіданні Пленуму Верховного Суду України проекту постанови «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, які вчинюються стійкими злочинними об'єднаннями», представленого суддею Верховного Суду України Анатолієм Редькою.

Зокрема, один з членів Пленуму запропонував виключити із проекту абзац, в якому йшлося про те, що «у момент нападу з метою заволодіння зброєю такі об'єднання вже стають бандою, оскільки шляхом нападу її члени озброюються і цим склад злочину поповнюється ознакою, якої бракувало, — озброєністю».

Свою думку він аргументував тим, що за таких умов будь-яка крадіжка, спрямована на заволодіння зброєю, розцінюватиметься як створення банди. Дані зауваження не були прийняті Пленумом до уваги. Так, в п. 19 прийнятої Постанови організацією озброєної банди визнано створення як організованої групи чи злочинної організації, що вже озброєні, але ще не вчинили нападів, так і таких стійких об'єднань, які, щоб дістати зброю, вчиняють напади на військовослужбовців, працівників правоохоронних органів тощо. Уже в момент нападу з метою заволодіння зброєю ці об'єднання стають бандою, оскільки в такий спосіб її члени озброюються.

Не погодилися члени Пленуму і з останньою фразою речення одного з пунктів: «Напад озброєної банди вважається здійсненим і в тих випадках, коли зброя, яка знаходиться у розпорядженні членів банди, не застосовувалась і вони навіть не мали її на місці виконання даного злочину». Увагу всіх присутніх було звернено на те, що з фрази «вони навіть не мали її на місці виконання даного злочину» випливає, що зброї не було, а банда була.

З цього приводу В. Маляренко наголосив, що в пункті має бути вказівка на те, що йдеться вже про сформовану банду.

Так, в п. 24 прийнятої Постанови нападом озброєної банди визнано дії, спрямовані на досягнення злочинного результату шляхом застосування



насилюства до потерпілого чи створення загрози його застосування. Такий напад вважається здійсненим і в тих випадках, коли члени банди не застосовували зброї, яка перебувала в їх розпорядженні.

Відповідаючи на поставлені запитання, слід згадати про універсальний характер кримінально-правових норм Загальної частини, який зобов'язує застосовувати норми Особливої частини на підставі тих загальних та принципових положеннях, які закріплені в нормах Загальної частини.

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 наступний проєкт 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 законопроєкту 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 законопроєкту, вважали його розробники (а він був внесений до Верховної Ради України (далі – ВРУ) Президентом України), посилить ефективність протидії правоохоронних органів організований 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.

В умовах зростання загроз від організованої злочинності законодавчі ініціативи є необхідними, однак вони мають бути продуманими, адекватними і життєздатними. Згаданий законопроєкт 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.

Кримінально-правова складова Закону від 4 червня 2020 р. вже піддавалась оцінці (зазвичай критичній) представниками як правничої науки, так і громадянського суспільства.

Дудоров О. О. і Вознюк А. А. 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». 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 вчені пов'язують 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» 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 організованим 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.

Ми поділяємо позицію вчених щодо неприпустимості 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.

Всупереч правилам української лінгвістики правозастосовці та вчені 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.

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, 255-1, 255-3 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. 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».

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.

З іншого боку, існує успішний досвід застосування розроблених МВС Грузії доказових стандартів щодо встановлення належності певної особи до числа «ворів в законі».

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 правопорушення.

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.

Законопроект, ухвалений як Закон від 4 червня 2020 р., пропонувалось встановити кримінальну відповідальність за перебування особи в статусі «злодій 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 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».

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 «злодій 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.

На підставі Закону від 4 червня 2020 р. КК було, зокрема, доповнено ст. 255-1, 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. 255-1 КК.

Неможливість одночасного притягнення до кримінальної відповідальності суб'єктів злочинного впливу за двома заборонами (ст. 255 і ст. 255-1 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. 255-1 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. 255-1 КК.

У цьому ж контексті вказується на можливість розпочати кримінальне провадження за 255-1 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.

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. 255-1 КК не застосовуватиметься.

Принаймні до такої думки схиляє існуюча на сьогодні практика складання і вручення повідомлень про підозру за ст. 255-1 КК.

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 уможлиблюють притягнення їх до кримінальної відповідальності за прояви соціально неприйнятної поведінки.

У черговий раз переконуємось 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. У судовій практиці виникають питання щодо застосування окремих положень законодавства України про кримінальну відповідальність, які регламентують призначення покарання за групові злочини.

Наприкінці розгляду даного питання не можна обійти увагою і проблему реалізації мети покарання, проголошеної у ст.50 КК України, за вчинення кримінальних правопорушень проти громадської безпеки. Вона обумовлена, насамперед, великою амплітудою між нижчою та вищою межами одного й того самого виду покарання у санкціях статей про кримінальні правопорушення проти громадської безпеки. Так, середнє значення амплітуди покарання у вигляді позбавлення волі в санкціях норм про кримінальну відповідальність за кримінальні правопорушення проти громадської безпеки становить 5 років. У санкції ст. 257 «Бандитизм» амплітуда покарання у вигляді позбавлення волі сягає 10 років, що в свою чергу становить 71 % установлені Загальною частиною максимально можливої різниці між нижчою та вищою межею цього виду покарання.

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.

#### **Висновок до 1 питання.**

Зазначені проблеми кваліфікації кримінальних правопорушень, вчинених злочинною організацією, а також відмежування їх від інших видів кримінальних правопорушень, вчинених у співучасті, обумовлені, насамперед, використанням законодавцем оціночних ознак, а також таких, які не виражають соціально-правову особливість і не підкреслюють ступінь суспільної небезпечності такого об'єднання.

## **2. ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ГРОМАДСЬКОГО ПОРЯДКУ**

В усіх бунтах та революціях головною діючою особою на початку історичної драми завжди був натовп. Він зруйнував Бастилію та штурмував Зимовий палац. Свого часу агенти царського уряду працювали над «розпалюванням миршавих жадань темної маси», надихаючи натовпи чорносотінців на погроми та побиття, потім агенти антикомуністичних груп та організацій підігрівали масові істерії проти «червоних», розпалювали ненависть обивателя.

Масові заворушення посягають на громадську безпеку і громадський порядок. Згідно з чинним законодавством України про кримінальну відповідальність масові заворушення об'єктивно проявляються у таких діях: насильствах над особою, погромах, підпалах, вибухах, знищення майна, опорі представникам влади із застосуванням зброї чи інших предметів, які використовуються як зброя.

У ч. 1 ст. 294 КК України передбачена відповідальність за організацію масових заворушень, а також за активну участь у них. Масові заворушення, що призвели до загибелі людей або до настання інших тяжких наслідків, кваліфікуються за ч. 2 ст. 294 КК України.

Таким чином, за чинним законодавством України про кримінальну відповідальність суб'єктами відповідальності за масові заворушення є лише їх організатори й активні учасники. У діях пасивних спостерігачів подій, які були присутніми на місці вчинення масових заворушень, немає складу злочину.

У ст. 295 КК України передбачена відповідальність за публічні заклики до погромів, знищення майна, захоплення будівель чи споруд, насильницького виселення громадян, що загрожують громадському порядку, а також розповсюдження, виготовлення чи зберігання з метою розповсюдження матеріалів такого змісту.

У теорії кримінального права окремі проблеми кримінальної відповідальності за масові злочини досліджували такі відомі вчені, як Ю.М. Демидов, М.Й. Коржанський, В.В. Кузнецов, М.І. Мельник, С. Сігеле, М.С. Таганцев, А.М. Трайнін, М.І. Хавронюк, С.С. Яценко, та інші.

Результати наукових досліджень щодо загальних питань кваліфікації масових заворушень містять багато значимих теоретичних положень. Однак деякі з них і сьогодні залишаються дискусійними.

Зокрема, мова йде про відмежування масових заворушень від групового порушення громадського порядку та хуліганства, а також про відповідальність за активну участь у масових заворушеннях.

Як приклад, пригадаємо минулі події, які мали місце 16 грудня 2006 р. в м.Харкові під час проведення мітингу проти будівництва супермаркету, який закінчився демонтажем металевої огорожі та бійкою.



За даним фактом слідчим відділом УСБУ була порушена кримінальна справа за ознаками складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 294 КК України – організація масових заворушень, що супроводжувалися насильством над особою, знищенням майна, а також активна участь у масових заворушеннях.

У процесі досудового розслідування в даній кримінальній справі правильність кваліфікації дій обвинувачених неодноразово ставилася під сумнів як органами прокуратури, так і судом.

Так, прокурор, проаналізувавши матеріали вищезазначеної кримінальної справи в ході досудового слідства, дійшов висновку про те, що вона підлягає закриттю за відсутністю складу злочину, передбаченого ч.1 ст. 294 КК України. Своє рішення він аргументував тим, що по справі було встановлено, що протиправні дії (знищення майна, нанесення тілесних ушкоджень) були вчинені не з метою порушити громадський порядок, а у відношенні конкретної юридичної особи та під загальним керівництвом групою осіб, участь яких в акції була завчасно оплачена.

Дане рішення було оскаржено адвокатом потерпілого до Червонозаводського районного суду м. Харкова, але суд дійшов висновку про відсутність підстав щодо її задоволення.

Вказана постанова була оскаржена до Апеляційного суду Харківської області. Аргументуючи свої заперечення, адвокат посилався на те, що дії обвинувачених, внаслідок яких настали тяжкі наслідки (спричинення тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості 26-ти потерпілим, в тому числі тяжких тілесних ушкоджень, знищення майна, що заподіяло майнову шкоду у великих розмірах, публічні заклики до демонтажу металевої огорожі, керівництво натовпом, злагодженість дій її учасників, ретельна підготовка до запланованої акції) не можуть охоплюватися складом злочину «хуліганство». Крім того, в постанові Пленуму Верховного Суду України № 10 від 22.12.2006 р. зазначено, що при розгляді кримінальних справ про хуліганство встановленню підлягають всі фактичні обставини справи, в тому числі спрямованість умислу, мотиви, мета, характер дій кожного учасника хуліганства.

Так, у відповідності до ст. 296 КК України мотивом даного складу злочину є явна неповага до суспільства, а в постанові про притягнення в якості обвинувачених учасників зазначеного вище мітингу вказано на корисливий мотив вчиненого ними діяння.

Розглянувши скаргу в апеляції, судова палата судової колегії з кримінальних справ дійшла висновку про те, що Червонозаводський районний суд м.Харкова допустив неповноту в дослідженні зібраних по справі матеріалів, що потягло за собою передчасність та неконкретність висновків у частині обґрунтованості постанови про закриття кримінальної справи за відсутністю складу злочину.

На підставі викладеного суд постановив задовольнити скаргу адвоката, постанову прокурора про закриття кримінальної справи, порушеної за ознаками складу злочину, передбаченого ч.1 ст. 294 КК України, скасувати, справу направити прокурору для провадження досудового слідства.

Все вищезазначене свідчить про практичну потребу з'ясувати особливості кримінальної відповідальності за масові заворушення.

У Кримінальному кодексі України 1960 р. законодавець у ст. 206<sup>1</sup> встановив відповідальність за призови до погромів, насильницькому виселенню громадян або до вчинення інших дій, які загрожують громадському порядку та безпеці громадян, а так само за розповсюдження або зберігання з метою розповсюдження матеріалів такого змісту (листівок, плакатів тощо).

У наш час спостерігається пробудження наукового інтересу до проблем великих соціальних груп і, зокрема, натовпу, як у науці кримінального права, так і в соціальній психології. Так, наприклад, М.Й. Коржанський масовими заворушеннями називає порушення громадського порядку невизначеною кількістю людей – натовпом.

У натовпі людина здатна вчинити те, на що вона не змогла б наважитися окремо від натовпу. Це зумовлює велику суспільну небезпечність масового злочину.

З метою з'ясувати сутність такого суспільного феномену, як злочинний натовп, слід звернутися до соціальної психології. Так, поняттям «натовп» охоплюється ряд явищ позаколективної поведінки, які не є однаковими. Види натовпу виокремлюють за різними ознаками.

Так, якщо за основу класифікації брати характер здійснюваної поведінки, то можна виділити чотири види:

1) випадковий натовп, який складають роззяви, які з цікавості зібралися близько місця вуличної події;

2) експресивний натовп, який являє собою сукупність людей, які виражають спільні почуття (наприклад, радості, горя, протесту тощо);

3) конвенційний натовп, який базується на реальних або уявних правилах і нормах. Наприклад, поведінка глядачів футбольного матчу відповідає якимось прийнятим для подібних ситуацій нормам, але далеко виходить за межі звичайної поведінки: вболівальники на стадіоні шаліють так, як ніколи не дозволяють собі в інших ситуаціях;

4) діючий натовп, тобто такий, що здійснює активні дії у відношенні конкретного об'єкту. Такий натовп може бути агресивним, панічним, корисливим, несамовитим.

Діючий натовп у свою чергу може бути поділений на декілька підвидів за характером ідеологічного фону, в якому відбувається його дія, а також за характером самої дії. Насамперед слід відмітити повстанський натовп, який є обов'язковим атрибутом усіх революційних потрясінь. У такий вид натовпу може бути організовано, внаслідок чого стихійний злочин перетворюється в усвідомлений акт політичної боротьби. Для інших видів діючого натовпу ця ознака є менш характерною.

До інших підвидів діючого натовпу відносяться:

- 1) агресивний, при якому рівень емоційного збудження, внутрішньої і зовнішньої активності суттєво зростає. В агресивному натовпі з'являється новий стан, пов'язаний з накопиченням психічного напруження людей,

яке базується на відчуттях відчаю, гніву тощо. Основною особливістю агресивного натовпу є деструктивна, руйнівна поведінка стосовно оточуючих предметів і людей.

- 2) Натовп, який рятується. Наприклад, люди під час стихійного лиха, катастрофи, які перебувають у паніці.
- 3) Здобуваючий натовп. Наприклад, вкладники банку, який збанкрутував, які вимагають повернення своїх вкладів.
- 4) Екстатичний натовп, у якому люди доводять себе до нестями в спільних молитовних або ритуальних діях.

Загалом усі види натовпу об'єднує той факт, що вони є дуже динамічним, мінливим утворенням людей. Натовп може легко переходити від одного стану до іншого. Ця обставина робить натовп таким, яким водночас і легко, і важко керувати.

Проблему натовпу та злочину досліджував італійський юрист Сцип'юн Сігеле (1868-1913 рр.). У своїй книзі «Злочинний натовп. Досвід колективної психології» він поставив перед собою завдання – визначити ступінь відповідальності людини за злочин, вчинений нею у натовпі. За його твердженням натовп може бути втягнутий у скоєння найжорстокіших вчинків, рідше – піднятися до найвищих вершин самопожертви й героїзму.

Щоб зрозуміти причини жорстокості натовпу, С.Сігеле поділяв усіх людей на чотири типи в залежності від їх орієнтації на добро чи зло, ступеня активності чи пасивності, а саме, на злих та активних, злих та пасивних, добрих та активних, добрих та пасивних людей. Він вважав, що натовп в основному складається зі злих і активних людей. Саме вони бажають діяти, завдати шкоду іншим, а пасивна доброта не може впливати на натовп і керувати ним.

Більше ста років тому С.Сігеле писав: «Психологія натовпу сповнена несподіванками... Ці несподіванки майже завжди безвідрадної якості. Поєднання добрих людей майже ніколи не дає чудових результатів, інколи виходить посередній, а в більшості випадків навіть дуже поганий. Натовп є середою, де мікроб зла розвивається надзвичайно легко, тоді як мікроб добра майже завжди пропадає...В натовпі добрі якості людей замість того, щоб підсумовуватися, віднімаються».

Отже, серед соціально-психологічних механізмів, які спричиняють до вчинення натовпом злочинних дій, С.Сігеле виділив такі:

- 1) перевага в натовпі негативних почуттів, поганих пристрастей;
- 2) домінування негативних почуттів зумовлює агресивну поведінку;
- 3) вплив чисельності оточення на поведінку індивідів.

Агресивність натовпу часто провокують виступи ораторів на стихійних чи заздалегідь підготовлених мітингах. Їх заклики стають привабливими не в силу того, що вони є переконливими, а завдяки внутрішній готовності натовпу до агресивної поведінки та відчуття безкарності.

Чим більше натовп, тим агресивнішою є його поведінка. Це зумовлено стрімким зростанням уявлення про всемогутність: «Раптова всемогутність та можливість вбивати – занадто міцне вино для людської натури; настає

запаморочення, людина відчуває запах крові, і її марення закінчується жорсткостями».

Причинами злочинного натовпу С. Сігеле називає: піддатливість членів натовпу навіюванню; вплив чисельності, результатом якого є збільшення інтенсивності негативних емоцій; моральне сп'яніння, яке є результатом перемоги інстинктів над вихованням сили волі; пробудження інстинкту вбивства; специфічний склад натовпу.

Аналізуючи приклади, які наводить С. Сігеле, агресію людини в натовпі спричиняють такі психологічні механізми:

- в натовпі багаторазово збільшується ефект соціальної фасилітації (присутність людей, які є найбільш значущим стимулом порівняно з іншими, створює нервово-психічне збудження в корі головного мозку й посилює домінуючу реакцію. Підвищене соціальне збудження сприяє їй, незалежно від того, правильна вона чи ні);
- за наявності великої кількості стимулів наша свідомість робить помилки в розпізнаванні стимулів (розпізнавальні критерії ідентифікації предметів навколишнього світу стають слабкішими, виникає ідентифікація за подібністю ознак, а не за їхніми відмінностями).

Механізм роботи свідомості, означений як ідентифікація за подібністю, дає змогу зрозуміти певну роль наслідування як основного виду поведінки людини в натовпі: свідомість виокремлює тільки подібні поведінкові ознаки й автоматично змушує тисячі людей бути схожими один на одного в манері поведінки.

В масі людей будь-які відмінності в поведінці сприймаються свідомістю як чужі, на які не слід звертати увагу, або як ворожі, які варто знищити, оскільки вони не відповідають критеріям ідентичності ознак.

С. Сігеле виокремлював два типи злочинного натовпу:

- 1) жорстокий, сліпий натовп, такий, що втратив усіляке почуття справедливості й перебуває у стані буйного божевілля;
- 2) натовп, який не переходить певної межі, швидко шкодує за тим, що вчинив злочин.

Щодо відповідальності за скоєне, то вчений стверджував, що будь-який злочин є результатом дій двох сил: індивідуального характеру й соціального середовища. Тобто, на злочин впливають також ситуативні чинники. Водночас, на думку дослідника, єдиним відповідальним за злочин у натовпі повинен бути індивід, а засобом виявити міру його відповідальності є його схильність до навіювання.

Аналізуючи структуру агресивного натовпу, слід зазначити, що він є неоднорідним за складом. Тут є різні прошарки:

- організатори масових ексцесів (особи, які проводять підготовчу роботу, заздалегідь планують і «програють» ексцеси);

- активні учасники (ті, що мають на меті безпосередньо брати участь у протиправних діях з метою набуття таким чином авторитету, «випустити пару», тобто дати вихід негативним емоціям тощо);
- конфліктні особи (вони залучаються до активних учасників, до «ядра» ексцесів тільки через виникнення можливості в анонімній обстановці звести рахунки з особами, які перебувають з ними у конфлікті);
- підбурювачі (такі, які особисто не збираються активно діяти, а прагнуть використати інших для досягнення власної мети; вони маніпулюють суспільною думкою, звертаються до присутніх із закликами, збурюють негативні емоції тощо);
- спостерігачі (ставляться зацікавлено до того, що відбувається, але наміру брати участь в активних діях не мають);
- випадкові (сприймають подію байдуже, але їхня присутність чисельно збільшує натовп, що надає присутнім відчуття могутності, сили).

У сучасних дослідженнях в галузі соціальної психології поняття «натовп» часто підмінюється поняттям «маса», що є неприпустимим. Адже для маси характерними ознаками є її аморфність, розмитість, відкритість границь, анонімність членства, наявність протилежного за смыслом об'єднання – еліти. Індивіди маси виявляють загальні стереотипи поведінки. На відміну від маси, люди у натовпі вступають у тісний контакт між собою. Одностаїн дії учасників натовпу зумовлені якимось зовнішнім стимулом та загальним емоційним станом.

Так, у соціальній психології під натовпом розуміють відносно короткочасне, контактне, чисельне скупчення людей, які перебувають у стані підвищеного емоційного збудження та об'єднані безпосередньою просторовою близькістю й загальним об'єктом уваги.

Перші дослідники натовпу, серед яких були такі представники західноєвропейської традиції вивчення даного феномену, як Г. Лебон, Г. Тард, З. Фрейд та інші, розглядали його як ірраціональну, сліпу й руйнівну силу, де панують неусвідомлені імпульси, зараження, наслідування та навіювання. Вони намагалися знайти саме психологічні ознаки цього утворення, вбачаючи їх у «колективній душі», «соціальному розумі» чи в «колективній волі». За їх переконанням, свідомість особистості у натовпі зникає, а почуття та ідеї всіх окремих одиниць, що утворюють єдине ціле – натовп, набувають одного й того самого гатунку.

У наші дні поширення феномену «масовості» в сучасних суспільствах (бурхливий розвиток засобів масової інформації, урбанізація, зростання чисельності формальних і неформальних об'єднань різних напрямів тощо) обумовлює актуальність дослідження натовпу.

Так, поряд із поширенням масових явищ та угруповань у суспільствах слід відмітити тенденцію пошуку засобів управління неорганізованими,

стихійними спільнотами. Перші дослідники натовпу ставили перед собою таке ж завдання. Вони вважали за можливе перетворити натовп на групу шляхом запровадження порядку, організації, що пов'язувалося з максимальною згуртованістю, однастайністю. Вони вважали, що лідери, вожді, еліта (індивідуальності) залишаються єдиними, хто не піддається руйнівному впливу натовпу, а отже, саме вони здатні внести в нього організованість і порядок.

Г. Лебон, аналізуючи натовп, такі основні проблеми, як: психологія індивідів, що складають натовп; психологія натовпу як єдиного утворення; психологія вождів, які керують натовпом і навіюють йому свої ідеї. За його переконанням, не будь-яке скупчення людей є натовпом. Потрібна загальна спрямованість їхніх думок і емоцій у зв'язку з конкретною дією збуджувального мотиву. Г. Лебон відкрив психологічний закон духовності єдності натовпу, сутність якого полягає в тому, що свідомість особистості зникає, а почуття та ідеї індивідів, які утворюють натовп, набувають одного й того самого спрямування. Утворюється колективна душа, яка має тимчасовий характер і певні властивості.

Виникнення цих специфічних властивостей натовпу, яких немає в окремих індивідів, Г. Лебон пояснював низкою причин:

- 1) вплив інстинктів, які стають провідними регуляторами поведінки людини в натовпі, адже натовп анонімний і не відповідає за свої вчинки (цей механізм виявляється з двох сторін: з одного боку, участь у скупченні великої кількості людей створює в окремого індивіда почуття сили, могутності, непереможності; з іншого – анонімність натовпу, тобто його знеособленість, породжує анонімність індивіда, наслідком чого є виникнення почуття особистої безвідповідальності);
- 2) зараження (у натовпі всяке почуття, будь-яка дія заразливі; цей механізм зумовлює поширення єдиного психологічного стану серед індивідів, з яких складається натовп);
- 3) схильність до навіювання (під впливом навіювання люди в натовпі здійснюють вчинки з невимовною стрімкістю; даний механізм спрямовує поведінку натовпу й проявляється в тому, що індивіди некритично сприймають будь-які стимули та заклики до дій і спроможні здійснювати такі дії, які повною мірою суперечать їх свідомості, характеру, звичкам).

Вчений вважав, що натовп являє собою соціальний феномен, індивіди розчиняються в ньому під впливом навіювання.

У цілому, до загальних характеристик натовпу, за теорією Г. Лебона, належать такі:

- зрівняння усіх у натовпі, тобто зведення людей до одного рівня психічних проявів та поведінки. Наслідком цього є неоднорідність натовпу, що пояснюється ідеєю колективного несвідомого: у натовпі люди керуються лише несвідомими уявленнями, які є однаковими для всіх, а уявлення на рівні свідомості, котрі визначають індивідуальні розбіжності між людьми, пригнічуються та зникають;

- за інтелектом натовп значно нижче ніж індивіди, які входять до нього (він схильний до швидких переключень уваги, легко та некритично сприймає будь-які фантастичні чутки, легко піддається навіюванню, впливу закликів, гасел, виступів лідерів);
- у натовпі людина спроможна здійснити будь-які акти насильства, жорстокості, вандалізму, які за звичайних умов вона ніколи не зробила б;
- висока емоційність, дратівливість та імпульсивність натовпу (імпульси, яким підкоряється натовп, дуже сильні й можуть знищити особисті інтереси).

На думку З. Фрейда, який використовував поняття «маса» як синонім поняття «натовп», сутність маси полягає в новоутворених прихильностях її учасників один до одного. Сам механізм емоційної симпатії дослідник означив терміном «ідентифікація». Він стверджував, що потрапляючи до натовпу, конкретна людина відмовляється від свого «Ідеалу Я», замінюючи його на масовий ідеал, втілений у вожді. Тобто в масі виникає подвійний вид зв'язку – ідентифікація й заміщення «Ідеалу Я» особистістю вождя. Таким чином, погляди З.Фрейда суперечать позиції Г. Лебона щодо розуміння несвідомого та індивіда в натовпі. Однак стосовно ролі вождя Г. Лебон і З. Фрейд були солідарні. Вони обидва вважали, що лідер має велику силу впливу на психіку людей із натовпу.

Помітною постаттю в західноєвропейській соціальній психології, яка досліджує проблеми натовпу, є С. Московічі. Дослідник стверджував, що натовп як вид людської діяльності прямує до нижчого рівня психології його членів. Під впливом натовпу людині властиво: відходити від логічного й надавати перевагу алогічному мисленню; втрачати зв'язок з реальністю; віру в свої сили, розмежування раціонального й ірраціонального в людині; позбуватися власних інтересів, критичності, здатності приймати правильні рішення; підкорятися владі вождя. Основна ідея С. Московічі полягає в тому, що він сформулював новий закон: все, що є колективним, – несвідоме; усе, що несвідоме, є колективним. При цьому учений зауважує, що перша частина постулату належить Г. Лебонові, а друга – З. Фрейдові.

У вітчизняній психології проблема вивчення натовпу досліджувалася передусім через аналіз ролі вождя, героя в натовпі, виявлення несвідомих інстинктивних механізмів функціонування психіки, впливу оточення на психіку людини.

Так, М. Михайловський зазначав, що натовп є самостійним суспільно-політичним явищем, це маса, яка здатна захопитися, звабитися прикладом. На його думку, у натовпі головною є проблема героя, вождя. Адже він – то мозковий центр натовпу, він акумулює енергію натовпу і є його породженням. Головний механізм спілкування героя і натовпу – це наслідування натовпом вождя та взаємонаслідування людей, яке виступає у двох формах: автоматичне і свідоме.

Натовп утворюється спонтанно внаслідок якої-небудь події, яка привертає увагу людей та пробуджує в них зацікавленість. Індивід, який приєднався до скупчення людей, вже готовий втратити певну частину свого

звичайного самовладання та отримувати збуджуючу інформацію від об'єкта зацікавленості. Починається циркулярна реакція, яка спонукає зібрання людей до виявлення більш-менш однакових емоцій та до задоволення нових емоціональних потреб через психологічну взаємодію. Таким чином, циркулярна реакція складає перший етап формування натовпу.

Початком другого етапу формування натовпу є процес кружляння, в ході якого почуття ще більше загострюються та виникає стан готовності до реагування на інформацію, яка надходить від присутніх. Внутрішня напруга індивідів, схвилюваних подією, спонукає їх до руху та спілкування один з одним. У процесі кружляння хвилювання натовпу продовжує посилюватися. Люди становляться схильними не тільки до спільних, але й до негайних дій.

Третім етапом є поява нового загального об'єкта уваги, на якому фокусуються імпульси, почуття та уява людей. Якщо спочатку загальним об'єктом зацікавленості була збудлива подія, яка зібрала навколо себе людей, то на даному етапі новим об'єктом є образ, який створюється в процесі кружляння в розмовах учасників натовпу. Цей образ є продуктом групової творчості. Він поділяється усіма, дає індивідам загальну орієнтацію та виступає в якості об'єкта спільної поведінки. Виникнення такого уявного об'єкта стає фактором, який згуртовує натовп у єдине ціле.

Останнім етапом формування діючого натовпу є активізація індивідів через додаткове стимулювання шляхом збудження імпульсів, які відповідають загальному уявному об'єкту. Таке стимулювання відбувається частіше за все як результат керівництва лідера та спонукає індивідів, які складають натовп, приступити до конкретних, часто агресивних дій.

*Оскільки норми права не можуть бути ефективними, якщо не відображають суспільні явища, то результати пізнання цілісних соціально-психологічних характеристик натовпу, які визначають його своєрідність та специфічність можуть слугувати фундаментальною основою для побудови наукових висновків про напрямки їх удосконалення.*

Згідно чинного законодавства України кримінальну відповідальність за ст. 294 КК тягне за собою не будь-яка участь у масових заворушеннях, а лише «активна».

В кримінальному законодавстві Республіки Польща (ст.254 КК), Китайської Народної Республіки (ст.290), так само, як і України, відповідальності підлягають тільки активні учасники злочинного натовпу.

Проте дана ознака має неконкретизований, оціночний характер, що є недоліком запропонованого законодавцем визначення. Адже використання оціночних ознак має небезпеку або занадто широкого, або занадто вузького їх тлумачення, що призведе до помилок судових і правоохоронних органів. Тому при характеристиці діяння учасника масових заворушень слова «активна участь у масових заворушеннях» доцільно замінити на «участь у масових заворушеннях, а саме, безпосереднє вчинення дій, передбачених у ч. 1 ст. 294 КК України».



Як аргумент на підтримку даної позиції можна навести законодавче рішення даного питання в КК Грузії, Швейцарії, Вірменії, Республіки Казахстан, Білорусії.

Так, наприклад, згідно із ч. 2 ст. 225 «Масові заворушення» КК Грузії кримінально караною визнається участь у діяннях, передбачених ч. 1 тієї ж статті. Мається на увазі участь у насильницьких діях, погромах, підпалах, застосування зброї чи вибухових речовин або збройний опір представникам влади.

Згідно із ст. 260 «Порушення громадського порядку, поєднане з насильницькими діями групи осіб» КК Швейцарії учасники натовпу притягуються до відповідальності, якщо вони об'єднаними зусиллями вчинили насильницькі дії у відношенні людей чи речей або призивали до вчинення насильницьких дій, або не підкорилися вимогам відповідних органів розійтися.

Подібним чином надав кримінально-правову оцінку суспільної небезпечності дій учасників масових заворушень законодавець в ст. 225 КК Вірменії, ст. 241 КК Республіки Казахстан, ст. 293 КК Республіки Білорусь.

У законодавстві про кримінальну відповідальність Австрії питання криміналізації дій учасників масових заворушень вирішено в ст. 274 «Порушення громадського порядку, поєднане з насильницькими діями групи осіб» таким чином:

«1. Хто свідомо бере участь у зібранні групи осіб, яка під впливом цього ставить перед собою мету вчинення тяжкого вбивства, вбивства, тяжкого тілесного ушкодження або тяжкого пошкодження речей, той карається позбавленням волі на строк до 2 років, якщо таке насильницьке діяння все ж вчиняється.

2. Хто відіграє керівну роль у подібному зібранні або є співучасником вказаних в абз.1 злочинних діянь або вносить свій вклад у їх вчинення, той карається позбавленням волі на строк до 3 років.

3. Відповідно до абз.1 не карається той, хто добровільно покидає це зібрання або наполегливо намагається це зробити перед тим, як він вчиняє насильницькі дії, окрім випадків, коли він відіграє керівну роль у подібному зібранні».

Така конструкція кримінально-правової норми дозволяє застосувати диференційований підхід до визначення міри покарання організаторів і учасників масових заворушень, з урахуванням сутності та властивостей натовпу, ролі лідера, ватажка на поведінку його учасників з точки зору соціальної психології.

На підставі результатів історичного дослідження законодавства України про кримінальну відповідальність за масові заворушення, практики його застосування, а також порівняльного аналізу кодексів деяких зарубіжних країн доведено, що підвищену суспільну небезпечність ролі організатора масових заворушень, порівняно з учасниками, слід враховувати при законодавчому визначенні для них розміру покарання шляхом виділення з ч. 1 ст. 294 КК України положення про криміналізацію дій його учасників в окрему

кримінально-правову норму, в санкції якої варто перебачити нижчу межу розміру покарання.

Крім того, у кримінально-правовій характеристиці діяння учасника масових заворушень слід відмовитися від ознаки «активна», вченими запропоновано нормативно визначити участь у масових заворушеннях як безпосереднє вчинення насильства над особою, погромів, підпалів, знищення майна, захоплення будівель або споруд, насильницького виселення громадян, опору представникам влади із застосуванням зброї або інших предметів, що використовуються як зброя.

Також, вченими було запропоновано нове вирішення питання про відповідальність за масові заворушення в ст.294 КК України в новій редакції:

«1. Організація масових заворушень, що супроводжувалися насильством над особою, погромами, підпалами, знищенням майна, захопленням будівель або споруд, насильницьким виселенням громадян, опором представникам влади із застосуванням зброї або інших предметів, які використовувалися як зброя, – караються позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років.

2. Участь у масових заворушеннях, а саме: безпосереднє вчинення насильства над особою, погромів, підпалів, знищення майна, захоплення будівель або споруд, насильницького виселення громадян, опору представникам влади із застосуванням зброї або інших предметів, які використовувалися як зброя, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони призвели до загибелі людей або до інших тяжких наслідків, –

караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років».

## **МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ**

При підготовці теми, слухачам слід враховувати різнобічні наукові підходи до розуміння та вирішення проблемних питань застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення проти громадської безпеки та громадського порядку.

Для вдалого засвоєння цієї теми, слухачам рекомендується звернутись не лише до базового (обов'язкового) списку літератури, а й до інших наукових джерел, які можна знайти у бібліотеці університету.

Так, під час розгляду теми, слід, також, використовувати наукові праці як українських, так і зарубіжних вчених. Однак, опрацьовувати додаткову літературу слід з урахуванням національної доктрини, особливостей правової системи України.

## **ТЕМА № 11. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КОРУПЦІЙНІ ТА ПОВ'ЯЗАНІ ІЗ КОРУПЦІЄЮ ПРАВОПОРУШЕННЯ (4 ГОДИНИ)**

### **ПЛАН ЛЕКЦІЇ:**

1. Дискусійні питання щодо співвідношення понять «правопорушення, пов'язане з корупцією», «корупційне правопорушення» та «корупційне кримінальне правопорушення».
2. Проблеми застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за корупційні кримінальні правопорушення.
3. Проблеми застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за кримінальні правопорушення, пов'язані з корупцією.

### **РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:**

3. Дудоров Олександр. Кримінально-правові проблеми сучасної України (вибрані праці). Київ: Ваіте, 2022. 632 с.
4. Кримінальне право України: Особлива частина : підручник / В.Я. Тацій, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 6-те вид., перероб. і допов. Харків. : Право, 2020. С. 568-636.
5. Кримінальне право України: Особлива частина : підручник / за заг. ред. доктора юрид. наук, проф. В.В. Сухоноса. Суми : ПФ «Видавництво «Університетська книга»», 2020. С. 544-567.
6. Лисько Т. Д., Шпак І. М. Кримінальна відповідальність за корупційні правопорушення в умовах воєнного стану. Публічне право. 2023. № 1 (49). С. 74–80.
7. Лисько Т.Д., Рєпкіна Ю.Є. Проблеми правової визначеності юридичних дефініцій корупційних кримінальних правопорушень: деякі теоретичні та правозастосовні аспекти. Юридичний вісник. Повітряне і космічне право. 2020. № 4 (57). С. 167–174.
8. Пасєка О. Ф. Співвідношення понять «правопорушення, пов'язане з корупцією», «корупційне правопорушення» та «корупційний злочин». *Право і суспільство*. 2020. №2. Ч. 2. С. 197–203.
9. Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2014, № 49. С. 2056. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text> (дата звернення: 10.08.2023).
10. Турчин С. А., Турчин-Кукаріна І. В. Проблемні аспекти застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб за корупційні правопорушення, а також правопорушення, пов'язані з корупцією. Юридичний науковий електронний журнал. 2022. №2. С. 128–131.

### **МЕТА ЛЕКЦІЇ:**

✓ навчальна: формування знань про сучасні динамічно-перемінні актуальні теоретичні та прикладні проблеми застосування кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за корупційні та пов'язані із корупцією правопорушення;

✓ розвиваюча: формування пізнавальної активності здобувачів освіти, залучення їх у процес наукового пошуку для подальшого самостійного осмислення ними перспектив та головних напрямів розв'язання зазначених проблем;

✓ виховна: формування переконання про необхідність активної правомірної поведінки як основи функціонування правової держави; ціннісних орієнтирів відповідно до ідеалів гуманізму, демократії, соціальної справедливості.

## ВСТУП

Протидія корупції є багатоаспектним, складним і тривалим процесом, який залежить від багатьох чинників, у т. ч. якості законодавства. Внесення значної кількості змін у положення т. зв. антикорупційного законодавства у широкому розумінні цього поняття (Закон України «Про запобігання корупції», КУпАП, КК України тощо), з одного боку, викликає припущення про нібито правильний курс держави у цьому напрямі, проте з іншого – прийняті зміни не лише не полегшують правозастосовний процес, а й, навпаки, надзвичайно його ускладнюють і подекуди не витримують жодної критики.

Загалом складається враження, що удосконалення законодавства в нашій державі завжди асоціюється з його термінологічним ускладненням, розширенням та інколи бездумним запозиченням необґрунтованих і неапробованих у наших реаліях положень нормативно-правових актів міжнародних інстанцій чи законодавства зарубіжних держав.

Однак очевидним є той факт, що якість норми закону залежить від простоти та лаконічності її викладу, від розуміння змісту положень цієї норми будь-ким, від відсутності колізій і конкуренції між правовими нормами як одного і того самого нормативно-правового акта, так і актів різних галузей права. І за всієї простоти вказаних аспектів законодавець щоразу допускає, і мабуть допускатиме, одну і ту ж помилку – приймати новий науково не

обґрунтований, зумовлений лише певною ситуацією, закон, який із часом знову продемонструє свою неефективність.

Звісно, ставити перед собою завдання прийняти ідеальний закон – це утопія. Такого в принципі бути не може. Однак поставити завдання максимально лаконічно та зрозуміло викласти норму, яка регулюватиме правовідносини між багатьма суб'єктами та не суперечитиме положенням інших нормативно-правових актів, цілком можливо.

### **1. ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «КОРУПЦІЙНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ», «ПРАВОПОРУШЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНЕ З КОРУПЦІЄЮ» ТА «КОРУПЦІЙНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ»**

Яскравим прикладом вказаних вище проблем є положення законодавства, яке регламентує протидію корупції, адже труднощі виникають уже у визначенні змісту, як видається, основоположних понять «правопорушення, пов'язане з корупцією», «корупційне правопорушення», «корупційне кримінальне правопорушення» і їх співвідношення.

Загалом визначенню змісту цих понять щодо тих чи інших аспектів присвятили свої праці такі автори, як: Є. Алісова, К. Бугайчук, В. Гедульянов, О. Захарчук, О. Дудоров, Д. Йосифович, Г. Крайник, О. Марін, В. Мартиновський, М. Мельник, В. Настюк, В. Трепак, А. Савченко, М. Хавронюк, О. Шевчук, Л. Шестопалова, М. Шуп'яна.

Із цього приводу, попри загалом належний рівень теоретичної розробки визначення змісту таких понять, як «правопорушення, пов'язане з корупцією», «корупційне правопорушення», «корупційне кримінальне правопорушення», слід наголосити на тому, що окремі аспекти ще не вирішені, а тому зумовлюють необхідність подальших ґрунтовних пошуків у цій сфері.

Для ефективної протидії корупційним проявам, безумовно, необхідно мати якісний, у т. ч. законодавчий, інструментарій, який дає змогу не лише притягувати до відповідальності корупціонерів, а й забезпечувати діяльність т.

зв. антикорупційних інстанцій в межах чинного законодавства, особливо з огляду на положення Конституції України.

На перший погляд, складається враження, що з цим у нашій державі все гаразд, адже діє Закон України «Про запобігання корупції», який визначає поняття «корупційного правопорушення», «корупції», «правопорушення, пов'язаного з корупцією»; Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) передбачає окремий розділ зі складами правопорушень, пов'язаних із корупцією; внесено зміни до положень Кримінального кодексу України (далі – КК України) щодо визначення поняття корупційних кримінальних правопорушень.

Однак, занурившись у зміст цих понять, стає очевидним, що це не так.

Як справедливо відзначає М. Хавронюк, єдність правозастосовної практики у застосуванні антикорупційного законодавства є надзвичайно важливою під кутом зору дотримання принципів рівності всіх перед законом і судом та справедливості. На жаль, пише він, часто діяльність із запобігання корупції здійснюється не у повній відповідності до закону – як через неправильне розуміння або завідоме спотворення змісту закону окремими суб'єктами його застосування, так і через вади самого закону.

Адже в наукових джерелах наголошується, що забезпечення термінологічної визначеності у чинному законодавстві, особливо з питань запобігання корупції, зумовлено реалізацією принципу верховенства права у правозастосовній діяльності правоохоронних органів.

Насамперед слід звернути увагу на те, що Закон «Про запобігання корупції», який є базовим для цієї сфери, визначає не усі поняття, адже одне із них, а саме «корупційне кримінальне правопорушення», передбачено положеннями КК України. Як видається це й стало одним із факторів, який викликав ряд проблем.

Відповідно, корупційне правопорушення у положеннях Закону України «Про запобігання корупції» визначається як діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 цього Закону, за яке законом

встановлено кримінальну, дисциплінарну та / або цивільно-правову відповідальність.

Отже, однією з обов'язкових ознак такого діяння є те, що воно повинно містити ознаки корупції. І ця ознака ключова, оскільки без її наявності відносити те чи інше діяння до категорії корупційних немає підстав.

У цьому разі видається, що визначення корупційного правопорушення не складає особливих труднощів, адже поняття корупції міститься у положеннях згаданого Закону теж.

Так, під корупцією розуміється використання особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції», наданих їй службових повноважень чи пов'язаних із ними можливостей із метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки / пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб, або відповідно обіцянка / пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у ч. 1 ст. 3 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних із ними можливостей.

З огляду на це корупційне правопорушення характеризується щонайменше трьома ключовими ознаками:

- 1) воно пов'язане з використанням особами, і не будь-якими, а лише тими, які чітко визначені Законом наданих їм повноважень чи пов'язаних із ними можливостей;
- 2) спеціальною метою – одержання неправомірної вигоди чи обіцянки / пропозиції такої вигоди;
- 3) за нього передбачено виключно кримінальну, дисциплінарну та / або цивільно-правову відповідальність.

Попри те, що науковці з приводу визначення ознак цього поняття одностайні, необхідно звернути увагу на таке:

По-перше, зважаючи на характер корупційного правопорушення та його ознаки, не зовсім виправданою була відмова законодавця від застосування до

особи, яка вчинила корупційне правопорушення, заходів адміністративного впливу. Адже окремі діяння, передбачені в КУпАП, охоплюють чи за певних умов можуть охоплювати усі ознаки корупційного правопорушення (наприклад, ст. 164-12 КУпАП «Порушення бюджетного законодавства» у разі вчинення таких дій із метою одержання неправомірної вигоди). Видається, відсутність у визначенні корупційного правопорушення можливості притягнення винної особи до адміністративної відповідальності не може і не повинно змінювати корупційного характеру такого діяння. На цю обставину звертають увагу й інші дослідники (наприклад, Шестопалова Л.).

Видається також виправданим доповнити визначення корупційного правопорушення у Законі «Про запобігання корупцією» можливістю притягнення особи ще й до адміністративної відповідальності. Крім того, на зразок примітки до ст. 45 КК України доцільно визначити в КУпАП перелік правопорушень, які належать до корупційних.

По-третє, окремі визначені у законі корупційні діяння, зокрема корупційні злочини, не завжди містять всі ознаки, що є обов'язковими для корупційного правопорушення, і навпаки, окремі діяння, які, як видається, містять всі ознаки цього поняття, корупційними не визнаються.

З цього приводу слушно зауважує В. Трепак, що деякі корупційні злочини не є корупційними правопорушеннями у розумінні Закону і, навпаки, частину корупційних правопорушень, за які передбачено відповідальність, не визнано корупційними.

Підтвердження цього твердження зустрічається й у працях інших авторів. Так, на думку В. Гедульянова, хоча Законом України «Про запобігання корупції» закріплено концепт корупції, проте антикорупційне законодавство України не обмежено профільним законом, а у приписах, зокрема Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України, передбачено склади порушень чинного антикорупційного законодавства, що виходять за межі концепту «корупція» за Законом України «Про запобігання



корупції». Такий стан правового регулювання визначає необхідність пошуку нової універсальної теоретичної формули, яка є узагальнюючою.

Наприклад, законодавець не врахував ознаки корупційного правопорушення, віднісши до категорії корупційних кримінальне правопорушення, передбачене ст. 320 КК України «Порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, їх аналогів або прекурсорів».

Натомість щодо протилежного випадку, як зазначає А. Савченко, проблемним є те, що законодавець застосував обмежений підхід до розуміння корупційних кримінальних правопорушень, оскільки не відніс до них кримінальні правопорушення, які може бути вчинено «службовою особою з використанням (свого) службового становища» (наприклад, ч. 2 ст. 149, частини 3 і 4 ст. 157, ч. 4 ст. 158, ч. 2 ст. 169, ч. 3 ст. 176, ч. 2 ст. 189, ч. 2 ст. 201, ч. 3 ст. 206-2 тощо), а також деякі інші посягання, передбачені розділом XVII Особливої частини КК України.

На підтримку цієї думки з огляду на ознаки корупційного правопорушення доцільно погодитися з позицією О. Маріна, що корупційним є кримінальне правопорушення, яке вчиняється службовою особою, котра надає публічні послуги з використанням можливостей свого спеціального статусу з метою одержання неправомірної вигоди, а таких у КК України близько 100 посягань.

Більше того, законодавець підійшов до визначення корупційних кримінальних правопорушень не зовсім правильно, адже у примітці до ст. 45 КК України задекларовано лише перелік складів кримінальних правопорушень, які належать до категорії корупційних чи належать до них за певних умов. Відповідно, характерних ознак саме корупційних кримінальних правопорушень у положеннях цієї статті не міститься.

З огляду на розбіжності між визначенням корупційного правопорушення і переліком корупційних кримінальних правопорушень, передбачених у КК України, теоретики теж не змогли виробити однозначного підходу щодо

визначення хоча б теоретичного поняття «корупційне кримінальне правопорушення» і його ознак.

Так, корупційним кримінальним правопорушенням, на думку О. Захарчука, слід вважати суспільно небезпечне діяння, яке посягає на охоронювані кримінальним законом відносини у сфері надання публічних послуг, за вчинення якого суб'єкт кримінального правопорушення притягається до встановленої кримінальним законом відповідальності.

Натомість М. Мельник корупційними кримінальними правопорушеннями визначає кримінальні правопорушення, які полягають у неправомірному використанні (зловживанні) посадовими особами органів державної влади або органів місцевого самоврядування наданої їм влади або свого посадового становища в особистих інтересах або інтересах третіх осіб.

Відповідно, відшукати аргументи щодо віднесення того чи іншого складу кримінального правопорушення до категорії корупційного, керуючись ознаками корупційного правопорушення, сьогодні не видається можливим, оскільки не всі корупційні кримінальні правопорушення відповідають їм, і навпаки, не всі діяння, які таким ознакам відповідають, належать до корупційних.

З огляду на це перелік корупційних кримінальних правопорушень повинен бути переглянутий, змінений і доповнений.

### **Висновки до питання 1.**

Таким чином, механізм правового забезпечення протидії корупції потребує корекції, а це підтверджує доцільність подальших ґрунтовних наукових пошуків щодо удосконалення чинного законодавства України в частині регламентації відповідальності за корупційні та пов'язані з корупцією кримінальні правопорушення та, відповідно, внесення змін до чинного законодавства України.

## **2. ПРОБЛЕМИ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КОРУПЦІЙНІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ**

У своїх публікаціях, присвячених дискусійним аспектам кримінально-правової характеристики зловживання впливом, вчені наголошують, 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.

О. Дудоров відзначає, 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.

К. Задоя так само доводив, що суперечливі підходи ККС ВС у частині кваліфікації зловживання впливом здатні завести судову практику у «глухий кут».

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. 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 постанова ОП ККС ВС стала довгоочікуваним документом, який дістав (цілком прогнозовано) різновекторні оцінки. Якщо, наприклад, О. Дудоров оцінив його загалом схвально, висловивши сподівання на те, що, хоч постанова ОП ККС ВС і не покладе край теоретичним дискусіям, відіграватиме позитивну роль у забезпеченні однаковості судової практики та її прогнозованості, 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.

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.

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 самотійну ст. 369-2 КК; такий крок названо наслідком невдалого синтезу міжнародного, національного і зарубіжного підходів.

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. Задой, 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. Свою позицію 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.

В.М. Киричко, навпаки, з урахуванням системних зв'язків ст. 369-2 КК з іншими статтями КК, а також приписів міжнародних конвенцій, імplementованих 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. 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.

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 наведене 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. На переконання вченого, конкретизоване значення положень п. 3 примітки ст. 354 КК у постанові ОП ККС ВС безпідставно не взяте до уваги.

Аналіз юриної 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.

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. З огляду на сказане і те, що поліцейський, засуджений за ч. 2 ст. 369-2 КК вироком Ожтбрського 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.

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. У п. 61 Третього раунду оцінювання «Оціночний 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.

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.

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. 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».

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.

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».

До слова у розглядуваній частині зловживання впливом не визнаватиметься корупційним злочином і з погляду проекту 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.

### **3. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ З КОРУПЦІЄЮ.**

#### **3. ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ З КОРУПЦІЄЮ**

27 жовтня 2020 року відбувся потужний удар по механізму протидії корупції в Україні: Конституційний Суд України (далі – КСУ) прийняв рішення, яке призвело до часткової «паралізації» роботи НАЗК та «знищення» окремих інструментів електронного декларування. Рішення КСУ, зокрема, передбачало визнання такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною) ст. 366-1 КК України.

Такі дії єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні були неоднозначно сприйняті представниками громадянського суспільства: одні підтримали позицію КСУ, а інші – визнали її такою, що має суттєві недоліки. Оприлюднення рішення КСУ від 27 жовтня 2020 року призвело до активізації законопроектної роботи, спрямованої на «реанімацію» відповідної статті КК.

З метою створення нової заборонної кримінально-правової норми, присвяченої декларуванню недостовірної інформації та умисному неподанню декларації, у Верховній Раді України було зареєстровано низку законопроектів: № 4301 від 02.11.2020 (І. Геращенко та ін.), № 4307 від 02.11.2020 (Ю. Тимошенко), № 4309 від 03.11.2020 (Д. Монастирський та ін.), № 4310 від 03.11.2020 (Д. Монастирський та ін.), № 4434 від 27.11.2020 (внесений Президентом України), № 4441 від 30.11.2020 (Д. Монастирський та ін.), № 4460-д від 03.12.2020 (Д. Монастирський та ін.).

Урешті-решт 4 грудня 2020 р. прийнято Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», яким передбачається відновлення кримінальної відповідальності за декларування недостовірної інформації (ст. 366-2 КК України) та неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (ст. 366-3 КК України).

Вагомим внеском у розроблення проблематики кримінальної відповідальності за декларування недостовірної інформації є дослідження О. О. Дудорова, Д. Г. Михайленка, А. В. Савченка, М. І. Хавронюка та інших вчених. Попри значимість результатів проведених досліджень, створення нових підстав кримінальної відповідальності за декларування недостовірної інформації й умисне неподання декларації обумовлюють необхідність подальших досліджень указаної проблематики.

Спосіб, у який відбувалася реанімація кримінально-правової заборони декларування недостовірної інформації та умисного неподання декларації, викликає певні зауваження. З огляду на те, що КСУ визнав ст. 366-1 КК України неконституційною, варто було більш детально звернути увагу на її якість, проблеми, які виникали на практиці і врахувати зазначене в нових конструкціях заборонних норм. Однак цього не було зроблено, як і не створено групу з фахівців, які досліджували цю тематику і могли б розробити більш досконалу модель відповідальності за певні діяння.

За таких обставин закладаються «вибухові міни», які можуть знову «спрацювати» по механізму протидії корупції в Україні. З іншого боку відновлення підстав відповідальності за неподання декларації та декларування недостовірної інформації є важливим кроком на шляху протидії корупції в Україні. А прийняття нових норм, які містять певні недоліки, не виключає можливості їх подальшого вдосконалення, зважаючи на активний процес

реформування кримінального законодавства. Відновлення кримінальної відповідальності за декларування недостовірної інформації та умисне неподання декларації супроводжувалося активізацією законотворчої роботи.

На основі аналізу положень цих законопроектів, а також вивчення зарубіжного досвіду відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання декларації можна виокремити три моделі підстав такої відповідальності:

- 1) кримінально-правову (передбачає встановлення кримінальної відповідальності за ці діяння);
- 2) адміністративно-правову (передбачає встановлення адміністративної відповідальності за ці діяння);
- 3) змішану (включає підстави різних видів відповідальності за ці діяння).

Ознайомлення з основними положеннями законопроектів, що стосуються відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання декларації, свідчить про те, що окремі елементи запропонованих у них механізмів мають певні вади.

1. *Залишається підґрунтя для визнання неконституційними нових заборонних кримінально-правових норм.* У більшості законопроектів пропонуються конструкції статті (статей), які максимально наближені, а в певних випадках тотожні ст. 366-1 КК України, яка була визнана неконституційною. Наприклад, законопроект № 4301 від 02.11.2020 (І. Геращенко та ін.) передбачав лише зміну назви і номеру статті (пропонується ст. 366-2 «Ухилення від декларування достовірної інформації»). Законопроект № 4307 від 02.11.2020 (Ю. Тимошенко) пропонувалося виведення суддів КСУ з ряду суб'єктів декларування, а відповідно, і суб'єктів кримінальної відповідальності за відповідне кримінальне правопорушення. Законопроект № 4310 від 03.11.2020 (Д. Монастирський та ін.) містив положення щодо зміни номера статті (пропонується 366-2) та санкції (штраф був від 2 500 до 3 000 НМДГ, а пропонується від 3 000 до 6 000 НМДГ; виключено позбавлення волі до 2 р.). У трьох законопроектах (№ 4441 від

30.11.2020, № 4434 від 27.11.2020 та № 4460-д від 03.12.2020) пропонується встановити кримінальну відповідальність за ті ж самі діяння в різних статтях (ст. 366-2 та 366-3 КК України), збільшити поріг відповідальності за декларування недостовірної інформації та змінити санкції (збільшити розмір штрафу та виключити позбавлення волі).

З огляду на такі незначні зміни, залишається підґрунтя для повторного визнання відповідної статті неконституційною. І це не дивно, оскільки в межах кримінально-правової моделі відповідальності за вказані діяння в зарубіжних країнах здебільшого криміналізовано лише неподання декларації та декларування недостовірної інформації. Відтак запропонувати кардинально інші інструменти для забезпечення механізму декларування особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування неможливо. Можна лише перейти до іншої моделі, наприклад, адміністративно-правової.

2. *Чи достатньо підстав адміністративної відповідальності за вказані діяння?* Законопроектом № 4309 від 03.11.2020 пропонувалася виключно адміністративна відповідальність за відповідні діяння у ст. 172-6 КУпАП (несвоєчасне подання без поважних причин декларації (ч.1); умисне неподання декларації (ч.6); подання завідомо недостовірних відомостей у декларації, якщо такі відомості відрізняються від достовірних на суму: від 100 до 250 прожиткових мінімумів для працездатних осіб (ч.4) та понад 250 прожиткових мінімумів для працездатних осіб (ч.6)). По-перше, це не дає гарантій того, що КСУ в майбутньому не зможе визнати зазначену норму неконституційною. По-друге, чи зможуть за таких обставин правоохоронці притягнути до відповідальності топкорупціонерів, адже зібрати докази їх протиправних діянь адміністративно-правовими засобами буде нелегко. По-третє, зарубіжний досвід свідчить про те, що за вказані діяння в одних країнах застосовують заходи адміністративно-правової (наприклад, Білорусія, Венесуела, Данія, Фінляндія), а в других – кримінальної відповідальності (наприклад, Чехія, Польща, Литва, Латвія, Болгарія, Молдова та Перу). Відтак, у кожній країні

обирають ті правові інструменти забезпечення механізму декларування доходів та видатків, які вважають найбільш ефективними в межах своєї держави.

3. Чи варто із санкцій відповідних статей виключати покарання у виді позбавлення волі? У законопроектах № 4310 від 03.11.2020, № 4441 від 30.11.2020, № 4434 від 27.11.2020, № 4460-д від 03.12.2020 із санкції нової заборонної кримінально-правової норми пропонується виключити таке покарання, як позбавлення волі на певний строк. Такий крок, очевидно, обумовлений необхідністю усунення зауважень, висловлених у рішенні КСУ про визнання ст. 366-1 КК України неконституційною. Однак, знову ж таки звертаю увагу на той факт, що зазначене рішення КСУ було необґрунтованим. На підтвердження своєї позиції наведу як аргумент хоча б той факт, що такі покарання існують у санкціях відповідних норм інших країн.

Наприклад, у Болгарії такі дії караються позбавленням волі на строк до трьох років (ст. 313 КК Болгарії), у Латвії – тимчасовим позбавленням волі або позбавленням волі на строк до двох років (ст. 219 КК Латвії), у Чехії – позбавленням волі на строк від шести місяців до трьох років (§ 227 КК Чехії), у Молдові – позбавленням волі на термін до 1 року (ст. 352-1 КК Молдови), у Польщі – позбавленням волі від 6 місяців до 8 років (ч. 1 ст. 233 КК Польщі), у Македонії – позбавленням волі від шести місяців до п'яти років (ч. 1 ст. 359-а КК Македонії). Закон про етику в уряді 1978 року та Закон про реформу етики 1989 року США передбачають суворі заходи покарання за порушення конфлікту інтересів та зловживання, пов'язані з власністю. Проти тих, хто навмисно надає неправдиву інформацію, порушується кримінальне провадження. Вони можуть бути засуджені до штрафу в розмірі до 250 000 доларів США або 5 років позбавлення волі.

Варто також погодитися з Д. Г. Михайленком у тому, що встановлення достатньо жорстких покарань за декларування недостовірної інформації й відсутність законодавчих підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, покарання і його відбування повною мірою відповідає

критеріям ефективності правових норм для протидії корупційним правопорушенням.

4. *Занадто високим видається поріг кримінальної відповідальності.* Кримінальна відповідальність за подання завідомо недостовірних відомостей до декларації раніше (у ст. 366-1 КК України) наставала, якщо такі відомості відрізнялися від достовірних на суму від 250 прожиткових мінімумів для працездатних осіб. Водночас, нині, відповідно до ст. 366-2 КК України, вони повинні відрізнятися на суму понад 500 прожиткових мінімумів для працездатних осіб. Таким чином, на сьогодні за брехню в декларації щодо квартири чи авто може наставати адміністративна відповідальність.

Таким чином, відновлені підстави кримінальної відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання декларації у ст. 366-2 та 366-3 КК України максимально схожі до тих, що існували у ст. 366-1 КК України та яку визнали неконституційною.

На перший погляд, зазначене свідчить про те, що існують передумови для визнання нових статей закону про кримінальну відповідальність неконституційними. Однак, якщо враховувати той факт, що рішення КСУ є необґрунтованим через брак необхідних аргументів, імовірно, таких незначних змін достатньо для відновлення підстав кримінальної відповідальності за ці діяння, однак таких змін недостатньо для підвищення ефективності застосування відповідних заборонних правових норм.

5. *Чи обґрунтованим є вживання терміна «завідомість» у ст. 366-2 КК України?* Найбільше труднощів під час розслідування цього кримінального правопорушення пов'язано із доказуванням умислу на подання недостовірної інформації до електронної декларації. Складнощі обумовлені тим, що суб'єкти декларування посилаються на різні обставини, що ставлять під сумнів наявність умисної форми вини, зокрема на такі: не володіння повною інформацією про активи членів сім'ї; використання помічників для заповнення декларації, які можуть щось переплутати або не вказати; недостатньо чіткі та зрозумілі



законодавчі положення, що визначають особливості заповнення та подання електронної декларації; відповідні роз'яснення НАЗК тощо.

У випадку декларування недостовірної інформації не суб'єктом декларування, а на його прохання іншою особою склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 366-2 КК України, буде відсутній.

Не слід виключати і можливої змови суб'єкта декларування зі своїм помічником щодо внесення ним недостовірної інформації. У такому випадку довести факт вчинення кримінального правопорушення буде дуже складно, а в певних випадках —практично неможливо.

Як тоді бути, якщо в декларації наявні неправдиві відомості, однак відсутня або недоведена умисна форма вини? Очевидно, що для таких ситуацій варто передбачити механізм внесення відповідних виправлень до вже поданої декларації.

Водночас виникає запитання, чи можлива необережна форма вини під час неподання декларації чи декларування недостовірної інформації? Якщо й так, то юридична відповідальність (кримінальна чи адміністративна) за ці діяння буде виключатися з огляду на те, що вони можуть вчинятися лише з умисною формою вини. Видається зайвим одночасне застосування в конструкції діяння, передбаченого ст. 366-2 КК України термінів «умисно» та «завідомо», оскільки вони обидва вказують на умисну форму вини, зокрема термін «завідомо» — на прямий умисел.

Окрім цього, імовірно, варто піти тим шляхом, яким рухалися законодавці в окремих зарубіжних країн, і вилучити з конструкцій відповідних діянь слова «умисно» та «завідомо» або диференціювати відповідальність за відповідні діяння залежно від форми вини в різних статтях, або в різних частинах однієї статті. За таких обставин кримінальна відповідальність за вказані діяння може наставати у випадку їх вчинення як умисно, так і необережно.

### **Висновки до питання 3.**

Підбиваючи підсумки, слід сформулювати низку висновків.

1. Виокремлено три моделі підстав відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання декларації:

- 1) кримінально-правову (передбачає встановлення кримінальної відповідальності за ці діяння);
- 2) адміністративноправову (передбачає встановлення адміністративної відповідальності за ці діяння);
- 3) змішану (включає підстави різних видів відповідальності за ці діяння).

2. Нові підстави відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання декларації, а також пропозиції щодо них, висловлені у відповідних законопроектах, мають такі вади:

1) залишається підґрунтя для визнання неконституційними нових заборонних кримінально-правових норм (це пояснюється насамперед тим, що рішення КСУ щодо визнання ст. 366-1 КК України є необґрунтованим; у межах кримінально-правові моделі відповідальності за декларування недостовірної інформації не лише в Україні, але й в інших країнах, окрім криміналізації таких діянь, запропонувати кардинально інші інструменти для забезпечення механізму декларування неможливо);

2) підстав виключно адміністративної відповідальності за неподання декларації чи декларування недостовірної інформації, очевидно, недостатньо, оскільки притягнути до юридичної відповідальності топкорупціонерів, використовуючи лише адміністративно-правові засоби, в України нині досить складно;

3) не варто було із санкцій відповідних статей виключати покарання у вигляді позбавлення волі, що підтверджує досвід зарубіжних країн;

4) поріг кримінальної відповідальності за декларування недостовірної інформації є занадто високим, а тому його слід знизити;

5) з огляду на відсутність в окремих випадках умисної форми вини подання недостовірних відомостей, варто передбачити для таких ситуацій механізм внесення відповідних виправлень до вже поданої декларації;

6) видається зайвим одночасне застосування в конструкції діяння, передбаченого ст. 366-2 КК України термінів «умисно» та «завідомо», оскільки вони обидва вказують на умисну форму вини, зокрема термін «завідомо» на прямий умисел;

7) з конструкцій відповідних діянь варто вилучити слова «умисно» та «завідомо» або диференціювати відповідальність за відповідні діяння залежно від форми вини в різних статтях, або в різних частинах однієї статті (за таких обставин кримінальна відповідальність за вказані діяння може наставати у випадку їх вчинення як умисно, так і необережно).

## **ТЕМА 12. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ПЕРЕДБАЧАЄ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ВІЙСЬКОВІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ**

**( 2 години)**

### **План**

1. Проблемні питання кваліфікації кримінальних правопорушень проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення) (Загальні положення).

2. Проблемні питання кваліфікації деяких військових кримінальних правопорушень.

### **РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА:**

1. Карпенко М., Фесенко О., Шнипко О. До питання щодо суб'єктів військових кримінальних правопорушень. Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. Серія економічна. Серія юридична. 2022. Випуск 33. С. 247–254.

2. Кримінальне право України. Особлива частина : навч. посіб. / А.А. Васильєв, О.О. Житний, Є.О. Гладкова та ін.; за заг. ред. О.М. Литвинова. Харків. : Право, 2020. С. 341-365.

3. Кримінальне право України: Особлива частина : підручник / за заг. ред. доктора юрид. наук, проф. В.В. Сухоноса. Суми : ПФ «Видавництво «Університетська книга»», 2020. С. 396-423.

4. Кримінальні проступки: науково-практичний коментар статей Кримінального кодексу України / М.І. Хавронюк. Київ : ВД «Дакор», 2020. С. 159-172.

5. Туркот М.С. Загальна характеристика військових кримінальних правопорушень / Військові кримінальні правопорушення: Розділ XIX

Особливої частини Кримінального кодексу України з постатейними матеріалами практики Європейського суду з прав людини, Верховного Суду України, Верховного Суду, апеляційних і місцевих судів. Станом на 11 січня 2021 р.: наук.-практ. посіб. / уклад.: М.С. Туркот, А.В. Столітній, Г.М. Рябенко, С.В. Шмаленя, О.М. Хоменко, В.М. Александров; за ред. канд. юрид. наук, доцента М.С. Туркота. Київ, Норма права, 2020. 478 с.

### **Мета лекції:**

допомогти здобувачам вищої освіти з'ясувати проблеми кваліфікації військових кримінальних правопорушень, а також проблеми відмежування цих посягань від суміжних складів кримінальних правопорушень.

### **Вступ**

Захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки, згідно зі ст. 17 Конституції України, є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу. Оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності покладаються на Збройні Сили України. Забезпечення державної безпеки і захист державного кордону України покладаються на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави. Організація і порядок діяльності Збройних Сил, усіх інших військових формувань України та правоохоронних органів визначаються законом. Від стану законності та військового правопорядку у Збройних Силах та інших військових формуваннях, що діють відповідно до законодавства України, залежить ефективність виконання покладених на них конче важливих державних завдань. Військові статuti, окремі закони та підзаконні нормативно-правові акти в цілому досить чітко і достатньо повно регламентують усі сфери життя та діяльності Збройних Сил, інших військових формувань і правоохоронних органів України. На військовослужбовців покладається обов'язок неухильного дотримання Конституції України, законів і підзаконних актів, Військової присяги, наказів командирів (начальників). Усе це багато в чому визначає специфіку та якість функціонування суспільних відносин у сфері несення військової служби, а також особливості й суспільну небезпечність правопорушень, у тому числі й військових злочинів, що на них посягають.

## **1. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ПРОТИ ВСТАНОВЛЕНОГО ПОРЯДКУ НЕСЕННЯ ВІЙСЬКОВОЇ СЛУЖБИ (ВІЙСЬКОВІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ) (ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ)**

Усі склади військових кримінальних правопорушень, передбачені розділом XIX КК України, можна поділити на дві групи:

1) *квазівійськові кримінальні правопорушення*, тобто ті, які відрізняються від інших загально кримінальних правопорушень переважно за

суб'єктом. Вони посягають водночас на два основних безпосередніх об'єкта, а тому мають значну кількість суміжних загально кримінальних правопорушень. Це кримінальні правопорушення:

- проти порядку підлеглості і військової честі, пов'язані із застосуванням фізичного чи психічного насильства: опір начальникові чи іншій особі, яка виконує обов'язки з військової служби, або примушування їх до порушення службових обов'язків, у т.ч. пов'язані із умисним вбивством начальника або іншої особи (ст. 404); погроза або насильство щодо начальника (ст. 405); порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості (ст. 406). Ці кримінальні правопорушення слід відмежовувати від відповідних кримінальних правопорушень проти життя і здоров'я особи (зокрема, п. 8 ч. 2 ст. 115, ст.ст. 120–122, 125–127, 129, а також ст. 195) і проти авторитету органів державної влади (ст.ст. 342, 343, 345);

- проти власності, предметом яких є військове майно: викрадення, привласнення, вимагання військового майна, заволодіння ним шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ст. 410); умисне знищення або пошкодження військового майна (ст. 411); необережне знищення або пошкодження військового майна (ст. 412). Суміжними з ними є відповідні кримінальні правопорушення проти власності (ст.ст. 185–187, 189–191, 194, 196), проти громадської безпеки (ст. 262), у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ст.ст. 308, 312–313);

- порушення правил поведінки зі зброєю, а також із речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення (ст. 414). Суміжними є кримінальні правопорушення проти власності (ч. 2 ст. 194), довкілля (ст. 250), громадської безпеки (ст.ст. 264, 265, 267, 269), безпеки виробництва (ст. 273), безпеки руху та експлуатації транспорту (ст. 282);

- порушення правил водіння або експлуатації машин (ст. 415); порушення правил польотів або підготовки до них (ст. 416); порушення правил кораблеводіння (ст. 417). Суміжними з ними є відповідні кримінальні правопорушення проти безпеки руху та експлуатації транспорту (ст.ст. 276–277, 281–282, 286–287);

- розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю, або втрата документів чи матеріалів, що містять такі відомості (ст. 422). Це кримінальне правопорушення слід відмежовувати від кримінальних правопорушень, передбачених ст. 328 і ст. 329, розділом XIV Особливої частини КК;

- недбале ставлення до військової служби (ст. 425); бездіяльність військової влади (ст. 426). Суміжними з ними є кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності (ст.ст. 364, 367);

- деякі кримінальні правопорушення проти порядку дій військовослужбовців в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці (ст.ст. 432–435). Ці кримінальні правопорушення є суміжними, зокрема, з деякими кримінальними правопорушеннями проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку (ст.ст. 438, 442, 445). Наприклад, мародерство,

наси́льство над населенням у районі воєнних дій і погане поводження з військовополоненими можуть становити собою порушення законів та звичаїв війни (ст. 438);

2) **власне військові кримінальні правопорушення**, тобто ті, які не мають суміжних загально кримінальних правопорушень (решта статей розділу XIX Особливої частини КК). Ці кримінальні правопорушення посягають тільки на встановлений законодавством порядок несення або проходження військової служби і можуть мати певний додатковий об'єкт, але лише як факультативний. Суміжних загально кримінальних правопорушень, схожих за об'єктивною і суб'єктивною сторонами, вони не мають. До таких кримінальних правопорушень належать кримінальні правопорушення проти:

– порядку підлеглості (ст.ст. 402–403). Вони полягають у невиконанні військовослужбовцем законного наказу свого начальника;

– порядку проходження військової служби (ст.ст. 407–409). Це дезертирство та інші способи ухилення від служби, а також пряма відмова нести її. За певними ознаками ці кримінальні правопорушення схожі з ухиленням від призову на строкову військову службу та ухиленням від призову за мобілізацією (ст. 335 і ст. 336). Але останні два кримінальних правопорушення можуть вчинити тільки особи, які ще не є або вже не є військовослужбовцями; крім того, важливе значення для їх відмежування від військових кримінальних правопорушень є момент початку відповідного ухилення (для призовників, наприклад, початком проходження військової служби є день відправлення у військову частину з районного (міського) військового комісаріату); – порядку несення спеціальних служб (ст.ст. 418–421). Лише для військової служби притаманними є несення патрулювання, вартової (вахтової), прикордонної, внутрішньої служби, бойового чергування та кримінальна відповідальність за порушення правил їх несення; – порядку дій військовослужбовців в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці (ст.ст. 427, 428, 429, 430, 431 КК).

Отже, принаймні 12 із 32 статей розділу XIX Особливої частини КК є зайвими і підлягають виключенню, оскільки створюють:

а) підстави для порушення встановлених у ст. 8 і ст. 24 Конституції України принципів верховенства права (зокрема його складової – принципу юридичної визначеності) та рівності усіх перед законом;

б) непотрібні складнощі при кваліфікації злочинів. Наприклад, військова службова особа згідно із ст. 426 КК може бути покарана за бездіяльність військової влади, яка спричинила істотну шкоду, лише за умови, що розмір збитків (в яких дістає вияв ця шкода) перевищує 863 250 нмдг; на відміну від цього «планка» кримінальності «бездіяльного зловживання», вчиненого іншою публічною службовою особою, згідно із ст. 364 КК, знаходиться значно нижче – «на рівні» 100 нмдг. З іншого боку, немає жодних підстав в кримінальному порядку карати військовослужбовців за цивільний за своїм характером делікт – необережне знищення чи пошкодження військового майна, що спричинило майнову шкоду (ч. 1 ст. 412 КК). За аналогічні діяння цивільні особи несуть

кримінальну відповідальність лише за умови, що їхнім наслідком були тяжкі тілесні ушкодження чи загибель людей (ч. 1 ст. 196 КК).

Залежно від видових об'єктів, що виступають як підстава класифікації системи військових кримінальних правопорушень, їх можливо поділити на такі відносно самостійні групи:

- Кримінальні правопорушення проти порядку підлеглості та військової честі (статті 402–406);
- Кримінальні правопорушення проти порядку перебування на військовій службі (статті 407–409);
- Кримінальні правопорушення проти порядку збереження та користування військовим майном (статті 410–413);
- Кримінальні правопорушення проти порядку експлуатації озброєння та військової техніки (статті 414–417);
- Кримінальні правопорушення проти порядку несення спеціальних служб (статті 418–421);
- Кримінальні правопорушення проти порядку охорони державної таємниці (ст. 422);
- Кримінальні правопорушення проти порядку здійснення своїх повноважень військовими службовими особами (військові службові кримінальні правопорушення) (статті 425–426);
- Кримінальні правопорушення проти порядку виконання військового обов'язку в бою та інших особливих умовах (статті 427–432);
- злочини проти порядку дотримання звичаїв та правил війни (статті 433–435).

Кримінально-правовою новелою є кримінальне правопорушення, яке передбачено ст. 435-1 Кримінального кодексу України, про образу честі і гідності, погрозу щодо військовослужбовця.

## **2. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ДЕЯКИХ ВІЙСЬКОВИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ.**

*Проблеми кваліфікації кримінальних правопорушень проти порядку підлеглості та військової гідності (Стаття 404. Опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків).*

Суспільна небезпечність цього злочину полягає у тому, що він перешкоджає нормальній службовій діяльності командирів (начальників), підриває принцип єдиноначальності та авторитет військовослужбовців, на яких покладено певні службові обов'язки. При цьому посягання на встановлений у Збройних Силах України порядок підлеглості часто має відкритий, демонстративний характер. Опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків поєднується із застосуванням фізичного або психічного насильства. З огляду на це даний злочин посягає разом з порядком підлеглості ще й на особу військовослужбовця. Опір начальникові або

примушування його до порушення службових обов'язків є найбільш небезпечним злочином у Збройних Силах України та інших військах. Підвищена суспільна небезпечність цих злочинів полягає у тому, що винний відкрито і зухвало втручається у службову діяльність начальника чи іншого військовослужбовця, що здійснюється в інтересах військового порядку, з метою припинити або змінити її законний характер. Шкода, заподіяна особі, безпосередньо впливає на ступінь суспільної небезпечності вчиненого військового злочину, а характер цієї шкоди може бути визнаний однією з кваліфікуючих обставин.

Це кримінальне правопорушення за своєю конструкцією є двооб'єктним, в якому безпосереднім об'єктом виступає встановлений порядок підлеглості та військової честі, що забезпечує нормальну службову діяльність командирів (начальників) або інших осіб, що виконують обов'язки по військовій службі. Додатковим, факультативним об'єктом цього кримінального правопорушення є життя, здоров'я, тілесна недоторканність начальників або інших осіб, що виконують покладені на них обов'язки з військової служби.

Об'єктивна сторона кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 404 КК, може виявлятися у таких альтернативних формах:

1) опір начальникові, а також іншій особі, яка виконує покладені на неї обов'язки військової служби;

2) примушування цих осіб до порушення покладених на них обов'язків по військовій службі.

Потерпілими від кримінального правопорушення можуть бути начальники та інші особи, які виконують обов'язки з військової служби. Начальником є особа, якій постійно чи тимчасово підлеглі інші військовослужбовці. Іншими особами, які виконують обов'язки з військової служби, є військовослужбовці: особи офіцерського складу, прапорщики, мічмани, військовослужбовці строкової і надстрокової служби та військової служби за контрактом Збройних Сил України, Прикордонних військ України, Служби безпеки України, військ цивільної оборони, а також інших військових формувань, які створюються Верховною Радою України, стратегічних сил оборони, які дислокуються на території України, військовослужбовці-жінки, курсанти військових навчальних закладів, які проходять військову службу (ст. 401 КК). До інших осіб, що виконують покладені на них обов'язки з військової служби, належать також військовослужбовці, що перебувають у складі караулів, патруля або нарядів внутрішньої служба, а також інші обов'язки по військовій службі. Опором є активна фізична протидія здійсненню названими особами покладених на них службових обов'язків або обов'язків з військової служби. При цьому дії того, хто чинить опір, можуть бути спрямовані безпосередньо проти особи, наприклад начальника (винний перешкоджає військовому начальнику здійснювати заходи щодо забезпечення дисципліни у військовому підрозділі та підтримання належної боєздатності), або проти предметів, необхідних для виконання названими особами своїх обов'язків (винний знищує письмовий наказ, який військовий начальник передав у



підрозділ для виконання; засоби зв'язку та оперативного керування підпорядкованим начальнику підрозділом).

Він може і не супроводжуватися насильством, а виражатися у створенні перепон, спробі вирватися під час затримання та ін. Опір характеризується такими ознаками: 1) полягає в активних діях; 2) дії спрямовані на організм потерпілого та виявляються у застосуванні фізичної сили до нього або проти предметів, необхідних для виконання ним своїх обов'язків; 3) перешкоджає (протидіє) виконанню потерпілим своїх функцій, реалізації повноважень; 4) дії винного вчиняються під час виконання потерпілим покладених на нього обов'язків. Для об'єктивної сторони необхідно, аби опір виявлявся при виконанні зазначеними працівниками службових обов'язків чи обов'язків з військової служби. При опорі винний намагається не допустити виконання начальником або іншою особою службових обов'язків, не дати йому можливості діяти в даній конкретній ситуації відповідно до закону, вимог військових статутів або наказу начальника. Як правило, перед опором відбувається якесь порушення військової дисципліни, а сам опір є реакцією підлеглого на правомірні дії начальника (особи, яка виконує певні обов'язки з військової служби) по припиненню порушень. Це, наприклад, випадки перешкоджання інспектору ВАІ затримати військовослужбовця, який порушив Правила дорожнього руху, командирі – відправити підлеглого, якого заарештовано в дисциплінарному порядку, на гауптвахту тощо. Опір може вчинятися тільки під час виконання начальником або іншою особою того чи іншого обов'язку з військової служби. Він може і не супроводжуватися насильством, а виражатися у створенні перепон, спробі вирватися під час затримання тощо. Правильно кваліфіковано як опір начальнику за ч. 1 ст. 404 КК України дії рядового С., який спочатку не виконав вимоги чергового по полку та його помічників – офіцерів Т. та К. і відмовився залишити приміщення казарми сусіднього підрозділу, а потім, коли останні спробували виштовхнути його з підрозділу, завдав кожному з них по декілька ударів рукою.

Опір слід відрізняти від непокори, відповідальність за яку передбачено ст. 402 КК. Відмінність опору від непокори полягає у тому, що опір – це активна фізична протидія законній діяльності потерпілих, а непокора – пасивна поведінка. Склад аналізованого кримінального правопорушення відсутній у випадках учинення опору начальникові при здійсненні ним явно незаконних дій. До такого опору слід застосовувати правила необхідної оборони.

Кримінальне правопорушення вважається закінченим з моменту активної протидії. Примушуванням є протиправний фізичний або психічний вплив з метою приневолити потерпілого виконати, у супереччя його бажанням, явно незаконні дії. Для складу примушування входять такі обов'язкові ознаки: 1) застосування до начальника чи іншої особи, яка виконує обов'язки по військовій службі, психічного чи фізичного насильства; 2) пред'явлення до зазначених осіб конкретних протизаконних вимог, спрямованих на припинення або зміну характеру їх службової діяльності. Примушування може стосуватися службових дій, які виконуються як у момент протиправного впливу на

потерпілого, так і дій, що повинні (або можуть) виконуватись у майбутньому. Якщо під час застосування фізичного або психічного насильства до начальника або іншого військовослужбовця не ставитимуться конкретні вимоги щодо порушення обов'язків по військовій службі, то подібні дії можуть бути кваліфіковані як погроза начальникові або насильництво стосовно начальника (ст. 405) чи як опір (ст. 404).

Під фізичним насильством розуміють незаконне позбавлення волі, зв'язування, заподіяння зазначеним особам ударів, побоїв, тілесних ушкоджень, інші насильницькі дії, мучення, зв'язування, шмаргання тощо. Погроза застосування насильства – це дії або висловлювання, що доводяться до відома потерпілого, виражають намір винного застосувати фізичне насильство стосовно цих самих осіб. Рядовий А. під час виконання обов'язків вартового у стані алкогольного сп'яніння з хуліганських мотивів став бити вартових, а коли розвідний сержант В. почав вимагати від А. припинити протиправні дії та намагався відібрати автомат, А. вчинив йому опір. Органи досудового слідства кваліфікували дії А. як особливо злісне хуліганство за ознаками особливої зухвалості, опору особі, яка намагалася припинити хуліганські дії, та спроби застосування зброї. Але така кваліфікація була помилковою, оскільки В. був начальником А. та у цьому випадку було вчинено злочин проти порядку підлеглості. Як примушування слід кваліфікувати випадки, коли військовослужбовці строкової служби, які були призвані на службу раніше, шляхом застосування різних форм насильства намагаються примусити сержантів та старшин, які були призвані на військову службу пізніше, створювати їм полегшені умови військової служби, не призначати в наряди, не вимагати виконання денного розпорядку, не призначати до господарських робіт тощо.

По-перше, примушування відрізняється від опору тим, що передбачає пред'явлення начальнику конкретної вимоги про вчинення або утримання від здійснення яких-небудь дій, які військовослужбовець повинен здійснити згідно зі статутними правилами або наказом. Відсутність таких вимог виключає можливість кваліфікації дій винного як примушування. Тому застосування насильства до начальника на підставі незадоволення його службовою діяльністю, але без пред'явлення конкретних вимог не може бути визнано примушуванням, навіть якщо підлеглий цим намагається змінити службову діяльність начальника. Такі дії слід кваліфікувати за ст. 405 КК.

По-друге, вчинення опору можливо лише безпосередньо в момент виконання потерпілим конкретного службового завдання, а примушування може виконуватись як у цьому випадку, так і відносно особи, яка зараз не виконує службові обов'язки, але в майбутньому їх виконуватиме. Тобто диспозицію ст. 404 КК у частині, яка стосується опору начальнику чи іншій особі, викладено таким чином, що кваліфікувати за цією статтею можливо лише у випадках вчинення злочину під час виконання потерпілим своїх обов'язків з військової служби. При цьому можливе примушування начальника чи іншої особи до майбутнього порушення обов'язків з військової служби,

наприклад примушування начальника в майбутньому не включати підлеглого до вартової служби. Під обов'язками з військової служби за ст. 404 КК слід розуміти не тільки факт перебування на військовій службі, а конкретні службові обов'язки, що їх виконує військовослужбовець на підставі вимог статутів або наказу начальника з інтересів військової служби. За ч. 1 ст. 404 КК насамперед слід кваліфікувати опір, вчинений без насильства. За цією ж частиною мають кваліфікуватись опір та примушування, які супроводжуються загрозою застосування насильства, включаючи загрозу вбивством. Частина 1 ст. 404 охоплює також опір та примушування, яке супроводжується фізичним насильством над начальником або особою, яка виконує обов'язки з військової служби, у вигляді нанесення ударів, побоїв, насильницького позбавлення волі, спричинення легкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження. Зазначені види фізичного насильства над особою потерпілого не виходять за межі ч. 1 ст. 404 згідно із санкцією цієї частини (позбавлення волі на строк від двох до п'яти років). Тому вони поряд з іншими обставинами опору чи примушування можуть бути зараховані в порядку індивідуалізації покарання. Заподіяння умисного тяжкого тілесного ушкодження повинно визнаватись як тяжкий наслідок опору чи примушування, що потребує кваліфікації за ч. 2 ст. 404 КК. Якщо опору чи примушуванню передували хуліганські дії, які не охоплюються ознаками інших військових кримінальних правопорушень, має місце реальна сукупність двох кримінальних правопорушень, передбачених статтями 296 та 404.

Вчинення військовослужбовцем опору представнику влади або представнику громадськості, що охороняють громадський порядок, і опір працівнику міліції або члену громадського формування з охорони громадського порядку, а також військовослужбовцю при виконанні цими особами покладених на них обов'язків з охорони громадського порядку кваліфікуються за ст. 342 КК. Примушування працівників правоохоронних органів з числа військовослужбовців до порушення ними обов'язків, пов'язаних з відправленням правосуддя, розкриттям злочинів або інших правопорушень чи запобіганням їм, слід кваліфікувати за статтями, що передбачають відповідальність за кримінальні правопорушення проти правосуддя та порядку управління. Якщо такими діями було вчинено ще й посягання на порядок несення військової служби, скоєне треба кваліфікувати за сукупністю кримінальних правопорушень: проти правосуддя чи порядку управління та за ст. 404 КК. Кримінальні правопорушення визнаються закінченими з моменту фактичного вчинення опору або примушування незалежно від досягнення винним своїх цілей перешкодити військовослужбовцю виконати покладені на нього обов'язки по службі або примусити їх порушити.

Із суб'єктивної сторони кримінального правопорушення характеризується прямим умислом. Винний усвідомлює, що чинить опір саме визначеним у ч. 1 ст. 404 КК потерпілим і бажає тим самим перешкодити виконанню ними своїх обов'язків чи примусити до їх порушення. Якщо особа не усвідомлювала, що чинить опір названим особам, склад даного

кримінального правопорушення відсутній. При примушуванні потерпілих до порушення обов'язків по військовій службі обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони є мета – припинення або зміна характеру правомірної діяльності потерпілого.

Суб'єктом кримінальних правопорушень можуть бути військовослужбовці рядового, сержантського і старшинського складу, прапорщики і мічмани, а також особи офіцерського складу. За ч. 2 ст. 404 кваліфікується опір або примушування, вчинене з обтяжуючих обставин: вчинення злочину групою осіб або із застосуванням зброї, чи якщо ці протиправні дії потягли за собою тяжкі наслідки. Для складу будь-якого із названих кримінальних правопорушень досить хоча б однієї із цих обтяжуючих обставин. Для наявності групи осіб як кваліфікуючої ознаки не обов'язково, аби між винними була попередня домовленість. Наявність попередньої змови свідчитиме про більш небезпечну форму опору. Спільність умислу і сумісність дій можуть виникнути під час вчинення опору чи примушування. Необхідно тільки, аби кожна особа усвідомлювала, що вона чинить опір чи примушування разом з іншими особами.

Питання про віднесення тих чи інших предметів до певних видів зброї вирішується з урахуванням об'єктивних і суб'єктивних критеріїв. За об'єктивними ознаками зброєю є предмети, здатні заподіяти шкоду життю та здоров'ю людини з урахуванням їх форми, маси, міцності, зокрема твердості матеріалу, з якого виготовлено вражаючі частини, конструктивних особливостей. Суб'єктивно вони призначені для ураження живої сили – ушкодження тіла іншої людини, тобто не повинні мати іншого призначення: господарського, побутового, спортивного, обрядового тощо. Використання при опорі предметів господарського призначення, наприклад сокири, палиці і под., не дає підстав кваліфікувати ці дії за ч. 2 ст. 404 КК. У разі виникнення сумніву щодо належності того чи іншого предмета до зброї слід призначати відповідну судову експертизу. При визначенні понять вогнепальної та холодної зброї слід мати на увазі роз'яснення, що містяться в пп. 4 та 8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 3 «Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами». Застосування зброї означає фактичне використання її для фізичного або психічного насильства над начальником або іншою особою. Погроза оголеною зброєю, розмахування нею повинні визнаватися застосуванням зброї. Погроза словами застосувати зброю без вчинення за допомогою неї конкретних дій (демонстрація зброї, виконання пострілу вгору тощо) не є обтяжуючою обставиною, передбаченою ч. 2.

Про поняття тяжких наслідків див. ст. 402 КК. При цьому навіть умисне заподіяння під час опору чи примушування тяжкого тілесного ушкодження хоча б одній людині або середньої тяжкості декільком особам, а також необережне заподіяння смерті не тягне за собою додаткової кваліфікації за статтями про злочини проти особи. Опір або примушування, унаслідок якого

було умисно заподіяно тяжкі тілесні ушкодження, що потягли за собою смерть потерпілого, необхідно кваліфікувати за сукупністю кримінальних правопорушень – за ч. 2 ст. 404 та ч. 2 ст. 121 КК. Із суб'єктивної сторони кримінального правопорушення характеризується прямим умислом. Ставлення до тяжких наслідків (ч. 2) може бути як умисним, так і з необережності. За ч. 3 ст. 404 КК кваліфікуються дії, передбачені ч. 1 або ч. 2 цієї статті, якщо вони були вчинені в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці. Про поняття воєнного стану та бойової обстановки див. ст. 401 КК. За ч. 4 ст. 404 КК опір або примушування кваліфікуються у випадках, коли є хоча б одна із ознак, передбачених частинами 2, 3. Крім того, треба, аби діяння було пов'язане з умисним вбивством начальника чи іншої особи, що виконували обов'язки з військової служби. У цьому разі опір чи примушування, пов'язані з умисним вбивством, не потребують додаткової кваліфікації за ст. 115 КК.

***Проблеми кваліфікації кримінальних правопорушень проти порядку проходження військової служби (Стаття 408. Дезертирство)***

З об'єктивної сторони кримінальне правопорушення полягає у самовільному залишенні військової частини або місця служби з метою повністю ухилитися від проходження військової служби або нез'явленні з тією ж метою на службу в разі призначення, переведення, з відрядження, відпустки або з лікувального закладу. Військовослужбовець, який вчиняє дезертирство, протизаконно припиняє виконувати свій конституційний обов'язок (статті 17, 65 Конституції України) щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України. Дезертирство є тривалим злочином і розпочинається та вважається закінченим як склад злочину з моменту самовільного залишення військової частини або місця служби, а також нез'явлення на службу у разі призначення, переведення, з відрядження, відпустки або з лікувального закладу та триває протягом усього часу знаходження поза службою. Моментом припинення дезертирства вважається час, коли винний сам, за власним бажанням з'явився до органів державної влади або на місце служби з метою припинити дезертирство чи був затриманий правоохоронними органами або командуванням. Особа, яка дезертирувала, не перестає бути суб'єктом військових правовідносин, тому, якщо військовослужбовець у процесі затримання умисно вчинив самоскалічення, то його дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів за статтями 408 та 409 КК. Для закінченого складу цього кримінального правопорушення тривалість ухилення військовослужбовця від військової служби не має значення. Повернення дезертира до місця служби або його прибуття до органів влади є з'явленням із зізнанням та на кваліфікацію злочину не впливає, але визнається як обставина, що пом'якшує покарання, згідно з п. 1 ст. 66 КК. Фактична тривалість ухилення від військової служби може мати значення лише при визначенні ступеня суспільної небезпечності цього діяння та призначенні покарання. Якщо проміжок часу самовільного знаходження поза службою був нетривалим, та з урахуванням інших підстав (щире каяття, з'явлення із зізнанням, інші пом'якшуючі обставини), дії військовослужбовця, які

формально містять ознаки складу злочину, передбаченого ст. 408, на підставі ч. 2 ст. 11 КК можуть бути визнаними незлочинними. Готування та замах на дезертирство можливе лише до моменту самовільного залишення частини або до моменту закінчення строку з'явлення на службу. Готування може виявлятися у підшукуванні засобів для безперешкодного залишення частини або для приховування майбутнього незаконного перебування поза межами частини чи місця служби або іншому умисному створенні умов для вчинення дезертирства (наприклад, придбання підроблених документів, квитків і под.). Замах на дезертирство можливий у вигляді умисних дій, безпосередньо спрямованих на залишення території частини або місця служби (наприклад, спроба до втечі). Добровільна відмова від дезертирства можлива лише до моменту залишення частини або місця служби чи до моменту закінчення строку з'явлення до частини. Якщо військовослужбовець залишив частину з метою ухилення від проходження військової служби, але потім через деякий проміжок часу, незалежно від його тривалості, повернувся до частини чи з'явився до органів влади, у діях винного буде закінчений склад дезертирства, а його з'явлення до частини чи органів влади слід розглядати як з'явлення із зізнанням.

Суб'єктивна сторона кримінальне правопорушення характеризується тільки прямим умислом (тобто винний усвідомлює, що протиправно залишає частину або інше місце служби чи не з'являється у строк на службу) і спеціально зазначеною у диспозиції статті метою ухилитися від військової служби. Мета може з'явитися у військовослужбовця перед залишенням частини або в процесі самовільного залишення частини, при поверненні до частини з відрядження і под. Наявність цієї мети відрізняє дезертирство від самовільного залишення частини або місця служби, оскільки при самовільному залишенні військової частини злочинець має намір через певний час повернутися до виконання обов'язків з військової служби, а діяння кваліфікується залежно від строку його ухилення від військової служби. Тому тривалість ухилення військовослужбовця від військової служби під час дезертирства на кваліфікацію не впливає. Об'єктивними даними, що підтверджують дійсні наміри військовослужбовця, який вчинив дезертирство, можуть бути: придбання ним для себе фіктивних документів, проживання під чужим іменем і приховування своєї належності до військових формувань, проживання на нелегальному становищі тощо. На практиці підчас виникають труднощі при кваліфікації дій винного за цією статтею у зв'язку з невизначеністю умислу. Наприклад, військовослужбовець залишає частину з наміром бути відсутнім деякий час, а потім повернутися до виконання своїх обов'язків з військової служби. Однак у подальшому він вирішує не повертатися на службу та зовсім ухилитися від неї. У цьому разі його дії кваліфікуються як дезертирство. Так само мають кваліфікуватись дії винного, якщо він мав намір самовільно бути відсутнім поза службою невизначений час, наприклад «доки не затримують»

Мотиви дезертирства можуть бути різноманітними: небажання виконувати обов'язки з військової служби, причини родинного та побутового

характеру, намагання уникнути кримінальної відповідальності за вчинений злочин, боягузтво, легкодухість тощо. Мотиви дезертирства не впливають на кваліфікацію діяння, проте ураховуються при визначенні ступеня суспільної небезпечності цього злочину та призначенні покарання. Якщо військовослужбовець, який вчинив дезертирство, незаконно пересік державний кордон України та на території іншої держави видав її представникам відомості, що становлять державну таємницю, або надав іноземній державі іншу допомогу в проведенні ворожої діяльності з метою заподіяння шкоди зовнішній безпеці України, то його дії повинні кваліфікуватися як державна зрада за ст. 111 КК.

Суб'єктами кримінальне правопорушення можуть бути військовослужбовці строкової служби, у тому числі й ті, що відбувають покарання в дисциплінарному батальйоні, курсанти та слухачі військово-навчальних закладів, прапорщики, мічмани, особи офіцерського складу, військовослужбовці, які проходять службу за контрактом. Особи, що відбувають кримінальне покарання в дисциплінарному батальйоні або відбувають дисциплінарний арешт на гауптвахті, за своїм правовим статусом є військовослужбовцями і несуть усі обов'язки з військової служби, покладені на них законами та військовими статутами. Тому в разі втечі з місця служби (гауптвахти чи дисциплінарного батальйону) з метою ухилитися від військової служби вони повинні нести відповідальність за дезертирство. У випадках, коли військовослужбовця притягнуто до кримінальної відповідальності за злочини, за які передбачено покарання у виді позбавлення волі, а як запобіжний захід обрано перебування під вартою в слідчому ізоляторі або на гауптвахті, то втеча з цих установ має кваліфікуватися за ст. 393 КК. Якщо під час дезертирства вчинено інші злочини, то дії винної особи мають кваліфікуватися за сукупністю цих злочинів. У ч. 2 встановлено відповідальність за кваліфіковані види дезертирства – дезертирство зі зброєю або за попередньою змовою групою осіб, що становлять підвищену небезпечність для військового правопорядку. Дезертирство зі зброєю передбачає, що військовослужбовець, залишаючи місце служби з метою ухилитися від військової служби, виносить із собою штатну зброю (вогнепальну, холодну). Якщо зброя надається військовослужбовцю у зв'язку з виконанням ним спеціальних обов'язків з військової служби, то вчинене ним дезертирство із зброєю передбачене у ч. 2 ст. 408. Заволодіння при цьому зброєю додаткової кваліфікації за іншими статтями чинного КК не потребує. Крадіжка зброї – це протиправне заволодіння вогнепальною зброєю з наміром привласнити викрадене або розпорядитися ним за власним розсудом або іншим чином. Дії винних осіб у таких випадках слід кваліфікувати за сукупністю злочинів за статтями 408 та 410, а також за порушення правил виконання спеціальної служби, якщо це спричинило наслідки, для запобігання яким було встановлено виконання даного виду спеціальної військової служби. Треба урахувати, що дезертирство зі зброєю кваліфікується за ч. 2 ст. 408 КК лише у тому разі, коли відсутні ознаки викрадення зброї (ст. 410), тобто залежно від умислу винної особи. Наприклад, якщо дезертирство було вчинено

зі зброєю для подальшого збереження цієї зброї, недопущення її втрати, для її передавання до органів влади, то таке дезертирство додаткової кваліфікації за ст. 410 КК не потребує. Дезертирство за попередньою змовою групою осіб передбачає дії двох і більше військовослужбовців, об'єднаних спільним умислом та метою ухилитися від виконання обов'язків військової служби. При груповому дезертирстві кожний військовослужбовець усвідомлює, що він дезертирує разом з іншими військовослужбовцями у складі групи, про що між ними було досягнуто попередньої змови. Якщо буде встановлено, що декілька військовослужбовців учинили дезертирство одночасно, але попередньо не домовлялися на сумісність дій, то підстав для кваліфікування за ч. 2 немає.

***Проблеми кваліфікації кримінальних правопорушень проти порядку збереження та користування військовим майном (Стаття 412. Необережне знищення або пошкодження військового майна)***

Об'єктивна сторона кримінального правопорушення полягає у знищенні або пошкодженні зброї, бойових припасів, засобів пересування, військової і спеціальної техніки чи іншого військового майна, що заподіяло шкоду у великих розмірах, спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки.

Склад кримінального правопорушення є матеріальним, що означає обов'язкову наявність наслідків, зазначених у диспозиції статті. Це кримінальне правопорушення може бути вчинено як активними діями, так і внаслідок бездіяльності. Закінченим кримінальне правопорушення вважається після настання наслідків. При вирішенні питання про те, чи є розмір заподіяної шкоди великим, слід ураховувати не тільки вартість, розмір знищеного або пошкодженого майна в натуральному вигляді, а і його значущість для несення військової служби, забезпечення боєздатності та боєготовності військового підрозділу. Для застосування цієї статті слід встановити наявність причинного зв'язку між діями (бездіяльністю) особи та наслідками, що настали.

Суб'єктивна сторона кримінального правопорушення характеризується необережною формою вини: особа передбачає можливість знищення (пошкодження) військового майна зі спричиненням загибелі людей або інших тяжких наслідків, але легковажно розраховує на відвернення тяжких наслідків або не передбачає цих наслідків, хоча повинна була і могла їх передбачити.

Суб'єктами кримінального правопорушення є військовослужбовці Збройних Сил України, а також інші особи, визначені законом. Знищення або пошкодження військового майна внаслідок невиконання або неналежного виконання військовою службовою особою своїх службових обов'язків тягне за собою відповідальність за недбале ставлення до військової служби (ст. 425 КК).

***Проблеми кваліфікації кримінальних правопорушень проти порядку експлуатації військової техніки (Стаття 415. Порушення правил водіння або експлуатації машин)***

Об'єктом цього кримінального правопорушення є військовий правопорядок, який забезпечує безпеку руху та експлуатації бойових, спеціальних чи транспортних машин у Збройних Силах України. Предметом кримінального правопорушення є військові машини. До них належать перш за



все бойові машини: танки, бронетранспортери, самохідні артилерійські і ракетні установки, машини, призначені для буксирування артилерійських систем і причепів, інші самохідні технічні засоби. Спеціальні машини – це самохідні технічні засоби, які використовуються за спеціальним призначенням залежно від типу машин і встановленого на них устаткування.

До них належать інженерні машини, ремонтні майстерні, лабораторії, санітарні машини тощо, машини, призначені для перевезення особового складу, озброєння, боєприпасів, предметів господарського, культурно-побутового обслуговування військ. З об'єктивної сторони злочин виражається в:

- 1) порушенні правил водіння або експлуатації зазначених транспортних засобів;
- 2) заподіянні потерпілому середньої тяжкості, тяжких тілесних ушкоджень або смерті;
- 3) причинному зв'язку між діянням і заподіяними наслідками.

У диспозиції розглядуваної статті діяння описане як порушення правил водіння бойових, спеціальних чи транспортних машин. Водіння машин розпочинається з моменту початку руху і закінчується припиненням руху. Рух машин повинен здійснюватися відповідно до Правил дорожнього руху, інших нормативних актів, інструкцій тощо. Діяння особи може виражатися як в активних діях, так і в бездіяльності. Порушення правил безпеки руху може полягати у перевищенні встановленої швидкості руху, порушенні правил обгону транспортних засобів, об'їзду перешкод, проїзду перехресть, руху на заборонений сигнал світлофора, неправильному користуванні світловими приладами, порушенні правил буксирування причепів та інших транспортних засобів. Диспозиція цієї статті має бланкетний характер, тому для вирішення питання про кваліфікацію вчиненого слід звертатися до нормативних актів інших галузей права, які регулюють порядок руху транспортних засобів. Найважливішим правовим актом є Правила дорожнього руху, які регламентують порядок руху транспортних засобів та інших учасників дорожнього руху. Виконання цих правил сприяє безпечному руху транспортних засобів, які є джерелами підвищеної небезпеки. Для визначення характеру порушення правил безпеки руху в кожному випадку потрібно встановлювати, які приписи правил порушено і якими нормами, параграфами, статтями ці порушення передбачено. Особливість бланкетних диспозицій полягає у тому, що вони відсилають до нормативних актів інших галузей права (адміністративного, трудового, цивільного тощо). Рух бойових, спеціальних чи транспортних машин часто здійснюється в особливих умовах при виконанні бойових завдань. У переважній більшості випадків це відбувається не на дорогах, магістралях чи вулицях, а в умовах бездоріжжя, в лісі, полі, болотистій місцевості тощо. Тому, крім Закону України «Про дорожній рух», у Збройних Силах України діють спеціальні військово-нормативні акти, які регламентують водіння військової техніки в умовах бойової обстановки, під час навчань тощо. Порушення правил експлуатації бойової, спеціальної чи транспортної машини є другим видом діяння, поряд з водінням, про що говориться в диспозиції ст. 415

КК. Воно в першу чергу може виражатися у невиконанні водієм технічних умов експлуатації транспортного засобу, порушенні правил розміщення грузів, бойової техніки та їх закріпленні, порушенні умов, за яких заборонено експлуатацію транспортного засобу. Ці умови стосуються основних вузлів, механізмів та обладнання транспортного засобу, які забезпечують безпеку їх руху, тобто стосуються технічного стану транспортного засобу, який повинен відповідати вимогам стандартів, правил технічної експлуатації, інструкцій та іншої нормативно-технічної документації. Однак не всі порушення правил експлуатації можуть бути кваліфіковані за ст. 415 КК, зокрема такі порушення, які забезпечують безпечні умови праці при виконанні вантажно-розвантажувальних робіт, пов'язаних з ремонтом, обслуговуванням, заправкою транспортних засобів тощо. Виконання цих робіт не пов'язано з безпекою руху та експлуатацією транспорту. Тому лише порушення правил експлуатації транспорту, яке пов'язане з безпекою руху транспортних засобів, може кваліфікуватись за цією статтею. Крім цих порушень правил експлуатації бойової, спеціальної чи транспортної машини, що їх, як правило, припускаються водії зазначених транспортних засобів, під порушення правил експлуатації підпадають й інші діяння, котрі, як правило, вчиняють службові військові особи, відповідальні за технічний стан або експлуатацію транспортних засобів. До таких порушень належать: випущення у рейс технічно несправної машини; допущення до керування машиною водія в стані сп'яніння; передавання керування машиною іншим військовослужбовцям, які або не мають, або позбавлені права керувати транспортним засобом, грубе порушення режиму роботи водія (унаслідок хвороби, перевтоми тощо). Це може бути допущення до керування водія, який не має певної категорії, або випущення в рейс з важкими умовами руху водія, кваліфікація і досвід якого не відповідають підвищеним вимогам, тощо. Слід мати на увазі, що названі порушення правил експлуатації, випущення в експлуатацію технічно несправних транспортних засобів не виділені в окремий склад військових злочинів на відміну від злочинів проти безпеки руху та експлуатації транспорту (розділ XI КК), де є окрема стаття 287 «Випуск в експлуатацію технічно несправних транспортних засобів або інше порушення правил їх експлуатації».

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони цього кримінального правопорушення є наслідки. Відповідальність диференційовано залежно від тяжкості наслідків. У ч. 1 ст. 415 КК говориться про заподіяння середньої тяжкості чи тяжких тілесних ушкоджень або смерті потерпілому, в ч. 2 – про загибель декількох осіб. Характер тілесного ушкодження визначає судово-медична експертиза відповідно до Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень, затверджених 17 січня 1995 р. Причинний зв'язок між діянням і наслідками є третьою ознакою об'єктивної сторони. Для встановлення причинного зв'язку важливо з'ясувати характер порушення, яке в конкретній обстановці створило Розділ V. Злочини проти порядку експлуатації військової техніки реальну можливість настання зазначених наслідків. Труднощі при встановленні причинного зв'язку

виникають тоді, коли шкідливі наслідки настали унаслідок декількох причин. Це можуть бути порушення з боку інших учасників руху, особливості дорожніх умов, погоди чи транспортного засобу тощо. Якщо буде встановлено, що тяжкі наслідки знаходяться в причинному зв'язку з порушеннями правил безпеки руху та експлуатації, що їх припустилися інші особи, то виникає питання про їх відповідальність. Установлення причинного зв'язку при випускненні в експлуатацію технічно несправних транспортних засобів або іншому грубому порушенні правил їх експлуатації, яке вчиняють службові військові особи, має певні особливості. Причинний зв'язок тут має не прямий (діяння – наслідок), а опосередкований характер. Шкідливі наслідки у цих випадках спричиняються не безпосередньо винною особою, а іншою особою – водієм, який керує технічно несправним транспортним засобом.

Суб'єктивна сторона цього кримінального правопорушення, її окремі ознаки не вказані в диспозиції статті. Характер вини у цьому злочині відзначається складністю його об'єктивної сторони, яка характеризується діянням, наслідками та причинним зв'язком між ними. У зв'язку з цим слід встановлювати психічне ставлення винної особи до факту порушення правил і суспільно небезпечних наслідків. Психічне ставлення винної особи до порушення правил безпеки руху та експлуатації транспорту може виражатись як в умислі, так і в необережності. Установлення форми вини до діяння є певним етапом визначення вини відносно тяжких наслідків. Тут існує певна залежність між ними. Крім того, це має важливе значення для характеристики небезпечності кримінального правопорушення і особи злочинця, що враховується судом при призначенні покарання. Важливо також встановити вид умислу чи необережності відносно діяння. Судова практика свідчить про те, що порушення правил безпеки руху та експлуатації транспорту може бути вчинено лише з прямим умислом або через злочинну недбалість. При прямому умислі винна особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, розуміє його протиправність і бажає вчинити це діяння. Кримінально протиправна недбалість відносно факту порушення правил безпеки руху та експлуатації транспорту має місце тоді, коли особа не усвідомлює факту порушення правил, хоча повинна була і могла їх усвідомлювати. Такі порушення часто трапляються через неуважність водія при керуванні транспортним засобом. Наслідки кримінального правопорушення, які є обов'язковою ознакою його об'єктивної сторони, можуть бути інкриміновані особі лише за умови, якщо вона спричинила їх через необережність. Про це говориться в постанові Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті». Це кримінальне правопорушення і деякі інші транспортні кримінальні правопорушення мають розглядатися як необережні. При вирішенні питання про форму вини до наслідків слід додавати те, з якою формою вини сталося порушення правил. При кримінально протиправній самовпевненості водій передбачає можливість

настання тяжких наслідків. Вольовий момент стосовно тяжких наслідків полягає у легковажному розрахунку на свій досвід, знання, надійність транспортного засобу, поведінку інших осіб тощо. На його думку, ці обставини здатні відвернути тяжкі наслідки. Проте такі розрахунки виявилися легковажними і тяжкі наслідки настали. Вина особи до тяжких наслідків цього злочину може виражатися і у кримінально протиправній недбалості, коли особа не передбачає можливості настання тяжких наслідків, хоча повинна була і могла їх передбачити. Це може бути зумовлено складністю обстановки, в якій рухається бойова чи транспортна машина. Якщо водій порушив правила через кримінально протиправну недбалість, то до наслідків може бути встановлена або кримінальна протиправна недбалість, або казус, за яким кримінальна відповідальність не настає. Таким чином, кримінальне правопорушення, передбачений ст. 415 КК, може бути вчинений:

1) у рамках однієї форми вини – необережності, коли порушення правил припускається через злочинну недбалість і супроводжується такою самою формою вини відносно наслідків;

2) у рамках складної форми вини, коли психічне ставлення особи до різних ознак об'єктивної сторони є різнорідним. Умисно порушуючи правила, особа з необережністю ставиться до наслідків діяння (кримінально протиправна самовпевненість або злочинна недбалість). Ці особливості не впливають на кваліфікацію, а враховуються при призначенні покарання.

Суб'єктом кримінального правопорушення можуть бути військовослужбовці, які порушили правила водіння або експлуатації бойової, спеціальної чи транспортної машини. При проведенні навчального керування транспортним засобом суб'єктом є не курсант, який сидить за кермом, а інструктор, який проводить навчання і відповідає за безпеку руху навчальної машини. За порушення правил експлуатації військової техніки суб'єктом є особи, відповідальні за випуск у рейс транспортного засобу, експлуатацію і технічний стан військової техніки, механіки, начальники гаражу, заступник командира по технічній частині, начальник контрольно-технічного пункту, а також сам водій. Іноді суб'єктом цього кримінального правопорушення може виступати старший машини, якщо він припустився порушення правил експлуатації бойової машини чи транспортного засобу, що призвело до тяжких наслідків. Наприклад, допустив до водіння машини водія в стані сп'яніння чи без права керування транспортним засобом або порушив режим роботи водіїв тощо. Проте іноді старший машини може нести відповідальність не за транспортне кримінальне правопорушення, а за зловживання військовою службовою особою владою або службовим становищем (ст. 423 КК) чи за недбале ставлення до військової служби (ст. 425 КК). Як зловживання слід розцінювати дії службової особи, котра незаконно використовує транспортні засоби, примушує водія перевищити швидкість руху і под. Якщо старший машини не вживає заходів щодо припинення водієм порушень правил, то він може нести відповідальність за недбале ставлення до військової служби (ст. 425 КК).

***Проблеми кваліфікації кримінальних правопорушень проти порядку несення бойового чергування та інших спеціальних служб (Стаття 421. Порухення статутних правил внутрішньої служби)***

Суспільна небезпечність цього кримінального правопорушення виражається у тому, що внутрішня служба добового наряду, яка повинна забезпечувати виконання правил внутрішнього розпорядку, збереження зброї, боєприпасів та іншого майна тощо, через злочинно-недбале ставлення до виконання своїх обов'язків може призвести до дезорганізації внутрішнього порядку до втрати майна, техніки, озброєння, створює умови для вчинення інших злочинів та правопорушень.

Об'єктом кримінального правопорушення є суспільні відносини, які забезпечують встановлений порядок несення внутрішньої служби (крім варти, вахти та бойового чергування).

Внутрішня служба – це система заходів, що вживаються для організації повсякденного життя і діяльності військової частини, підрозділів та військовослужбовців і здійснюються з метою підтримання у військовій частині порядку та військової дисципліни, належного морально-психологічного стану, що забезпечують постійну бойову готовність та якісне навчання особового складу, збереження здоров'я військовослужбовців, організоване виконання інших завдань.

Внутрішня служба організовується відповідно до статуту Внутрішньої служби Збройних Сил України, Корабельного статуту ВМС України, а також затверджених Міністром оборони України посібників і положень, що регламентують обов'язки службових осіб, не передбачені цими статутами. Для підтримання внутрішнього порядку, охорони особового складу, озброєння, боєприпасів, бойової та іншої техніки, приміщень і майна військової частини (підрозділу), контролю за станом справ у підрозділах і своєчасного вжиття заходів щодо запобігання правопорушенням, а також для виконання інших обов'язків внутрішньої служби призначається добовий наряд (ст. 267 Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України).

Об'єктивна сторона цього кримінального правопорушення виражається в: а) діянні (діях чи бездіяльності); б) настанні тяжких наслідків; в) причинному зв'язку між діянням і наслідками. Діяння в цьому кримінальному правопорушенні виражається в порушенні статутних правил внутрішньої служби. Це може бути залишення місця несення служби, допущення сторонніх осіб в казарму, в парк, де знаходиться військова техніка, озброєння, або в секретну частину, давання дозволу на винесення зброї та боєприпасів з місця їх зберігання або виїзду військової техніки.

Диспозиція розглядуваної статті є бланкетною, тому в кожному випадку притягнення до кримінальної відповідальності необхідно встановлювати, які статті, пункти Статуту внутрішньої служби (Корабельного статуту та інших нормативних актів) було порушено і у чому це виражалось. З урахуванням особливостей служби в конкретних військових частинах та на кораблях діють

інструкції, видаються накази, які регламентують порядок несення внутрішньої служби.

Другою ознакою об'єктивної сторони є тяжкі наслідки. До них належать: пошкодження або втрата зброї, боєприпасів іншого військового майна; угон військових машин з території військової частини; отруєння військовослужбовців або поширення інфекційних захворювань тощо. Третньою ознакою об'єктивної сторони є причинний зв'язок між порушенням статутних правил несення внутрішньої служби і тяжкими наслідками. Йдеться лише про такі наслідки, запобігання яким входило до обов'язків даної особи.

Суб'єктивна сторона кримінального правопорушення може характеризуватися як умисною, так і необережною формою вини. Порушення правил може бути вчинено з прямим умислом і через злочинну недбалість. При прямому умислі особа усвідомлювала, що порушує правила несення внутрішньої служби, усвідомлювала суспільну небезпечність і протиправність вчиненого діяння і бажала його вчинити. При злочинній недбалості особа не усвідомлювала факту порушення правил внутрішньої служби, але за обставинами справи повинна була і могла усвідомлювати, які правила вона порушує. Це може мати місце через сон під час чергування, неуважність при виконанні обов'язків, забування тощо. Що стосується тяжких наслідків цього злочину, то вина може бути умисною (прямий чи непрямий умисел) або необережною (злочинна самовпевненість чи злочинна недбалість). Якщо правила порушені із злочинною недбалістю, то щодо наслідків можлива також злочинна недбалість. Якщо ж правила порушено з прямим умислом, то щодо наслідків можлива будь-яка форма вини. Отже, кримінальне правопорушення, передбачене ст. 412 КК, може бути вчинено в: 1) рамках умисної форми вини, коли умисне порушення правил супроводжується такою самою формою вини відносно наслідків; 2) рамках складної форми вини, коли психічне ставлення особи до різних ознак об'єктивної сторони є різнорідним. Умисно порушуючи правила, особа з необережністю ставиться до наслідків (злочинна самовпевненість чи злочинна недбалість). Це на кваліфікацію не впливає, але враховується судом при призначенні покарання.

Суб'єктом кримінального правопорушення є особа, яка входить до складу добового наряду (за винятком варті, вахти та патруля). Відповідно до ст. 268 Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України від 24 березня 1999 р. добовий наряд військової частини призначається у такому складі: черговий частини; помічник чергового частини; черговий підрозділ; черговий і днювальні парку, а також механіки-водії (водії) чергових тягачів; черговий фельдшер або санітарний інструктор і днювальні медичного пункту; черговий і помічники чергового контрольно-пропускного пункту; черговий їдальні та робітники їдальні; черговий штабу частини та посильні; черговий сигналіст; пожежний наряд; водії чергових автомобілів, черговий роти (гуртожитку); днювальний роти (гуртожитку). Крім того, замість чергових рот у деяких батальйонах залежно від їх чисельності та умов розміщення за рішенням командира військової частини може призначатися черговий батальйону, а у

підрозділах забезпечення у разі їх сумісного розміщення – чергові цих підрозділів.

Склад добового наряду оголошується наказом по військовій частині. Щоденно наказом по частині призначаються черговий частини, помічник чергового частини, начальник варти, черговий парку, черговий підрозділ, а також підрозділи, від яких виділяються добовий наряд частини і особовий склад для виконання нарядів на роботи. Військовослужбовці-жінки, як правило, до складу добового наряду не призначаються. Військовослужбовців-жінок залежно від військового звання та посади можуть у разі потреби призначати з додержанням законодавства черговим фельдшером (санітарним інструктором) чи черговим штабу. Військовослужбовці-жінки призначаються також на чергування за спеціальністю. Початковим моментом виконання служби добовим нарядом є подавання під час розводу команди «Струнко!» для зустрічі чергового по частині. Кінцевим моментом несення служби слід вважати доповідь відповідному начальнику про здавання чергування. У ч. 2 ст. 421 КК встановлено відповідальність за діяння, передбачене у ч. 1 статті, вчинене в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці (див. ст. 401 КК).

***Проблеми кваліфікації військових кримінальних правопорушень проти порядку несення військової служби на полі бою, в районі бойових дій та в інших надзвичайних ситуаціях***

*Стаття 429. Самовільне залишення поля бою або відмова діяти зброєю)*

Військові статuti та військова присяга покладають на військовослужбовця обов'язок захищати Україну, дотримуватися дисципліни під час несення служби, а у разі битви із супротивником – виконувати поставлене бойове завдання.

Суспільна небезпечність самовільного залишення поля бою та відмови діяти зброєю під час збройного конфлікту є очевидною – послаблюється боєздатність Збройних Сил, порушується організація бойових дій, вноситься паніка у військові лави.

Об'єктивна сторона цього кримінального правопорушення полягає у двох законодавчо визначених формах:

- 1) самовільному залишенні поля бою;
- 2) відмові під час бою діяти зброєю.

Самовільне залишення поля бою – це залишення військовослужбовцем без дозволу командира простору, в межах якого він повинен вести бойові дії під час безпосереднього збройного зіткнення із супротивником або тоді, коли є безпосередня загроза нападу супротивника, або перед початком атаки свого підрозділу. Тривалість залишення поля бою на кваліфікацію злочину не впливає. Відмова під час бою діяти зброєю виявляється у відкритій заяві військовослужбовця про небажання діяти зброєю в бою або у фактичному незастосуванні зброї в бою (наприклад, припинення вогню по неприятели) за наявної можливості та необхідності її застосувати, хоча відкрито військовослужбовець може й не заявити про таке небажання. Обов'язковою ознакою складу даного кримінального правопорушення є місце

його вчинення – поле бою. Під полем бою розуміється будь-який простір – наземний, повітряний або водний, де відбувається зіткнення із супротивником. Залишення місця служби поза межами обставин ведення бою з неприятелем виключає відповідальність за цією статтею та може за наявності необхідних ознак утворювати склад іншого військового злочину (статті 407, 408 КК та ін.). Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 429 КК, вважається закінченим з моменту залишення поля бою під час бою або з моменту заяви про відмову діяти зброєю (фактичного припинення її застосування). Умисне пошкодження зброї чи інших засобів ведення бою з метою уникнути участі в бою слід кваліфікувати за сукупністю кримінальних правопорушень (за статтями 411 та 429 КК). Із суб'єктивної сторони це кримінальне правопорушення характеризується тільки прямим умислом. Мотиви його вчинення (боягузтво, малодушність, панікерство тощо) значення для кваліфікації не мають. Разом з тим вчинення передбачених даною статтею дій з метою сприяння ворогу, послаблення Збройних Сил України утворює державну зраду (ст. 111 КК). Суб'єктом кримінального правопорушення є будь-який військовослужбовець.

#### *Стаття 432. Мародерство*

Суспільна небезпечність даного кримінального правопорушення полягає у тому, що він безпосередньо посягає на військову дисципліну і боєздатність армії. Військовослужбовець, який вчиняє мародерство, перетворюється на викрадача чужого майна. Мародерство призводить до зниження боєздатності військової частини, підриву авторитету армії, втрати гідності її бійців в очах населення.

Обов'язковою ознакою цього кримінального правопорушення є предмет кримінального правопорушення, яким виступають речі, що належать пораненому або знаходяться при вбитому. Під речами розуміються предмети обмундирування та особисті речі, що належали вбитому або знаходяться у власності пораненого чи перебувають у нього в користуванні. До предмета даного злочину не належать зброя та боєприпаси, військові та інші документи. Протиправні дії, пов'язані з вилученням таких предметів, утворюють склад іншого кримінального правопорушення (ст. 410 або ст. 262 КК).

Об'єктивна сторона мародерства полягає у вчиненні дій, пов'язаних з викраденням речей у вбитих чи поранених. Викрадення може бути таємним або відкритим, із застосуванням насильства чи без такого. Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони даного злочину є місце його вчинення. У диспозиції ст. 432 КК прямо вказується на вчинення відповідних дій на полі бою. До поля бою прирівнюється також ділянка тилу, яка піддалася обстрілу супротивником та на якій знаходиться поранений або вбитий. Викрадення речей не на полі бою (наприклад, у санітарному потязі або шпиталі) утворює склад загальнокримінального злочину – це може бути крадіжка (ст. 185 КК), грабіж (ст. 186 КК) тощо. Так само не кваліфікуватиметься як мародерство заволодіння відповідними предметами з уже похованих військовослужбовців. Такі дії слід розглядати як злочин проти громадського порядку та моральності (ст. 297 КК). Для мародерства не має значення, до якої армії належать поранені



або вбиті, речі яких вилучаються винними, та коли саме відбувається протиправне вилучення речей – до бою, під час нього або вже після його закінчення. Не може розглядатися як мародерство протиправне заволодіння речами здорових військовослужбовців, оскільки в самій диспозиції ст. 432 КК прямо говориться про викрадення речей, що знаходяться при поранених або вбитих. За наявності інших ознак вчинене слід розглядати лише як кримінальне правопорушення проти власності. Мародерство вважається закінченим кримінальним правопорушенням з моменту протиправного вилучення відповідного предмета.

Із суб'єктивної сторони мародерству притаманні прямий умисел на заволодіння речами вбитих і поранених та корисливі мотиви.

Суб'єктом даного кримінального правопорушення може бути лише військовослужбовець.

***Проблеми кваліфікації кримінальних правопорушень, відповідальність за які передбачена міжнародними конвенціями (Стаття 433. Насильство над населенням у районі воєнних дій)***

Женевської конвенції № 4 «Про захист цивільного населення під час війни» та статті 2, 3 та 7 «Основних принципів захисту цивільного населення в період збройних конфліктів» Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1970 р. забороняють будь-яке залякування, терор, пограбування і репресії щодо цивільних осіб на окупованій або захопленій території. Ці міжнародні нормативно-правові акти забороняють знищення майна, якщо це не викликалося військовою необхідністю, примусове переміщення та інші посягання на недоторканність громадян. Саме на виконання зазначених положень встановлено кримінальну відповідальність у ст. 433 КК.

Додатковим безпосереднім об'єктом цього кримінального правопорушення виступають здоров'я людини та (або) відносини власності. Шкода додатковому об'єкту при вчиненні даного кримінального правопорушення заподіюється у будь-якому разі. Який саме додатковий об'єкт страждає від вчинення цього кримінального правопорушення, залежить від способу його вчинення та видової дії, що утворює об'єктивну сторону кримінального правопорушення.

Об'єктивну сторону кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 433 КК, становить одна з таких форм його вчинення, які в альтернативі зазначені в диспозиції статті, а саме: 1) насильство щодо населення в районі воєнних дій; 2) протизаконне знищення майна, що належить населенню, під приводом воєнної необхідності; 3) протизаконне відібрання майна, яке належить населенню, під приводом воєнної необхідності. У ч. 2 ст. 433 КК встановлено кваліфікований склад розглядуваного кримінального правопорушення, а саме розбій щодо населення в районі воєнних дій.

Обов'язковою ознакою складу даного кримінального правопорушення є місце його вчинення. Районом воєнних дій вважається частина території, на якій певні військові формування ведуть воєнні дії, у зв'язку з чим на цій території не діють цивільні органи державної влади, а вся повнота влади

належить військовому командуванню. Під населенням розуміють цивільних осіб, які мешкають або перебувають у районі воєнних дій, не входять до складу збройних сил та не беруть участі у масових стихійних збройних виступах, у тому числі біженці, евакуйовані, примусово переселені супротивником та інші особи, які з тих чи інших причин опинилися в районі воєнних дій. Якщо такі злочинні дії вчиняються стосовно осіб, які мешкають поза межами району воєнних дій, то вони утворюють відповідні склади кримінальних правопорушень проти особи чи проти власності. Посягання на населення може бути спрямоване як проти громадян власної держави, так і проти громадян союзної держави чи держави, проти якої ведуться воєнні дії. Насильство над населенням може бути як фізичним, так і психічним, полягати у різних формах посягань на життя і здоров'я, честь і гідність цивільних осіб: вбивства, заподіяння тілесних ушкоджень, зґвалтування, незаконне позбавлення волі та ін. Якщо насильство щодо населення в районі воєнних дій полягає в умисному позбавленні особи життя, то вчинене утворює ідеальну сукупність з відповідним злочином проти життя особи (ст. 115 КК). Так само утворює сукупність з кримінальним правопорушенням, передбаченим ст. 433 КК, вчинення у процесі насильства над населенням у районі воєнних дій іншого більш тяжкого злочину (наприклад, бандитизму (ст. 257 КК), зґвалтування (частини 3 та 4 ст. 152 КК) тощо). Протизаконне відібрання майна під приводом воєнної необхідності – це таке посягання на майнові права населення, коли майно відкрито вилучається з володіння потерпілого всупереч його волі нібито на законних підставах під приводом використання його у зв'язку з воєнною необхідністю. Проте завідомо для винного зазначені дії реально не викликаються воєнною необхідністю та суперечать наведеним нормам міжнародного права. При цьому не має значення, на чию користь вилучається таке майно: на користь винного чи інших осіб – начальника, на потреби військового підрозділу тощо. Протизаконним вважається таке знищення майна або заволодіння ним, яке не викликалося обстановкою військових дій чи воєнною необхідністю. Якщо ж заволодіння майном або його знищення було викликано воєнною необхідністю, то ця обставина виключає відповідальність за ст. 433 КК. Наявність воєнної необхідності для знищення чи відібрання майна визначається у кожній конкретній ситуації з урахуванням підстав виникнення такої необхідності.

Склад кримінального правопорушення є формальним. Виконання зазначених у диспозиції статті дій незалежно від наслідків, які настали, утворює закінчений склад кримінального правопорушення.

Суб'єктивна сторона кримінального правопорушення передбачає вину у формі прямого умислу.

Суб'єктом кримінального правопорушення може бути будь-який військовослужбовець Збройних Сил України та інших військових формувань, що перебуває в районі воєнних дій.

### **ВИСНОВКИ З ТЕМИ:**

Таким чином, розглянуті в лекції кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення). Визначені проблемні питання щодо кваліфікації кримінальних правопорушень проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення).

### **МЕТОДИЧНІ ПОРАДИ ЩОДО ПІДГОТОВКИ ДО ДАНОЇ ТЕМИ**

При підготовці теми, слухачам слід враховувати різнобічні наукові підходи до розуміння та вирішення проблем застосування законодавства, яке передбачає відповідальність за військові кримінальні правопорушення.

Для вдалого засвоєння цієї теми, слухачам рекомендується звернутись не лише до базового (обов'язкового) списку літератури, а й до інших наукових джерел, які можна знайти у бібліотеці університету.

Так, під час розгляду теми, слід, також, використовувати наукові праці як українських, так і зарубіжних вчених. Однак, опрацьовувати додаткову літературу слід з урахуванням національної доктрини, особливостей правової системи України.